

Organizadores

Carlos Luiz Strapazon

Rodrigo Goldschmidt

Robison Tramontina

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Teoria Geral e Mecanismos de Efetividade
no Brasil e na Espanha - Tomo I*



Editora Unoesc



Editoro Unoesc



9 788584 220120

Organizadores

Carlos Luiz Strapazon

Rodrigo Goldschmidt

Robison Tramontina

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Teoria Geral e Mecanismos de Efetividade
no Brasil e na Espanha - Tomo I*



Editora Unoesc
Joaçaba 2013

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Débora Diersmann Silva Pereira, Gilvana Toniélo, Maria Lúcia Gelain
Projeto gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

T314 Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha : Tomo I / organizadores Carlos Luiz Strapazzon, Rodrigo Goldschmidt, Robison Tramontina. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. - (Série Direitos Fundamentais Sociais)
208 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-012-0

1. Direitos fundamentais. 2. Direito comparado - Brasil - Espanha. I. Strapazzon, Carlos. II. Goldschmidt, Rodrigo. III. Tramontina, Robison. IV. Série

CDD 340.1

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitor Acadêmico
Nelson Santos Machado

Vice-reitores de *Campi*
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D' Agostini

Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza

Campus de Xanxerê
Genesio Téó

Conselho Editorial

Nelson Santos Machado
Débora Diersmann Silva Pereira
Jéssica Romeiro Mota
Eliane Salete Filippim
Marcelo Zenaro
Jane Mary L. N. Gelinski
Evelácio Roque Kaufmann
Ieda Margarete Oro
Cláudio Luiz Orço
José Francisco Manta Bragança
Gilberto Pinzetta

Organizadores

Carlos Strapazzon
Rodrigo Goldschmidt
Robison Tramontina

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)
Rodrigo Goldschmidt (Unoesc, Brasil)
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)
Mercè Barcelò i Serramalera (UAB-Espanha)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
---------------------------	----------

CAPÍTULO I

Teoria geral dos direitos fundamentais sociais

LOS DERECHOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA	9
Antonia Navas Castillo, Florentina Navas Castillo	

AS DIMENSÕES DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUAS IMPLICAÇÕES NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	29
Antonio Cesar Trindade, Rogério Gesta Leal	

TEORIA DA INTERPRETAÇÃO LITERÁRIA E TEORIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: UMA ANÁLISE DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN E RICHARD POSNER.....	43
Alexandre Campaneli Aguiar Maia, Daury Cesar Fabríz	

HERMENÊUTICA - A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	55
Sadi José de Marco	

A APRECIÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICAS PELO JUDICIÁRIO E A HARMONIA ENTRE OS PODERES: É POSSÍVEL SE ESTABELECEER UM DIÁLOGO CONCILIADOR ENTRE PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO?	69
Mônia Clarissa Hennig Leal, Felipe Dalenogare Alves	

A LONGA ESPERA DE PENÉLOPE: ENSAIO LIGEIRO SOBRE O LENTO DIREITO PRIVADO, ESTADO SOCIAL E CONSTITUIÇÃO	83
Ricardo Aronne	

CAPÍTULO II.....	99
Desafios eficaciais dos direitos fundamentais sociais	

O ABANDONO SOCIOECONÔMICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTE NO BRASIL.....	101
Adriana Maria dos Santos Pertel, Daury Cesar Fabríz	

DE CHAPPE A NILLES: A EVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA NO TRABALHO E A INVENÇÃO DO TELETRABALHO - UMA REVISÃO NECESSÁRIA..... 109
Denise Fincato, Heitor Barbieri Cracco Neto, Juliana Sirotsky Soria

OS DIREITOS SOCIAIS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS NO BRASIL. REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 72/2013 123
Marcos Augusto Maliska. Camila Sailer Rafanhim de Borba

A NECESSÁRIA REVISÃO DA LEI DE ANISTIA EM UMA VISÃO PROSPECTIVA: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SOCIAIS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE..... 135
Eduardo Biacchi Gomes, Daniel de Oliveira Godoy Junior

AS MEDIDAS DE ALCANCE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO 149
Gilsilene Passon P. Francischetto, Juliana Oliveira Ribeiro, Priscila Tinelli Pinheiro

A RELIGIÃO COMO FATOR CULTURAL: AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DO FENÔMENO RELIGIOSO 173
Robison Tramontina, Julio Cesar Frosi

A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL..... 185
Paulo Antonio Caliendo V. da Silveira

APRESENTAÇÃO

O Mestrado Acadêmico em Direito da Unoesc, fruto de um projeto consistente levado a cabo por professores doutores experientes, vem se destacando no cenário nacional e internacional pela excelência dos trabalhos científicos produzidos, fruto da pesquisa séria e comprometida voltada não só para a conformação teórica dos direitos fundamentais sociais, mas também para a realização prática de tais direitos na vida concreta das pessoas.

No afã de aprimorar, ampliar e potencializar os resultados de suas atividades científicas, o Mestrado Acadêmico em Direito da Unoesc tem se empenhado em consolidar parcerias com outros programas de pós-graduação *stricto sensu*, nacionais e internacionais, promovendo publicações de obras que reúnam os textos de seus interlocutores.

Exemplo claro disso é a obra que ora apresento: “Série Direitos fundamentais sociais: Intercâmbios e diálogos entre Brasil e Espanha - Tomo I”.

Trata-se de um livro que reúne textos instigantes, de autores renomados, abordando temáticas relevantes para a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais sociais.

A pesquisa conduzida nesses moldes, dentro de um cenário democrático e plural, tem o condão de proporcionar um leque maior de alternativas teórico-práticas para a resolução de casos concretos que desafiam a aplicação dos direitos fundamentais sociais, principalmente no âmbito nacional, marcado pela diversidade regional e cultural.

Nesse norte, espera-se que esta obra, para além de trazer luzes nos pontos que tangencia, seja capaz de suscitar novas reflexões e outras possibilidades de abordagem, de modo a permitir que a pesquisa siga sempre rica e cada vez mais refinada, dignificando o seu protagonista e o seu destinatário.

Boa leitura. Boa prática.

Dr. Rodrigo Goldschmidt

Pós-doutorando em Direito pela PUC/RS

Doutor em Direito pela UFSC

Professor/pesquisador do PPGD da Unoesc

Juiz do Trabalho Titular do TRT da 12ª Região

Capítulo I

Teoria geral dos direitos fundamentais sociais

LOS DERECHOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA¹

Antonia Navas Castillo*
Florentina Navas Castillo**

1 LA UNIÓN EUROPEA

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A pesar de que la idea de una Europa Unida es posible vislumbrarla entre los proyectos históricos de la Baja Edad Media y de la Época Moderna, lo cierto, es que sus primeros antecedentes se produjeron en el período de entreguerras; consecuencia, sin duda, de las iniciativas europeas protagonizadas por dos grandes hombres: Richard Coudenhove Kalergi y Aristide Briand.

En efecto, durante esos años de paz incierta, Richard Coudenhove Kalergi se consagró, sin duda, a difundir la idea de una Europa Unida, de una “Paneuropa”, es decir, una Federación Europea fundada sobre el abandono de la soberanía de los diferentes Estados Europeos.

Será en 1929, cuando Richard Coudenhove consiguió ver formada la “Unión Pan-europea”, asociación que dedicaría sus esfuerzos a apoyar sus ideas. Aristide Briand, Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, asumió, ese mismo año, la Presidencia de Honor de este Movimiento Europeo, y expresó públicamente sus ideas europeístas en el discurso que pronunció, el día 8 de septiembre de 1919, ante la Asamblea de la Sociedad de Naciones (creada en Ginebra, el 10 de enero de 1920), en el que defendería un modelo de Europa Federal o Confederal, si bien sin afectar a la soberanía de las naciones.

En nombre del Gobierno francés, Aristide Briand, remitirá, el 17 de mayo de 1930, a veintiséis Gobiernos europeos, el denominado *Memorandum*, documento en el que se contenía el proyecto de la Unión Europea. La respuesta de los países consultados fueron poco favorables al Proyecto de la Unión Europea, y ello, como consecuencia de diversas circunstancias, entre las que podemos destacar: a) La Gran Depresión de 1929; b) La muerte del Canciller alemán Stresmann, hombre de ideas europeístas y cuya actividad fue de suma importancia en el proceso de reconciliación de Francia y Alemania; c) La creciente presión del nacional socialismo en Alemania.

Durante la Segunda Guerra Mundial, las ilusiones por una Europa Unida se plasmaron en diferentes proyectos de federaciones y uniones de Estados, de los cuales sólo llegó a buen puerto el proyecto de unión económica concluido entre Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Así, en octubre de 1943 y septiembre de 1944, se firmaron en Londres, sendos convenios, de carácter monetario y aduanero, respectivamente, para la consecución de la Unión Aduanera tendente a la completa Unión Económica del BENELUX. Igualmente, se promovieron proyectos que defendían ciertas formas de unión al finalizar la contienda.

* Profesora Titular de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

** Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

¹ Este trabalho foi publicado originalmente em A Problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa - Desafios materiais e eficacias p. 133-154

Así, a título de ejemplo, podemos citar, entre otros, el proyecto propuesto, el 16 de junio de 1940, por Jean Monnet, al Gabinete de W. Churchill, de unión orgánica entre Francia y Gran Bretaña, con una ciudadanía y un ejecutivo común; la fundación del Comité francés para la Federación Europea, en junio de 1944, con Henry Frenay; o el Manifiesto de la Resistencia Europea, elaborado, entre julio y marzo de 1944, por miembros de los grupos de resistencia de diversos países, incluyendo a Alemania.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, los problemas de *praxis* política y económica que azotaban a Europa reforzaron la vieja idea aliancista europea. Además, los Estados de la Europa Occidental comenzaron a tomar conciencia de la merma de su influencia en las relaciones internacionales, consecuencia, no sólo ya del propio conflicto bélico, sino también de la paralela aparición de dos superpotencias: URSS y EEUU; concienciación política, que se tradujo en el surgimiento de los denominados “*movimientos federalistas de la segunda postguerra*”.

En el año 1946, se produjeron dos acontecimientos de suma importancia en el relanzamiento de las ideas europeístas: a) En primer lugar, el celebre “*Discurso Europeo*”, que W. Churchill pronunció en la Universidad de Zúrich, el 19 de septiembre de 1946, en el que se propone la necesidad de crear una especie de Estados Unidos de Europa, considerando que, el primer paso para ello, es la formación de un “Consejo de Europa”; b) En segundo lugar, el Congreso Federalista de Hertestein, celebrado del 15 al 22 de septiembre de 1946.

En cualquier caso, los Federalistas Europeos se encontraban divididos en una pluralidad de movimientos, creándose, por ello, a finales de 1947, en París, un Comité de Coordinación de los Movimientos a favor de una Europa Unida. Únicamente, la Unión Parlamentaria Europea de Coudenhove Kalergi prefirió conservar su independencia, si bien aceptó cooperar en la preparación del Congreso Europeo, celebrado en la Haya, el 8 de mayo de 1948.

Los trabajos del Congreso de la Haya de 1948, tuvieron lugar en tres Comisiones: a) La Comisión Económica, en la que se propuso la creación de un Consejo Económico y Social; b) La Comisión Cultural, en la que se propuso la creación de un Centro Europeo de Cultura, establecido poco después en Ginebra, y en la que se sentaron las bases de lo que después sería el Colegio de Europa de Brujas; c) La Comisión Política, en la que, por un lado, se propuso establecer una Asamblea Consultiva Europea, constituyéndose un año más tarde con la denominación de Consejo de Europa; y por otro, se comprometieron a respetar una Carta de Derechos Humanos, para cuya garantía se formuló la necesidad de crear un Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lo cierto, es que los primeros Tratados concertados por los Estados europeos se establecieron como fórmulas de cooperación en los ámbitos político, económico y militar.

En este orden de ideas, en el plano económico, y, con el objeto de reconstruir las economías europeas, el 3 de abril de 1948, se aprobaría el *Programa de Recuperación Europea*, más conocido como *Plan Marshall*, financiado por EEUU; para cuya distribución y aplicación, se firma en París, el 16 de abril de 1948, el *Convenio de la Organización Europea de Coordinación Económica (OECE)*.

En el ámbito militar, Francia, Gran Bretaña y los Países del *BENELUX* firmarían el Tratado de Bruselas, de 17 de marzo de 1948, por el que se crearía la *Unión Occidental*, organización que, sin embargo, no llegó a prestar grandes servicios, como consecuencia de la constitución, en 1949, de la *Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN)*, en la que se integraban no ya sólo los países anteriormente citados, sino también Estados Unidos, Canadá, Noruega, Dinamarca, Italia, Portugal e Islandia. Tras los acuerdos de octubre de 1954, consecuencia del fracaso de la *Comunidad Europea de Defensa (CED)*, la *Unión Occidental* fue restablecida para transformarse en la *Unión Europea Occidental*, formando parte de ella, además de los miembros originarios, Alemania e Italia.

En el ámbito político, se firmará en Londres, el 5 de mayo de 1949, el *Estatuto del Consejo de Europa*, compuesto por un Comité de Representantes de los Gobiernos y una Asamblea Consultiva, y, que inicialmente tan sólo fue firmado por Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suecia y Gran Bretaña. De la primera sesión de la Asamblea consultiva del Consejo salieron propuestas inmediatas y ulteriormente convenios. Entre las propuestas inmediatas cabe destacar la que fue aceptada por la unanimidad de la Asamblea, por la que se “considera como fin y objetivo del Consejo de Europa crear una autoridad política europea, dotada de funciones limitadas, pero de poderes reales.” Por su parte, entre los convenios podemos citar el *Convenio Europeo sobre la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales*, celebrado en Roma en noviembre de 1950, por el que se articula el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, así como la *Carta Social Europea*, celebrada en Turín, en octubre de 1961.

Ahora bien, como ciertamente señala Pérez Bustamante,² estas organizaciones “tenían dos limitaciones: la correspondiente a respectivas áreas geográficas y materiales de su influencia y el alcance limitado de su condición jurídica internacional al constituirse como organismos de cooperación en los que los propios Estados dispondrían de la última palabra.”

A pesar de todo, lo cierto es que podemos aseverar que estas Organizaciones se configuraron como modalidades o formas de cooperación europea, que van a desembocar en el nacimiento y posterior evolución de la Unión Europea.

1.2 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Ante los precedentes expuestos, y, frente a lo que pretendían federalistas y constitucionalistas, se optó porque el proceso de integración europea se efectuase de forma progresiva. El padre de esta nueva estrategia, denominada *neofuncionalismo*, fue, sin duda, Jean Monnet, para quien el proceso de consecución de la unidad de Europa debería efectuarse por “donaciones sucesivas de soberanía nacional” que afectasen a ámbitos concretos, debiendo iniciarse por el ámbito económico, y, en concreto, por el sector del carbón y del acero franco-alemán.

Y es que, Shuman, en colaboración con Jean Monnet, elaboró la *Declaración* de 9 de mayo de 1950, también denominada *Declaración Shuman*, tras un laborioso estudio de la realidad económica y política del continente europeo; *Declaración*, que, con el objeto

² Pérez Bustamante (2004).

de separarse de los Tratados de Cooperación entre los Estados, incorporaba grandes aportaciones, como serían la llamada política funcionalista o política de los pequeños pasos; y la consagración de la supranacionalidad, creándose, por ello, instituciones propias e independientes de los Estados.

La elección del sector del carbón y del acero franco-alemán se debió a diferentes motivos: a) La importancia que, en los programas de reconstrucción del continente europeo durante el período de la posguerra, tuvieron las industrias carbono-siderúrgicas de Francia y Alemania; b) Eliminar las carencias que, en el sector siderúrgico sufría Alemania, y en el sector carbonífero sufría Francia, mediante el intercambio de su producción entre ambos países; c) El cese de la tradicional enemistad franco-alemana; d) Porque la puesta en común de estos recursos, necesarios, sin duda, para la guerra, parecía el mejor medio de hacerla inviable.

La propuesta Shuman-Monnet de constituir un mercado europeo para el carbón y el acero, cumplía, por tanto, un doble objetivo, por un lado, daba una respuesta válida al tradicional enfrentamiento entre Francia y Alemania; y, por otro, establecía las bases para iniciar el proceso de integración europea, configurándose, entonces, como respuesta válida a la crisis que en dichos sectores sufría la economía europea.

En este contexto, Jean Monnet propuso al Ministro de Asuntos Exteriores francés, Robert Shuman, su original solución. A pesar de las reticencias iniciales, la *Declaración Shuman* fue acogida de inmediato por seis naciones: Alemania, Italia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo y Francia. Después de varios meses de negociaciones, se aprobó el *Tratado de París, de 18 de abril de 1951, constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)*, que entraría en vigor el 25 de junio de 1952.

Con el *Tratado CECA* se inicia el proceso de integración europea según métodos nuevos. Un proceso de tal envergadura requería la formalización de instituciones propias, a su regulación se dedicó el T.II del Tratado, que, a tal fin, instituyó la Asamblea, el Consejo de Ministros, la Alta Autoridad y el Tribunal de Justicia; instituciones, todas ellas, a las que se les encomendaron funciones propias.

El *Tratado CECA*, se va a configurar, por tanto, como el primer eslabón de la cadena de una Comunidad más amplia. Sin embargo, el éxito de la primera Comunidad Europea fue seguido de un doble fracaso: a) El *Tratado constitutivo de una Comunidad Europea de Defensa*, que, firmado el 27 de mayo de 1952, la Asamblea Nacional francesa rechazaría autorizar su ratificación, el 30 de agosto de 1954; b) El *Anteproyecto de Tratado que creaba una Comunidad Política Europea*, que no pudo prosperar.

Este doble fracaso confirmaría, entonces, que la integración política sólo sería posible a través de una integración económica. Partiendo de tales planteamientos, en la Cumbre de Mesina, de 1 de julio de 1955, los Ministros de Asuntos Exteriores de los seis Estados miembros de la *CECA* decidieron encomendar a un Comité Intergubernamental, bajo la dirección de Paul-Henri Spaak, estadista belga y primer Presidente de la Asamblea de la *CECA*, la elaboración de un Informe en que se analizara, por un lado, y en aras de superar la *CECA*, extendiendo así la integración europea a toda la economía, cuales eran las posibilidades de una Unión Económica General; y, por otro, con el objeto de efectuar

una nueva integración sectorial, esta vez en el campo específico de la energía nuclear, cuales eran las posibilidades de la Unión en éste ámbito.

El 21 de abril de 1956 fue presentado el *Informe Spaak*, abriéndose, con ello, las negociaciones que conducirían a la firma, en Roma, de dos nuevos Tratados, el 25 de marzo de 1957, entrando en vigor una vez ratificados por los distintos Estados nacionales, el 1 de enero de 1958: 1°. *El Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE)*, con el que se pretende crear un mercado único común. 2°. *El Tratado de la Comunidad Europea de Energía Atómica*, cuyo objetivo es desarrollar la industria nuclear y promover su utilización con fines pacíficos.

En el ámbito institucional, los *Tratados de Roma* siguen el modelo diseñado por el *Tratado CECA*, si bien, de conformidad con la denominada *Convención relativa a ciertas instituciones comunes a las Comunidades Europeas*, documento que se encontraba anexo a los *Tratados de Roma*, y que entraría en vigor en la misma fecha en que lo hacen los dos Tratados que instituyen la *CEE* y la *CEEa*, se produce un acercamiento institucional; y es que, a partir de este momento, la Asamblea y el Tribunal de Justicia se configurarán como instituciones comunes de las tres Comunidades, encargándose, por ello, de realizar las funciones que les atribuyen cada uno de los tres Tratados.

Podríamos decir, que la *Europa de las Comunidades Europeas* constituye el inicio de un proceso de evolución todavía sin concluir, y, que ya no se configura tan sólo como un proceso de integración económica, sino también como un proceso de integración política.

Partiendo de tales planteamientos, los *Tratados Constitutivos o Fundacionales* han sufrido modificaciones, de pequeño y largo alcance, desde su gestación primera hasta el día de hoy; modificaciones que podemos sistematizar de la forma siguiente:

1° *Tratados de reforma puntual de los Tratados Constitutivos*, dentro de los cuales es posible distinguir, a su vez, dos grupos:

- a) *Los Tratados relativos al proceso de unificación institucional*, entre los que cabe destacar, por su importancia:
 - *La Convención relativa a ciertas Instituciones comunes a las Comunidades Europeas, de 25 de marzo de 1957*. Documento Anexo a los Tratados de Roma, que entraría en vigor en la misma fecha en la que lo hacen los dos *Tratados* que instituyen la *CEE* y la *CEEa*. Mediante la citada Convención se produce un acercamiento institucional, ya que a partir de este momento, la Asamblea y el Tribunal de Justicia se configuran como instituciones comunes a las tres Comunidades.
 - *El Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965*, también denominado *Tratado de Fusión de los Ejecutivos*, por el que se instituye un Consejo y una Comisión únicos para las tres Comunidades. De tal manera, que a partir de su entrada en vigor las tres Comunidades poseen instituciones comunes.
- b) *Tratados que llevan a cabo modificaciones parciales*, como son, entre otros:
 - *El Tratado de Luxemburgo, de 22 de abril de 1970*, por el que se pretende ampliar los poderes de la Asamblea en materia presupuestaria, sobre la

base de sustituir las contribuciones financieras de los Estados miembros por los recursos propios de las Comunidades.

- *El Tratado de Bruselas, de 22 de julio de 1975*. Teniendo en cuenta que a partir del 1 de enero de 1977, el presupuesto comunitario se financiaría, íntegramente, por los recursos propios de la Comunidad, con el presente Tratado se volverán a ampliar los poderes presupuestarios de la Asamblea. Además, con el objeto de intensificar el control del presupuesto, el propio Tratado creará el Tribunal de Cuentas.

2º *Tratados de Adhesión de nuevos Estados*. A través de los Tratados de Adhesión de nuevos Estados, los iniciales seis miembros de la Comunidad han pasado a ser hoy veintisiete, manteniéndose el proceso de ampliación abierto, en la actualidad, para la incorporación de nuevos Estados.

- *Tratado de Bruselas, de 22 de enero de 1972*, para la adhesión de Gran Bretaña, Dinamarca, Irlanda y Noruega, si bien éste último Estado no llegó a ratificarlo, que entró en vigor el 1 de enero de 1973.
- *Tratado de Atenas, de 28 de mayo de 1979*, para la adhesión de Grecia, cuya entrada en vigor se produce el 1 de enero de 1981.
- *Tratado de Lisboa y Madrid, de 12 de junio de 1985*, para la adhesión de Portugal y España, cuya entrada en vigor se produce el 1 de enero de 1986.
- *Tratado de Corfú, de 24 de junio de 1994*, para la adhesión de Finlandia, Austria, Suecia y Noruega, si bien Noruega no llegó a ratificarlo; que entró en vigor el 1 de enero de 1995.
- *Tratado de 16 de abril de 2003, firmado en Atenas*, para la adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca; que entró en vigor el 1 de mayo de 2004.
- *Tratado de Adhesión de Rumanía y Bulgaria, de 25 de abril de 2005*, que entró en vigor el 1 de enero de 2007.

La ampliación de la Unión no ha concluido; en la actualidad Croacia y Turquía son candidatos a la integración. Por su parte, la antigua República Yugoslava de Macedonia presentó su solicitud de ingreso en marzo de 2004, siendo admitida formalmente por la Unión. Por lo demás, también Montenegro e Islandia son países candidatos.

3º *Tratados de reforma sustancial de los Tratados constitutivos*, entre los que se encuentran:

- *El Acta Única Europea*, firmado los días 17 y 28 de febrero de 1986, y que entró en vigor el 1 de julio de 1987.

- *El Tratado de la Unión Europea*, también denominado *Tratado de Maastrich*, firmado el 7 de febrero de 1992, por los Ministros de Asuntos Exteriores de los doce países miembros, y cuya entrada en vigor se produjo el 2 de noviembre de 1993.
- *El Tratado de Amsterdam*, aprobado el 18 de junio de 1997, por los Jefes de Estado y de Gobierno, y, firmado el 2 de octubre de 1997, por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros.
- *El Tratado de Niza*, firmado el 26 de febrero de 2001, por los Jefes de Estado y de Gobierno.
- *Tratado de Lisboa*, firmado el 13 de diciembre de 2007.

Desde la *Europa de las Comunidades Europeas* hasta la actual *Unión Europea* se ha recorrido un largo camino. En efecto

[...] la actual *Unión Europea* es el ejemplo de supranacionalidad más completo que se conoce. Su entramado institucional y, especialmente, la creación de un ordenamiento jurídico propio que se integra en el derecho interno de los veintisiete Estados miembros gracias a la cesión de competencias de éstos a favor de la Unión distinguen a esta organización supranacional de cualquier otra.³

El proceso de integración europea se presenta, por tanto, ante nosotros, como un proceso en constante evolución. La Unión Europea es hoy, en consecuencia, una realidad, cuyo objetivo no se ciñe, ya, a conseguir la integración económica, como hiciera en sus inicios; sino que, igualmente, pretende la integración política así como la defensa de un espacio de libertad y justicia común a todos los Estados miembros; cobrando en este contexto, por ello, un especial relieve el reconocimiento de los derechos y libertades en el marco de la Unión.

2 LOS DERECHOS Y LIBERTADES EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS

El hecho de que la Comunidad Europea persiguiera en su inicio, esencialmente, una unión económica, se vino a traducir en la inexistencia del reconocimiento de un catálogo de derechos propio de la Comunidad por parte de los *Tratados Fundacionales*.

Los *Tratados Constitutivos* de las Comunidades Europeas carecían de un catálogo escrito de derechos fundamentales, puesto que, si bien es cierto, que el *Tratado de la Comunidad Europea*, en su versión inicial, contemplaba, entre otros, el principio de igualdad de trato o de no discriminación por razón de nacionalidad, la no discriminación entre productores y consumidores en la organización común de mercados agrícolas, y la igualdad de redistribución entre trabajadores masculinos y femeninos; también lo es, que,

³ Gómez Sánchez (2011. p. 83). Como ciertamente señala la citada autora, posiblemente sea la existencia de este ordenamiento propio una de las principales singularidades del proceso de integración europea. El Derecho Comunitario está integrado por el Derecho Originario integrado por los Tratados constitutivos y sus modificaciones posteriores; así como por el Derecho Derivado, formado por las normas y actos emanados de las instituciones comunitarias en razón de sus respectivas competencias.

éstos derechos, todos ellos de carácter socio-económico, se incluían exclusivamente como meros elementos de un sistema diseñado con objetivos puramente económicos⁴.

A pesar del silencio de los *Tratados Fundacionales*, la realidad es hoy bien distinta. En efecto, la notable evolución operada en el ámbito material relativo al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, es, sin duda, un hecho constatable; evolución que, como más tarde comprobaremos, surge como fruto de dos órdenes de circunstancias: 1ª) La primera, será, sin duda, la configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales, consecuencia del importante papel que ha jugado el Tribunal de Justicia de la Unión en la defensa y garantía de los derechos en el marco comunitario. 2ª) La segunda, la formulación jurídica de la protección de los derechos fundamentales en los textos comunitarios, y, muy especialmente, en el Derecho Originario, que, en realidad, viene a representar la plasmación jurídica de la labor jurisprudencial descrita.

En conclusión, como ciertamente señala Gómez Sánchez,⁵ “los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho han sido valores básicos de la construcción europea, consagrados en su Tratado fundacional y definitivamente consolidados con la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales”, a la que nos referiremos en un momento ulterior. “El respeto de los derechos humanos es exigencia *sine qua non* para los países que desean incorporarse a la Unión y una condición previa para los países que concluyen acuerdos comerciales o de otro tipo con ella.” En definitiva, la Unión Europea “promueve y defiende activamente los derechos fundamentales tanto dentro de sus fronteras como en sus relaciones con terceros países.”

3 EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El importante papel que ha jugado el Tribunal de Justicia en la defensa de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión, es, sin duda, incuestionable, convirtiéndose, de este modo, en “un auténtico órgano de creación del Derecho”, en tanto “su función ha ido mucho más lejos de la de un mero interprete del ordenamiento comunitario”, lo que le ha valido para ser reconocido como la institución parlamentaria que, de modo más contundente, ha contribuido a lograr la eficacia de los derechos fundamentales en el marco comunitario, y, todo ello, mucho antes de su reconocimiento en el Derecho Originario.⁶

En cualquier caso, en la posición mantenida por el Tribunal de Justicia en relación con la protección de los derechos fundamentales, es posible advertir dos etapas claramente diferenciadas.

Así, en una primera etapa, que se produce a finales de los años cincuenta y principios de los sesenta, el Tribunal Comunitario mostró su rechazo para conocer de la protección de los derechos fundamentales. En efecto, en las SSTJ de 4 de febrero de 1959, “Friedrich Stork & Co c. Alta Autoridad, (asunto 1758); y de 12 de febrero de 1960, “Comptoirs de vente du charbon de la Rhur, Geitling, Mausegatt, Päsident y otros c. Alta Autoridad (asuntos acumulados 16 a 18/59), el Tribunal de Justicia no consideró posible interpretar

⁴ En este sentido. Vid. Andrés Sáenz de Santa María, González Vega e Fernández Pérez (1999).

⁵ Gómez Sánchez (2011. p. 94).

⁶ En este sentido vid. Souto Paz (2003). También vid. De Vergotini (2010).

el Derecho Comunitario conforme a los derechos fundamentales reconocidos en los ordenamientos de los Estados miembros.

Frente a esta primera posición, el Tribunal de Justicia en una segunda etapa, asumirá dicha competencia, dando lugar a toda una construcción jurisprudencial en la materia; construcción jurisprudencial que llevará a cabo a través de tres instrumentos básicos:

- a) La consideración por parte del Tribunal, de que “los derechos fundamentales forman parte de los *principios generales del Derecho Comunitario*”, cuyo respeto debe ser garantizado por “el Tribunal de Justicia” (STJ de 12 de diciembre de 1969, “Stauder”, asunto 29/69; STJ de 14 de mayo de 1974, “Nold c. Comisión”, asunto 4/73).
- b) En la STJ de 17 de diciembre de 1970, “Internationale Handelsgesellschaft GmbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle Gettride (asunto 11/70), el Tribunal, con el objeto de dar respuesta a la falta de un elenco propio de derechos en el ámbito comunitario, afirmará que es al propio Tribunal al que le corresponde establecer el mismo, lo que llevará a cabo utilizando *las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros*.
- c) Finalmente, a mediados de la década de los setenta y en la de los ochenta, el Tribunal de Justicia incorporó un nuevo criterio material de protección de los derechos en el ámbito comunitario, en sus Sentencias de 14 de mayo de 1974, “Nold c. Comisión” (asunto 4/73); de 15 de mayo de 1986, “Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (asunto 222/84); y de 13 de julio de 1989, “Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft (asunto 5/88). Se trata de los “*Tratados Internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, y, en especial, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*”. En cualquier caso, parece conveniente señalar, como en este mismo sentido, se manifestaron, igualmente, las Instituciones Comunitarias, que plantearon la posibilidad de que la Comunidad se adhiriera formalmente al Convenio Europeo de Derechos Humanos en diversos documentos, entre los que se encuentran el *Informe de la Comisión, de 14 de febrero de 1976, sobre protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario; La Declaración conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión, de 5 de abril de 1977; así como en el Memorandum de la Comisión, de 4 de abril de 1979, sobre la Adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio de Roma de 1950*. Lo cierto, es que a pesar de los esfuerzos la adhesión no se produjo, posibilidad que, por lo demás, fue negada por el Tribunal de Justicia al disponer la falta de competencia de las instituciones europeas para formalizar la adhesión a la Convención Europea, en su Dictamen 2/1994, de 28 de marzo.

4 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO ORIGINARIO

4.1 LOS DERECHOS Y LIBERTADES EN EL ACTA ÚNICA EUROPEA

El Acta Única Europea, firmado los días 17 y 28 de febrero de 1986, en Luxemburgo y la Haya, respectivamente, no es más que la consecuencia de la voluntad política de los Estados miembros de poner fin al estancamiento al que estaba sometido, desde hacía ya una década, el proceso de construcción comunitaria, con motivo de los desordenes económicos mundiales y los propios desacuerdos internos. Su entrada en vigor, prevista para el 1 de enero de 1987, tuvo que ser, sin embargo pospuesta al 1 de julio de ese mismo año, al verse obligado el Gobierno Irlandés a convocar un referéndum en el que se determinase si el contenido de éste nuevo Tratado restringía o no los derechos reconocidos por su Constitución interna.

El *Acta Única Europea* constituye la primera revisión sustancial del *Tratado de la Comunidad Económica Europea* desde 1957, con el que se pretende, por un lado, reactivar la construcción comunitaria mediante la realización de un gran mercado interior único, en el transcurso de un período que terminaría a finales de 1992, es decir, un espacio sin fronteras interiores en el que estaría garantizada la libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, lo que, sin duda, afectaría a los derechos y libertades de los ciudadanos de los países miembros (libertad de residencia, de protección de datos personales); a la consecución de tal fin, se revalorizará el principio de solidaridad financiera, jugando un papel preponderante los distintos fondos estructurales. Y por otro, que los Estados miembros procurasen hacer efectiva la formulación y aplicación conjunta de una política exterior europea, dedicándose, para ello, el artículo 30 del *Tratado* a la regulación de la cooperación europea en materia de política exterior.

En el marco del Derecho Originario, será en el *Acta Única Europea* cuando se vislumbre, por primera vez, la preocupación por la protección de los derechos fundamentales, al declarar en su *Preámbulo*, que los Estados miembros se encuentran “decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y en la Carta Social Europea, y en particular la libertad, la igualdad y la justicia.”

4.2 LOS DERECHOS Y LIBERTADES EN EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

El *Tratado de la Unión Europea*, también denominado *Tratado de Maastrich*, firmado, el 7 de febrero de 1992, por los Ministros de Asuntos Exteriores de los doce Estados miembros, y cuya entrada en vigor se produjo el 2 de noviembre de 1993, se asentará sobre la base de tres pilares:

- 1) *El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*. En efecto con el *Tratado de la Unión Europea* se produce la reforma más importante del *Tratado CEE*. En este sentido podemos destacar los siguientes aspectos:
 - La *Comunidad Económica Europea* pasará a denominarse, a partir de este momento, *Comunidad Europea*, con este cambio de denominación se quie-

re constatar que la *Comunidad Europea* ha dejado de ser una organización meramente económica para convertirse en la *Comunidad del ciudadano*. Consecuentemente, el reconocimiento de la *ciudadanía europea* conlleva el reconocimiento de toda una serie de derechos cívicos nuevos.

- *El Tratado de la Comunidad Europea* se completa con toda una serie de disposiciones que tienen la pretensión de alcanzar la Unión Económica y Monetaria.
 - Entre las competencias de la Comunidad se incorporan nuevos ámbitos de acción, como pueden ser, por ejemplo, la educación y la formación profesional; las políticas de la juventud, de la cultura, de la salud pública, etc.
 - Se producen modificaciones en el ámbito institucional, siendo el Parlamento Europeo la institución que vio más acrecentadas sus competencias.
- 2) *Política Exterior y Seguridad Común (PESC)*. Este segundo pilar sobre el que se asienta el *Tratado de la Unión Europea* viene a sustituir a la simple cooperación política.
- 3) *La Cooperación en asuntos de Justicia e Interior*, a cuyo efecto, el *Tratado de la Unión* describe que ámbitos han de ser considerados de interés común para los Estados miembros.

El *Tratado de la Unión Europea* dio un paso más en el proceso de evolución del reconocimiento de los derechos y libertades en el ámbito comunitario, al formalizar jurídicamente la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su artículo F.2, a tenor del cual:

La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario.

Es cierto que la eficacia de este precepto quedó muy restringida por las previsiones del artículo L del mismo texto, que lo excluyó de la competencia del Tribunal de Justicia Europea; lo que no obsta, para que resulte incuestionable, que el *Tratado de Maastrich* supondrá, sin duda, un salto cualitativo en materia de derechos y libertades en el marco de la Unión, pues, a pesar de que no se adopte en su Texto un catálogo propio y expreso de derechos y libertades, y tampoco se consagre una adhesión formal al Convenio de Roma, la redacción del artículo F.2 parece que puede interpretarse en el sentido de que de ella se deriva la “recepción o incorporación por referencia de la parte normativa del Convenio al Derecho Originario europeo, constitucionalizando su contenido en el plano comunitario.”⁷

⁷ Pérez Vera (1993).

4.3 LOS DERECHOS Y LIBERTADES EN EL TRATADO DE AMSTERDAM

El *Tratado de Amsterdam* fue aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno, el 18 de junio de 1997, y firmado el 2 de octubre de 1997, por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros. Entre sus logros, podemos destacar, la configuración de los derechos humanos y libertades fundamentales como principio de la Unión, cuya vulneración por los Estados miembros pondrá en marcha el mecanismo de sanciones previsto en el propio Tratado; reformas en el ámbito institucional tendentes a reafirmar el papel del Parlamento; y modificaciones en aras de reforzar la Política Exterior y Seguridad Común, así como la Cooperación en asuntos de Justicia e Interior, dos de los pilares sobre los que se asienta la Unión Europea.

Será, sin duda, el *Tratado de Amsterdam* el que ofrezca un eslabón, de primer orden, en la cadena de evolución descrita sobre el reconocimiento y protección de los derechos y libertades en el marco de la Unión. En efecto, el *Tratado de Amsterdam* reafirma el sistema de protección de los derechos fundamentales a través de las siguientes aportaciones:

1ª Configura el respeto de los derechos humanos como uno de los principios sobre los que se basa la Unión, al disponer en su artículo 6 (antiguo art. F), que:

1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.
2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario.

2ª Extiende las competencias del Tribunal de Justicia al apartado 2 del artículo 6 con respecto a la actuación de las Instituciones.

3ª Establece la posibilidad de suspender a un Estado miembro en alguno de sus derechos si viola grave y persistentemente los derechos humanos.

Por otro lado, el *Tratado de Amsterdam* “profundizó también en el reconocimiento de los derechos sociales”; así, como consecuencia de la nueva redacción que se dio al artículo 117, “la Comunidad asumió como objetivo propio la promoción de los derechos sociales.” Igualmente, reguló la igualdad de oportunidades en el trabajo entre hombres y mujeres (art. 119.1), incorporando además “la cláusula habilitadora para la aplicación o mantenimiento por los Estados nacionales de medidas de acción positiva.” (art. 119.4).⁸

Se advierte, pues, una decisiva importancia jurídica del *Tratado de Amsterdam*, dada la novedosa configuración que de él se deriva en relación con el reconocimiento de los derechos fundamentales y sus garantías en el ámbito comunitario.

⁸ En este sentido vid. Gómez Sánchez (2011. p. 96). También vid. Navas Castillo (2004).

Desde esta perspectiva, alcanza pleno sentido la afirmación de que “La Unión Europea no va a ser, no es ya sólo una unión económica, un mercado común”, en tanto que pretende también ser, “y el texto de los *Tratados de Maastrich, Amsterdam y Niza* así lo demuestran, una Unión fundamentada en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y promotora del progreso económico y social de sus pueblos, al menos desde su configuración jurídico-formal.”⁹ Se puede decir, entonces, que la preocupación por la necesidad de consolidar y consagrar un catálogo propio de derechos y libertades, en el marco de la Unión Europea, es una realidad que se propone como meta a alcanzar.

4.4 DEL TRATADO DE AMSTERDAM AL TRATADO DE LISBOA: LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

A pesar de la notable evolución experimentada tras la entrada en vigor del *Tratado de Amsterdam*, la misma resulta todavía insuficiente; insuficiencia que se ha tratado de paliar a través de dos opciones; bien, mediante la adhesión de la Unión al *Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950*; bien, mediante la creación de un sistema propio de protección de los derechos fundamentales, lo que implica la elaboración de un catálogo de derechos y libertades en el marco comunitario.¹⁰

En este orden de ideas, el Consejo Europeo de Colonia, celebrado los días 3 y 4 de junio de 1999, se inclinó por la segunda de las opciones descritas, al adoptar una Decisión relativa a la elaboración de una *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, argumentando como justificación, la necesidad de “poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance.” En cumplimiento de esta Decisión, el Consejo Europeo de Tempere, de 10 y 11 de noviembre de 1999 decidió la composición definitiva y el método de trabajo del órgano encargado de la redacción de la *Carta de Derechos*, órgano denominado *Convención*. El 17 de diciembre de 1999, se reunió la *Convención* en sesión constitutiva, reuniéndose, ulteriormente, de forma regular en las sedes del Parlamento y del Consejo hasta culminar sus trabajos.

Los días 13 y 14 de octubre, la *Convención* presentó, ante el Consejo Europeo de Biarritz, el *Proyecto de Carta de Derechos Fundamentales*, acordándose, sin embargo, posponer su proclamación hasta el siguiente Consejo Europeo, el de Niza.

La *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, fue finalmente proclamada en el Consejo Europeo de Niza, celebrado los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, si bien, se dejó sin determinar su naturaleza jurídica, planteándose, entonces, un problema de una gran enjundia teórica.

En efecto, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, no se incorporó, con fuerza jurídica vinculante, a los Tratados ni al Derecho comunitario; a pesar de lo cual, supuso un avance incuestionable en materia de derechos fundamentales. Y es que, por un lado, las instituciones comunitarias tomaron, desde aquél momento, la *Carta de Derechos* como parámetro de adopción de sus decisiones, resoluciones, informes e

⁹ Freixes Sanjuan (2003, 1992, 1998) También vid. De la misma autora.

¹⁰ DOCE, 20 de diciembre de 2000. C 367/26. ES.

incluso programas de acción;¹¹ y por otro, la *Carta* se convirtió en un *Texto* de referencia obligada para los Estados miembros.¹²

Pero es que, aún más, la *Carta* lograría sobrevivir al período de incertidumbre en que quedó inmersa la Unión, como consecuencia del sobresalto que provocó el “no” del pueblo de dos de los Estados Fundadores, a saber, de Francia y Países Bajos, al *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

El *Tratado Constitucional* se presentaba, sin duda, como el más ambicioso proyecto de reforma de la Unión Europea, fruto de un largo camino cuyo punto de origen se encontraba en la *Declaración* que, sobre el Futuro de la Unión, se aprobó en el Consejo Europeo de Lâcken, celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 2001.

En efecto, nos encontrábamos ante un Tratado que, como su propio nombre indica, “tenía a un tiempo características propias de un Tratado Internacional y de una Constitución;” un Texto, que consagraba a

[...] la Unión Europea como una auténtica comunidad política que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común; un Texto que había sido redactado con un triple objetivo: a) Hacer más participes a los ciudadanos en el proceso de integración supranacional que representa la Unión Europea; b) Dotar a la Unión de los medios de acción necesarios para hacer frente a las nuevas exigencias de la realidad social, económica e internacional; c) Y adecuar mejor las instituciones de la Unión, sus estructuras, métodos de trabajo y procedimientos de decisión a la Unión ampliada.¹³

El Texto del *Tratado* se dividió formalmente en cuatro Partes, completándose con dos Anexos y treinta y seis Protocolos que formaban parte integrante del mismo. La Parte I contemplaba esencialmente los fundamentos de la Unión Europea, sus valores y objetivos, el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros y las disposiciones institucionales básicas de la Unión. La Parte II, incorporaba al Texto del *Tratado* la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, otorgándole valor jurídico vinculante. La Parte III regulaba las bases jurídicas y principios que debían regir las políticas internas y externas de la Unión; desarrollando, igualmente, las disposiciones relativas al funcio-

¹¹ En este sentido el Parlamento Europeo adoptó la Decisión de que la Carta de Derechos Fundamentales tuviese aplicación en el ámbito interno del Parlamento. DOCE, 2000/C 364/01 (18 de diciembre de 2000).

¹² Sirva de ejemplo el tenor literal del artículo 2, de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la en España las Cortes Generales autorizan al Gobierno la ratificación del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa, el 13 de diciembre de 2007, en virtud del cual: “A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (se refiere a la Constitución española) se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos fundamentales publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación”. En consecuencia, como se puede comprobar, de conformidad con el citado precepto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, se constituirá, a tenor del art. 10.2 de la Constitución española, así como del apartado 8 del art. 1 del Tratado de Lisboa, en criterio de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución española reconoce, antes de la entrada en vigor del propio Tratado de Lisboa.

¹³ En estos términos fue definido el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo, por la que se autorizaba la ratificación por España del citado Tratado.

namiento institucional de la Unión. Finalmente, la Parte IV contenía las disposiciones generales y finales.

La Constitución Europea contempló la regulación de los derechos fundamentales conforme a la siguiente sistemática:¹⁴

- a) En la Parte Primera del Tratado, Título II “De los Derechos Fundamentales y de la Ciudadanía de la Unión”, incorporó el artículo I-9 que, bajo la rúbrica “Derechos Fundamentales”, contenía el siguiente tenor literal:

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II.
2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución.
3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del derecho de la Unión como principios generales.

- b) En la Parte Segunda del Tratado, se incorporó, íntegramente, *la Carta de los Derechos Fundamentales*, adoptada el 18 de diciembre de 2000.

La solución adoptada de, por un lado, en la Primera Parte del *Tratado* hacer referencia a la *Carta*, para ulteriormente, en la Segunda Parte incorporar el texto íntegro de la *Carta*, evidencia la voluntad de constitucionalizar íntegramente no sólo los derechos fundamentales, sino también la *Carta de los Derechos Fundamentales* en su plenitud.

Coadyuva a esta afirmación el propio proceso de elaboración del *Proyecto de Constitución Europea*, tal y como se pone de manifiesto en el Informe¹⁵ elaborado por el Grupo II, presidido por el Comisario Antonio Vitorino, al que se le encomendó que estudiara las modalidades y consecuencias de la posible incorporación de la *Carta* en los *Tratados*.

Así, según se expone en el citado Informe, en opinión de todos los miembros del Grupo, “un elemento tan esencial como los derechos fundamentales debería encontrar su sitio en el marco constitucional de la Unión”. Partiendo de tal consideración, el Grupo recomendó al Pleno las siguientes opciones básicas: a) La inclusión del Texto de los artículos de la *Carta* al principio del *Tratado Constitucional*, en un Título o Capítulo de dicho *Tratado*; b) La inclusión de una referencia adecuada a la *Carta* en un artículo del *Tratado Constitucional*; esta referencia podría combinarse con la inclusión de la *Carta* como anexo o añadido, en el *Tratado Constitucional*, bien en forma de parte específica del *Tratado Constitucional* en la que solamente figuraría la *Carta*, bien como acto jurídico separado (por ejemplo, en forma de Protocolo). Según un miembro del Grupo podría realizarse una “referencia indirecta” a la *Carta* para que ésta fuera jurídicamente vinculante sin darle estatuto constitu-

¹⁴ Sobre la regulación de los derechos fundamentales en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, vid, entre otros, Navas Castillo (2004). También vid Souto Paz (2003. p. 31).

¹⁵ CONV 352/02 WG II 16. Bruselas, 22 de octubre de 2002 (24.10) (OR.en).

cional. La mayoría del Grupo prefería la primera opción en aras de una mejor legibilidad del *Tratado Constitucional*. Por su parte, algunos de los miembros que se inclinaban por la segunda opción subrayaron la necesidad de que la *Carta* figurase como Anexo del Tratado, como parte específica del *Tratado* o como Protocolo. En cualquier caso, el Grupo, en su totalidad, coincidió en considerar que “estas opciones básicas podrían utilizarse para que la *Carta* sea un texto jurídicamente vinculante de carácter constitucional.”

En definitiva, con la firma en Roma, el 29 de octubre de 2004, del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, se abrió un proceso que, en el mejor de los casos, conduciría a su entrada en vigor, el 1 de noviembre de 2006, siempre que se hubiesen depositado los instrumentos de ratificación por todos los Estados signatarios; si bien, la ratificación de la *Constitución Europea* por las Altas Partes Contratantes, debía efectuarse con sus respectivas normas constitucionales.

Sin embargo, a pesar de que la denominada *Constitución Europea*, fue ratificada por una mayoría de los Estados miembros (dieciocho de los veintiséis), el rechazo al *Tratado Constitucional* por los referenda celebrados en Francia (29 de mayo de 2005) y Países Bajos (1 de junio de 2005), paralizó el proceso de ratificación.

El rechazo al *Tratado Constitucional* en sendos referenda, vino a constatar que el mismo jamás llegaría a convertirse en realidad; truncándose, así la posibilidad de otorgar carácter jurídicamente vinculante a la *Carta de Derechos Fundamentales*, cuyo contenido constituía, como ya hemos indicado, la Parte II de la *Constitución Europea*.

Tras un largo período de *impasse* constitucional, y superada la situación de incertidumbre creada ante la falta de ratificación unánime del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, se procedió, el 13 de diciembre de 2007, a la firma en la capital portuguesa del *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*, que pasará a denominarse *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*; iniciándose, con ello, un nuevo proceso de ratificación. Finalmente, el Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

Las bases, valores, objetivos, derechos, políticas e instituciones del *Tratado de Lisboa*, son sustancialmente similares a las que fueron propias de la *non nata Constitución Europea*, de la que, por lo demás, deriva.

El Tratado de Lisboa da un importante paso adelante en materia de derechos humanos. En efecto, el apartado 8 del su artículo 1, otorga una nueva redacción al artículo 6 del *Tratado de la Unión Europea*, que pasa a tener el siguiente contenido:

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal y como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Del tenor literal del artículo 6, en la redacción dada por el *Tratado de Lisboa*, caben hacer las siguientes consideraciones:

1ª Que con la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, adquiere el mismo valor jurídico que los *Tratados*, siendo, por ello, jurídicamente vinculante, tanto para las Instituciones europeas, como para todos los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

2ª Las disposiciones de la *Carta* no amplían las competencias de la Unión, de tal manera, que “los derechos contenidos en la *Carta de Derechos Fundamentales* se desarrollarán en el marco de las competencias que los estados han cedido a la Unión pero no obligará a dichos Estados en competencias no cedidas a la Unión.”¹⁶

3ª Los derechos, libertades y principios enunciados en la *Carta* se interpretarán de conformidad con las disposiciones generales del Título VII de la misma, lo que, entre otras circunstancias, implica:

- a) La regulación que se contiene en la *Carta* sobre los derechos, libertades y principios está dirigida a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión. Por lo demás, en virtud del principio de subsidiariedad, cuando se trate de materias que no son de la competencia exclusiva de la Unión, la misma intervendrá sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros ni a nivel central, ni a nivel regional o local; sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a nivel de la Unión.
- b) La *Carta de Derechos Fundamentales* no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes del *Tratado*.

¹⁶ Gómez Sánchez, (2011. p. 100 ss).

- c) De conformidad con el artículo 52.3 de la *Carta*: “En la medida en que la *Carta* contenga derechos que correspondan a derechos garantizados en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho *Convenio*. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.” En este orden de ideas:
- Los derechos de la *Carta* que se correspondan con derechos del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* tendrán el mismo alcance y sentido establecidos en el *Convenio*.
 - Si bien, con la segunda frase del artículo 52.3, se quiere precisar que, éste artículo no se opone, sin embargo, a una protección más extensa, ya lograda o que podría establecerse más adelante en la legislación de la Unión; o en algunos artículos de la propia *Carta* que, pese a estar basados en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, van más allá del propio *Convenio*, por haber alcanzado ya el acervo jurídico de la Unión un nivel de protección más elevado.
 - En definitiva, la cláusula transversal del artículo 53.2 de la *Carta*, obliga a ponderar entre el Derecho Comunitario y el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, para aplicar el estándar más elevado.
- d) Además, a tenor del artículo 52.4 de la *Carta* en la medida en que la misma reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones. Esta norma obliga, por ello, a ponderar entre el Derecho Comunitario y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, con el objeto de que se aplique el estándar de protección más elevado. Es decir, con arreglo a esta disposición, en lugar de seguir el rígido de “mínimo común denominador”, los correspondientes derechos de la *Carta* se interpretarán procurando ofrecer un nivel elevado de protección; un nivel de protección que resulte adecuado para el Derecho de la Unión y sea acorde con las tradiciones constitucionales comunes.

4ª Tal y como establecía el artículo I-9, del Título II, de la Parte Primera, del fallido *Tratado Constitucional*, y de forma idéntica, el artículo 6 del *Tratado de la Unión Europea*, en su redacción dada por el *Tratado de Lisboa*, determina que “La Unión se adherirá al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*”, configurando, por tanto, la adhesión de la Unión al *Convenio* no con carácter meramente facultativo, sino con carácter obligatorio.

Por lo demás, la adhesión de la Unión al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, “no modificará las competencias de la Unión que se definen en los *Tratados*”; expresión ésta con la que se quiere significar que:

- a) la adhesión de la Unión al *CEDH* no modificará el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros;

- b) el ámbito jurídico de aplicación de la adhesión de la Unión al *CEDH*, se limitará a las cuestiones en las que la Unión es competente, de tal manera, que, en ningún caso, entraña una ampliación de competencias de la Unión, y, mucho menos, el establecimiento de una competencia general de la Unión en materia de derechos fundamentales;
- c) la adhesión únicamente generará obligaciones positivas de actuación de la Unión para dar cumplimiento al *CEDH*, en la medida en que los *Tratados* contemplen competencias de la Unión que permitan tal actuación;
- d) La adhesión de la Unión al *CEDH* tampoco afectará a las posiciones que cada uno de los Estados miembros hayan adoptado respecto del *CEDH*.

5ª Se configuran como principios generales del Derecho de la Unión: los derechos fundamentales que garantiza el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertas Fundamentales* y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, creándose, por tanto, como ya se hiciera en el fallido *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, una “interrelación tripartita (el sistema de derechos de la Unión, el del Consejo de Europa y el de las Constituciones de los Estados miembros) que esta configurando un verdadero sistema, integral y en evolución, de derechos fundamentales.”¹⁷

Con el *Tratado de Lisboa*, se da, en suma, un paso más en la consolidación de una Europa de derechos y valores, al reforzar el nivel de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión. Ahora bien, *el Tratado de Lisboa* no deberá interpretarse como punto de llegada, sino que, a nuestro parecer, deberá entenderse como el punto de partida de la configuración de un sistema de derechos fundamentales en Europa; un sistema en constante evolución.

REFERÊNCIAS

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; GONZÁLEZ VEGA, J. A.; FERNÁNDEZ PÉREZ, B. *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Eurolex, 1999.

DE VERGOTINI, G. *Más allá del diálogo entre Tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Civitas-Thomson Reuters, 2010.

FREIXES SANJUAN, T. *Constitución y derechos fundamentales. I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos*. Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona. 1992. La Europa de los ciudadanos después del Euro. En GÜELL, A. M. (Coord.). *El dilema de Europa*. Barcelona: Del Bronce, 1998.

FREIXES SANJUAN, T. La integración en Europa y el refuerzo de las garantías de los derechos fundamentales. En *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Instituto de Derecho Público. Tirant lo Blanch, n.1, 2003.

¹⁷ Freixes Sanjuan (2003).

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda.: *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*. Madrid: Sanz y Torres, 2011.

NAVAS CASTILLO, Antonia. El derecho a la integridad de la persona, EN ÁLVAREZ CONDE, E.; GARRIDO MAYO, V. (Dir). *Comentarios a la Constitución Europea*. . Madrid Tirant lo Blanch, 2004.

NAVAS CASTILLO, Antonia. La no discriminación por razón de sexo y la discriminación inversa en el marco europeo. En Gómez Sánchez, Y. (Coord.) *Los derechos en Europa*. Madrid: Estudios UNED, 2004.

NAVAS CASTILLO, Florentina. La protección del medio ambiente. En ÁLVAREZ CONDE, E.; GARRIDO MAYOL, V. (Dir). *Comentarios a la Constitución Europea*. Libro II. Tirant lo Blanch, 2004.

PÉREZ BUSTAMANTE, R. El camino hacia la Constitución Europea. En ÁLVAREZ CONDE, E.; GARRIDO MAYOL, V. (Dir). *Comentarios a la Constitución Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

PÉREZ VERA, E. El Tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos. En *Revista de Instituciones Europeas*. v. 20, n. 2, 1993.

SOUTO PAZ, J. A. La constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.1, p. 31, 2003.

SOUTO PAZ, J.A. La constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea. En *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Instituto de Derecho Público. Tirant lo Blanch, n. 1, 2003.

AS DIMENSÕES DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUAS IMPLICAÇÕES NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Antonio Cesar Trindade*
Rogério Gesta Leal**

Resumo

A partir da premissa de que os direitos fundamentais sociais se constituem em pilares do Estado social de direito, necessário se faz identificar quais os entraves que impedem que tais direitos sejam efetivamente concretizados. Nesta seara, nos propomos a uma abordagem da denominada cláusula da reserva do possível em suas dimensões fática e jurídica, de forma a compreender os direitos fundamentais sociais com base nas circunstâncias sociais, históricas e econômicas em que estão inseridos. Do mesmo modo, a análise que se propõe deve primar pela observância das regras constitucionais correlatas aos direitos fundamentais sociais, mas sem olvidar dos demais preceitos constitucionais e que dizem respeito ao custeio e ao controle dos recursos públicos.

Palavras-chave: Reserva do possível. Direitos fundamentais. Direitos sociais.

The dimensions of reserve and possible implications of the effective fundamental social rights

Abstract

Starting from the premise that fundamental social rights constitute pillars of the social state of law, it is necessary to identify which barriers that prevent those rights are effectively implemented. In this filed, we propose an approach called the reserve clause as possible in their factual and legal dimensions in order to understand the fundamental social rights based on social circumstances, historical and economic conditions in which they are inserted. Similarly, the analysis it proposes must excel observance of the constitutional related to fundamental social rights, but without forgetting the other constitutional an which relate to the funding and control of public resources.

Keywords: Reservation of possible. Fundamental rights. Social rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo adentrar na seara da efetivação dos direitos fundamentais sociais buscando identificar de forma sumária os problemas que entravam a concretização destes direitos. Para tanto, limitamos nossa abordagem a denominada reserva do possível e suas implicações nesta temática.

* Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Av. Nereu Ramos, 3777-D; Seminário; 89813-000, Chapecó, SC; antoniocetr@gmail.com

** Doutor; Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; gestaleal@gmail.com

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A gênese dos direitos fundamentais guarda estreita relação com o nascimento do Estado constitucional moderno, Estado este que tem seu pressuposto de ser no preceito do reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana, bem como na valorização dos direitos fundamentais do homem. A noção sobre tais direitos, por conta das variadas situações históricas vivenciadas pela sociedade, passou por diversas alterações desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições no que diz respeito ao seu conteúdo, titularidade e efetivação, daí se falar em suas múltiplas dimensões (SARLET, 2012, p. 36-45).

Entre as dimensões (ou gerações para alguns doutrinadores) dos direitos fundamentais, e se atendo ao objeto que nos propomos neste texto, releva caracterizar a denominada segunda dimensão desses direitos, a qual abrange os “direitos sociais, culturais e econômicos.” (BONAVIDES, 2012, p. 582). Estes direitos têm sua aurora com a revolução industrial, principalmente em função dos acentuados problemas sociais e econômicos que dela adveio, bem como pela constatação que a mera liberdade e igualdade formal, e que são típicos direitos de primeira dimensão, defendida pelo modelo de Estado Liberal, não proporcionava o gozo efetivo dessas prerrogativas (SARLET, 2012, p. 47).

Tal percepção, e por conta de movimentos reivindicatórios levados a efeito pelas classes sociais com menor poder de participação nas esferas de poder da sociedade (em especial os trabalhadores), demandou a presença do Estado enquanto elemento ativo na realização da “justiça social” (SARLET, 2012, p. 47), exigindo a ampliação dos seus deveres, o que levou o Poder Público a reclamar para si o encargo de uma “tutela política mais eficaz, de natureza coletiva e indeterminada”, (LEAL, 2000, p. 68-69), visando à satisfação das necessidades substanciais básicas da população (ações positivas), ou mesmo intervindo na vida econômica dos setores produtivos (ações de proteção), sempre com o desiderato de realinhar e de minimizar os conflitos existentes nestas estruturas sociais.

Aqui convém explicar que com relação à caracterização do Estado brasileiro enquanto um Estado Social de Direito, não há desavença quanto ao entendimento de que a Constituição de 1988 adotou este regime, ainda que de forma não expressa (LEDUR, 2009, p. 105), deixando tal característica evidente em seu texto, em especial na redação do seu preâmbulo¹ ou mesmo entre os seus princípios fundamentais.²

Por conta desta concepção de Estado Social (garantir a justiça social efetiva) há de se desapegar daquela visão de liberdade e igualdade asseguradas mediante uma limitação de ação do Estado em face da sociedade, (primeira dimensão dos direitos fundamentais), visto que tal entendimento, “[...] deixa o indivíduo na mesma situação social em que se encontra mantendo-se o *status quo* vigente, discriminatório e não raro violador de sua cidadania.” (LEAL, 2000, p. 72). O que se busca com o Estado social de direito é a iso-

¹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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 [...]

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

nomia fática, e é este conceito de igualdade que deverá servir como fio condutor de toda a “hermenêutica constitucional” quando esta se ocupar de “estabelecer equivalências de direitos” (BONAVIDES, 2012, p. 390).

Neste caminho, a Constituição brasileira de 1988 inovou ao acolher os direitos sociais em capítulo próprio em seu catálogo dos direitos fundamentais, (em constituições pretéritas tais direitos estavam previstos no capítulo da ordem econômica e social) atribuindo-lhes, enquanto direitos fundamentais, “[...] parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica.” (SARLET, 2012, p. 66). Ainda sobre a posição topológica dos direitos sociais em nossa Constituição não se pode descurar que aqueles contemplam desenvolvimento, esclarecimentos de conteúdo, concreção ou materialização no capítulo II do Título II, e nos Títulos VII e VIII, e que se referem, respectivamente, a ordem econômica e a ordem social (LEDUR, 2009, p. 83); tal técnica legislativa, qual seja, a previsão esparsa de direitos sociais fundamentais no texto constitucional e fora do catálogo próprio, não lhes retira a fundamentalidade (SARLET, 2012, p. 71).

Os direitos fundamentais sociais se apresentam enquanto princípio do Estado Social, ou mesmo como “expressões ou manifestações” deste regime de Estado (LEDUR, 2009, p. 106), sendo inerente a sua natureza exigir que seja criada ou posta a disposição da sociedade uma gama de prestações que constituem seu objeto (SARLET, 2012, p. 283). Nesse contexto, e, segundo Alexy (2011, p. 434-444), os denominados direitos fundamentais sociais se constituem em “importante parte daquilo que se é denominado de direitos a prestações”, e que na lição do mesmo autor, se constituem em direitos a proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito.

As duas primeiras modalidades de prestações são assim conceituadas por Sarlet a partir da lição de Alexy. Os direitos de proteção se referem a posições jurídicas fundamentais que conferem ao indivíduo o direito de reivindicar do Estado que este “[...] o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais.” (SARLET, 2012, p. 190). Por sua vez, os direitos à organização e procedimento asseguram ao indivíduo a oportunidade de exigir do Estado a “[...] emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos.” (SARLET, 2012, p. 197). Em relação à terceira modalidade de prestação, qual seja os direitos à prestação em sentido estrito, estes se diferenciam dos demais por se referir a direitos (a exemplo da saúde, moradia, educação) do indivíduo frente ao Estado, sendo algo que, “[...] se indivíduo dispusesse de meios suficientes ou se houvesse uma oferta suficiente no mercado poderia também obter de particulares.” (ALEXY, 2011, p. 499).

A previsão em abstrato de direitos sociais no corpo de nossa Constituição (sob a forma de prestações em sua tríplice configuração conforme já mencionado) conduz ao problema que nos propomos a abordar nessa dissertação, qual seja, quais são os entraves à efetivação destes direitos, ou mesmo quais são os embaraços que não permitem aproximar o conteúdo normativo e a realidade social (BARROSO, 1996, p. 83).

Para tanto, em um primeiro momento, há de se identificar a natureza dos direitos fundamentais sociais sob seus aspectos subjetivos e objetivos.

3 A PERSPECTIVA SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais sociais guarda relação com o que se poderia qualificar de “eficácia dirigente” que estes direitos suscitam em relação aos órgãos estatais. Sob esta ótica trata-se de uma ordem endereçada ao Estado no sentido de que a este compete a obrigação perene de buscar a concretização dos direitos fundamentais sociais, constituindo estes em diretrizes para a aplicação e a interpretação do direito infraconstitucional (SARLET, 2012, p. 146-147).

Por sua vez, a perspectiva subjetiva leva ao problema do direito ao reconhecimento a prestações sociais (sob a ótica do titular) e se encontra ligado à indagação sobre os próprios limites do Estado social de direito, visto que, considerando que a existência de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constitui exigência deste regime de Estado, é de se questionar até onde vai a obrigação do Estado no que se refere à concretização do ideal de justiça social, e da mesma forma qual o *quantum* destas prestações podem (ou não) ser judicialmente pretendidas pelos particulares (SARLET, 2012, p. 354).

Ainda com relação à perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais sociais há de se reconhecer tais direitos fundamentais como princípios, (e regras), o que trás como consectário a admissibilidade de que tais direitos possam ser restringidos. Daí dizer que seriam normas que determinam que “algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, em outras palavras, seriam “mandados de otimização”. Desta forma, tais enunciados não contêm ordens definitivas, mas somente *prima facie*, pois demandam a definição do seu conteúdo (LEIVAS, 2006, p. 59).

Contudo, na atividade legislativa de definição ou conformação de determinado direito social não poderá o legislador empecer o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e que é representada pelo conteúdo mínimo de um direito, parcela sem a qual este perde a sua eficácia. Sendo assim, mesmo quando o legislador estiver constitucionalmente autorizado a exarar normas restritivas de direitos fundamentais sociais ele permanece restrito aos ditames do núcleo essencial destes direitos (SARLET, 2012, p. 411).

Disto resulta a percepção de que há um denominado mínimo existencial, assim entendido como um aglomerado de prestações materiais obrigatórias a garantir a cada pessoa a sua dignidade, e que está “blindado” contra intervenções por parte do Estado e da sociedade (FIGUEIREDO, 2010, p. 25). Neste ponto, o princípio da dignidade da pessoa humana assume importante atribuição demarcatória estabelecendo o limiar do que se convencionou denominar de “padrão mínimo na esfera dos direitos sociais”, e quanto a este há sim um direito subjetivo (inclusive pela via judicial) exigível pelo indivíduo (SARLET, 2012, p. 356).

Por sua vez, determinar qual é a real extensão deste mínimo existencial (qual/quanto é esta dignidade humana a ser protegida) é tarefa de difícil execução, visto que envolve adversidades relacionadas ao tempo e espaço estando sujeita ao arbítrio de eventos que podem alterar a sua especificidade (LEAL, 2009, p. 92-93); entre os eventos que podem influenciar na efetivação dos direitos fundamentais sociais destaca-se a denominada reserva do possível.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Diante do contexto aqui tratado, há de se considerar que a efetivação dos direitos sociais, e em especial as prestações que constituem seu objeto, traz em seu bojo um custo ao Estado, ou seja, assume especial relevância no âmbito da efetivação destes direitos a existência ou não de recursos financeiros para tanto. Desta constatação surge a concepção teórica da denominada “reserva do possível” a partir da qual, a realização dos direitos sociais (enquanto prestações materiais) estaria sob a reserva das aptidões financeiras do Estado, “[...] uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.” (FIGUEIREDO, 2010, p. 29).

Ao encontro desta proposição, qual seja, de que o nível de efetividade dos direitos sociais está intimamente relacionado com as disponibilidades econômicas de cada Estado, destaca-se o preceito contido no item 1 do artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o qual assevera que os Estados-partes comprometem-se a adotar medidas que garantam o pleno exercício dos direitos reconhecidos no referido acordo até o máximo de seus recursos disponíveis.

Para o estudo que nos propomos, a denominada reserva do possível, assim considerada como a adequação das prestações sociais ao nível dos recursos disponíveis, carece ser tratada em suas três dimensões, quais sejam: a disponibilidade fática dos recursos, a disponibilidade jurídica dos recursos e a plausibilidade da demanda.

4.1 A DISPONIBILIDADE FÁTICA DOS RECURSOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sob esta perspectiva, há de se perquirir se o destinatário da norma (Estado) se encontra em condições de atender a prestação almejada visto que a realização desta prestação fica na dependência da existência de meios suficientes para tanto (SARLET, 2012, p. 287). Neste campo, e enquanto óbice à efetivação dos direitos fundamentais sociais assume importância compulsar qual a origem destes recursos e que se constituem especialmente de receitas tributárias.

É importante destacar o fato de que ao lado de prestações positivas a cargo do Estado, e para a maioria delas (em especial as relacionadas com a seguridade social), o constituinte originário elencou de forma exaustiva quais seriam as fontes de custeio dessas ações, o qual poderá se dar de forma direta (tributo destinado a financiar estas ações) e indireta. (outras fontes de recursos previstos nos orçamentos fiscais). No que se refere ao financiamento direto a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 149, prevê a espécie tributária denominada de contribuição social, subdivisão do gênero contribuição especial.³

Em complemento a previsão genérica sobre a existência de um tributo afetado constitucionalmente a área social, o artigo 195 da Constituição brasileira vai além e especifica as fontes de custeio da seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o

³ O gênero contribuição especial contempla ainda a: contribuição de intervenção no domínio econômico e a contribuição de interesse das categorias profissionais e econômicas. (esta última de vital importância para manutenção dos sindicatos).

mesmo ocorrendo em relação à educação básica, onde o parágrafo 5º do artigo 212 estabelece fonte adicional para sua manutenção.

Do exposto até aqui se infere que a espécie tributária em comento é instituída em função de uma finalidade específica. Ou seja, o produto de sua arrecadação é direcionado a áreas de relevante interesse público ou social e se caracterizam pela sua destinação, vale dizer, são ingressos públicos necessariamente direcionados a instrumentalizar (ou financiar) a atuação da União no setor da ordem social (AMARO, 2009, p. 53).

Por sua vez, a par de existir uma espécie tributária constitucionalmente prevista para fazer frente aos gastos com direitos sociais, impende ressaltar, e é esta a relação com a denominada reserva do possível que se quer traçar, que a obtenção de tais recursos é constitucionalmente balizada seja por conta das limitações ao poder de tributar, ou mesmo em razão das bases econômicas eleitas como aptas a serem tributadas.

Sobre o primeiro aspecto, por ter natureza jurídica de tributo as contribuições sociais estão sujeitas às normas gerais de direito tributário previstas em lei complementar (art. 146, III, da Constituição Federal), bem como, e isto já foi dito, às limitações constitucionais ao poder de tributar. Sendo assim, a atuação do Estado na busca dos recursos constitucionalmente autorizados e afetados as despesas com as ações ligadas aos direitos sociais deve-se pautar pelas normas estabelecidas no direito, e em especial aquelas inseridas no texto constitucional.

Desta rápida digressão se infere que há limites para obtenção dos recursos constitucionalmente previstos para o custeio/implementação dos direitos sociais, e tais limites se perfazem, por exemplo, em prazos peremptórios para arrecadá-los/cobrá-los, o respeito à necessidade de lei formal para sua instituição ou majoração, dentre outros. Neste ponto, a crítica que se faz ao constituinte é o fato de as contribuições sociais obedecerem ao mesmo regramento das outras espécies tributárias cujo fundamento não é tão nobre, a exemplo dos impostos, os quais, por definição, independem de atividade estatal específica, conforme artigo 16 do Código Tributário Nacional.

O segundo aspecto a ser tratado quando se ocupa do fato de os recursos públicos serem escassos, e sua relação com a reserva do possível na temática da efetivação dos direitos sociais diz respeito às manifestações econômicas que podem ser utilizadas enquanto fonte de custeio destes direitos, e que estão previstas na Constituição, onde podemos destacar: a remuneração do trabalho assalariado ou não, a receita e o faturamento das empresas, o lucro das empresas, o valor aduaneiro das importações, todas estas previstas no artigo 195, no parágrafo 5º do artigo 212, no artigo 240 e no artigo 239 da Constituição Federal.

Percebe-se então que as bases econômicas citadas, e mesmo as manifestações econômicas autorizadas a serem tributadas por meio de impostos (fonte indireta de financiamento dos direitos sociais), são voláteis, (a exemplo das crises econômicas) e sujeitas a outros interesses (ou valores) constitucionalmente protegidos, em especial os previstos nos dispositivos que regem a ordem econômica.

O que se quer dizer é que a Constituição não elegeu como finalidade única e exclusiva dos tributos apenas carrear recursos para os cofres públicos. Não raro nos deparamos com ações estatais no sentido de redução da carga tributária a fim de estimular determinados setores da economia com o desiderato de assegurar a manutenção de empregos

deste setor, (busca do pleno emprego), ou mesmo para desonerar produtos para as populações de menor poder aquisitivo (erradicação da pobreza).

Ou seja, a fim de perseguir outros princípios previstos no texto constitucional (busca do pleno emprego, proteção da economia nacional, erradicação da pobreza, redução das desigualdades regionais, dentre outros) abre-se mão de arrecadação tributária, mesmo aquelas constitucionalmente destinadas a custear direitos sociais.

Neste ponto, surgem princípios constitucionais igualmente protegidos a serem equilibrados. Podemos perquirir então. O que é mais importante? Carrear recursos para a saúde tributando as receitas das empresas,⁴ ou ao contrário, desonerar a tributação dessas entidades a fim de que as mesmas possam manter seus empregados, a partir da redução de sua carga tributária. Podemos citar os seguintes dispositivos constitucionais para justificar a escolha da segunda hipótese: o artigo 1º inciso IV que assegura ser a valorização do trabalho fundamento da República Federativa do Brasil e os artigos 170 e 193 que asseveram que a ordem econômica e a ordem social devem ter como base o primado do trabalho. Em defesa da primeira situação, ou seja, pela tributação, surge o direito a saúde. (artigo 196 da CF).

A vista desta exposição, não se está a defender que a concretização dos direitos fundamentais sociais esteja somente atrelada à arrecadação dos tributos que lhe são constitucionalmente afetados, mas sim, que a reserva do possível na dimensão ora analisada impõe uma adequação entre a tributação (fonte dos recursos) e a realização destes direitos, o que torna cada vez mais imperioso verificar onde são aplicados estes haveres e quais direitos sociais deverão possuir prioridade em sua concretização, visto que os recursos disponíveis são determinados (CALIENDO, 2010, p. 186). Trata-se de escolhas a serem feitas.

Por sua vez, a regularidade destas escolhas frente ao ordenamento constitucional (quais prestações que serão implementadas) e a verificação da correta aplicação dos recursos pelo administrador público, antes de ser atribuição de um só poder, há de ser compartilhada por toda a sociedade, conclusão esta que nos leva a segunda dimensão da reserva do possível.

4.2 A DISPONIBILIDADE JURÍDICA DOS RECURSOS MATERIAIS E HUMANOS E QUE DIZ RESPEITO COM A DISTRIBUIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS ORÇAMENTÁRIAS, LEGISLATIVAS E ADMINISTRATIVAS⁵

O exercício ou gozo dos direitos fundamentais na maioria das vezes carece de adequação, ou também denominada de configuração ou concretização, demarcação esta que a Constituição e especialmente as normas infraconstitucionais lhe atribuem. Nesta quadra, infere-se a importância do legislador no exercício desta função estatal, haja vista que é atribuída a esse a função de prover a ordem jurídica de instrumentos para que o indivíduo possa fazer uso dos direitos fundamentais (LEDUR, 2009, p. 46).

Neste caminho, nos deparamos com o conceito das denominadas políticas públicas que se constituem nos meios pelos quais os fins constitucionalmente previstos podem ser

⁴ A base de cálculo da Cofins (Contribuição para o custeio da seguridade social criada pela Lei Complementar n. 70/91) é a receita ou o faturamento das empresas ou equiparadas.

⁵ Sarlet (2012 p. 288).

realizados de forma sistemática e abrangente. Ou seja, a definição do conjunto de gastos do Estado (e que abrange o conceito de políticas públicas) é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer, e dependendo das escolhas articuladas aqueles objetivos constitucionalmente previstos poderão ou não ser atingidos (BARCELLOS, 2010, p. 106). Estas políticas públicas são determinadas no âmbito do orçamento público.

Em relação ao orçamento público, o texto constitucional prevê regras para sua elaboração e execução e que estão expressas em seus artigos 165 a 169. Da leitura deste conjunto de enunciados constitucionais conclui-se que os gastos públicos devem ser previamente estimados e alocados conforme as receitas públicas disponíveis.

Neste sentido, a finalidade principal do orçamento e *de se tornar uma ferramenta de exercício da democracia pelo qual a sociedade exerce o direito, por meio dos seus representantes eleitos, de só ver concretizada as despesas e autorizada as arrecadações tributárias que estiverem assentadas na lei orçamentária* (BASTOS, 1992, p. 74). Ou seja, o orçamento deve ser entendido como a aprovação popular sobre quais as políticas públicas, (gastos) ou ao menos a ordem de precedência, que a coletividade almeja diante daquilo que pode ser feito considerando os recursos disponíveis.

Mas outras considerações devem ser trazidas à baila, visto que, frente a posição de primazia de que gozam as normas de direitos fundamentais, conseqüência da perspectiva objetiva a que antes mencionamos, necessário se ter em conta que, conforme ensina Alexy, a decisão sobre as prestações a serem implementadas pelo Estado não pode ser deixada para a “maioria parlamentar simples” (ALEXY, 2011, p. 450).

Postas estas considerações, adentramos na indagação sobre a questão da legitimidade de as políticas públicas serem exclusivamente e de forma definitiva determinadas no âmbito do Poder Legislativo, ainda mais que, considerando nosso regime de governo, na maioria das vezes, está o Poder Legislativo apenas a cancelar as proposições do Poder Executivo.

Ainda que *a priori* a atividade legislativa estaria unida de aprovação popular, mormente pelo mandato conferido aos membros do Congresso, não se pode concluir, frente a nossa realidade, que o Poder Legislativo representa de forma absoluta os anseios da sociedade, mesmo que esta representação legislativa seja fruto do exercício dos direitos políticos (em especial o direito ao voto), e que são direitos fundamentais clássicos relacionados com a democracia representativa.

Acontece que a Constituição de 1988 adotou simultaneamente ao princípio da democracia representativa a denominada democracia participativa. O direito a participação constitui mecanismo adotado pela sociedade com o objetivo de ampliar a possibilidade de execução dos direitos sociais, e caracteriza-se por sua natureza instrumental, visto que autoriza a sociedade a interferir na qualidade e na quantidade das ações sociais levadas a efeito pelo executivo, bem como na elaboração da proposta orçamentária (LEDUR, 2009, p. 158).

Enquanto exemplos de participação da sociedade na definição de políticas públicas, e que encontram amparo no texto constitucional podemos citar: o artigo 10 (participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos); artigo 187 (participação dos trabalhadores rurais no planejamento e execução da política agrícola); artigo 194

(ações integradas da sociedade e do poder público nas ações que compreendem a segurança social); artigo 205 (colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação).

Nesta linha de argumentação o que se quer demonstrar é que a definição de políticas públicas (como gastar os recursos públicos) no âmbito de direitos fundamentais sociais deve ser discutida por toda a sociedade, cabendo a esta última, a verificação da consonância do legislador aos ditames constitucionais que emolduram sua ação, bem como sobre a regular atuação do Poder Executivo na sua execução.

Daí a pertinência de adentrarmos na possível judicialização desta temática, enquanto meio apto a instrumentalizar este controle, mas sem olvidar que, na medida em que as políticas públicas devam estar direcionadas para a concretização dos direitos fundamentais sociais, o controle jurisdicional a ser implementado deve relacionar-se diretamente com o fundamento constitucional destas políticas públicas. A finalidade do controle judicial neste caso será o de asseverar que as ações do Poder Legislativo e do Poder Executivo estejam em conformidade com os preceitos constitucionais que a determinam (OHLWEILER, 2010, p. 303).

Neste sentido há de se ter presente que quanto mais escassa a disponibilidade de recursos, mais se necessita de um debate responsável a cerca de sua destinação, o que nos conduz a necessidade de buscarmos o aprimoramento das ferramentas de gerenciamento democrático do orçamento público, assim como do próprio processo de supervisão das políticas públicas. Necessário se faz a ampliação do acesso à justiça enquanto direito de ter os direitos sociais fundamentais efetivados, o que nos remete a terceira dimensão da já multicitada reserva do possível (FIGUEIREDO, 2010, p. 31).

4.3 A PROPORCIONALIDADE DA PRESTAÇÃO E A RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA⁶

O fato de o Estado não ter condições de promover o atendimento integral dos direitos sociais (saúde, educação, etc) a todos aqueles que deles careçam faz surgir no seio da sociedade insatisfações (individuais ou coletivas), as quais, por sua vez, acabam por desaguar na busca pelo Poder Judiciário enquanto instância última a fim de concretizar tais direitos.

Sendo assim, necessário se faz esclarecer qual o âmbito da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais quando demandado no caso concreto. A questão posta a ser resolvida é saber se a ordem judicial de prestação pelo Estado de ação não prevista em suas políticas públicas, (ou prevista de forma insuficiente), e a despeito das restrições orçamentárias, se perfaz em uma invasão pelo Poder Judiciário de suposta competência inerente ao Poder Executivo e do Poder Legislativo. (afronta ao princípio da separação dos poderes).

Neste embate, há de se considerar enquanto enunciado maior a norteá-lo que eventuais limitações dos direitos sociais fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade material e formal com a Constituição. O controle da constitucionalidade formal e material dos direitos fundamentais provoca, no plano formal, compulsar a “competência, o procedimento e a forma adotados pela autoridade

⁶ Sarlet (2012, p. 288).

estatal”. Por sua vez, o controle material se refere a observância “[...] da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como o atendimento dos princípios da proporcionalidade bem como o da razoabilidade.” (SARLET, 2012, p. 404).

O princípio da proporcionalidade, e que constitui uma das vigas mestras do Estado democrático brasileiro, se apresenta como instrumento “metódico de controle e atos - tanto omissivos quanto comissivos - dos poderes públicos” se apresentando enquanto dupla função seja como proibição de excesso ou como proibição de proteção insuficiente. A proibição de excesso diz respeito à atuação do Estado quando da concretização dos seus deveres de proteção, e isto ocorre à medida que o Estado, por meio da intervenção dos seus órgãos, acomete de modo desproporcional outros direitos fundamentais ou mesmo viola direitos fundamentais de terceiros. A proibição de proteção insuficiente se apresenta quando o Estado atua de modo insuficiente, ficando abaixo dos níveis mínimos constitucionalmente exigidos (SARLET, 2012, p. 404-406).

Convém destacar que a importância do princípio da proporcionalidade se revela enquanto princípio transformador do legislador e do administrador público em um serviço da Constituição, balizando assim o espaço de intervenção dos órgãos encarregados de fazer e aplicar as leis. Na ausência do princípio da proporcionalidade, a constitucionalidade ficaria destituída de significativo instrumento de garantia dos direitos fundamentais em face de possíveis excessos (ou omissões) levados a termo pelo legislador quando do preenchimento do espaço legislativo aberto pela Constituição. Tal princípio se dirige à justiça no caso concreto ou particular, e se trata de um eficaz arrimo às decisões judiciais quando estas se propõem a averiguar se na relação entre os meios (normas e procedimentos) e os fins (execução) não houve excesso ou deficiências (BONAVIDES, 2012, p. 438-440).

Por sua vez, princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade em sentido estrito) demanda um equilíbrio entre os instrumentos utilizados e os fins perseguidos (SARLET, 2012, p. 407) e alcança especial destaque no sentido de não podemos olvidar que os efeitos de uma decisão judicial que acaso concede um direito social para um demandante não se cingem a simplesmente a, de uma parte, minorar o patrimônio do Estado, que com isto deverá gastar um montante de seus ingressos, e de outra, ao cidadão que receberá um determinado bem ou serviço. Desta decisão judicial poderão emanar sequelas para todo o universo social. Há de existir uma ponderação.

Ou seja, não se pode cerrar os olhos ao fato de que os efeitos das denominadas sentenças aditivas se estendem a outros membros da coletividade que, dada a realidade da escassez de recursos orçamentários, poderão deixar de ter algumas de suas necessidades atendidas pelo poder público em razão da nova alocação da rubrica orçamentária agora determinada judicialmente.

Com isto, mais uma vez nos deparamos com o necessário sopesamento de valores constitucionalmente protegidos. O que deve prevalecer? o direito de uma pessoa fazer um tratamento caríssimo não custeado pelos cofres públicos, e deste modo estaria a ser preservar o seu direito à vida, ou direito da coletividade de ter uma rede mínima de assistência à saúde. Trata-se de escolhas a serem perpetradas.

Ainda sobre o tema da judicialização das políticas públicas, questão a ser levantada é a seguinte: E se mesmo que objetivamente (a vista do caso concreto) tiver sido

cumprida de forma satisfatória todas as etapas até aqui discutidas, quais sejam: a conformação de direitos em normas eficazes que lhe determinam o conteúdo e a existência de prestações implementadas pelo Poder Executivo dentro dos limites que as disponibilidades financeiras lhe permitem. Será que o Poder Judiciário poderá ir além daquilo já feito? Qual o sentido de se determinar por sentença prestações impossíveis de serem concretizadas? A quem imputar o não atendimento da prestação social reclamada, se objetivamente não há como atendê-la.

De tudo o exposto, e num enquadramento de direito e economia, infere-se que os recursos orçamentários conquistados por meio de tributação (principalmente) são escassos e as necessidades humanas a rejubilar ilimitadas. Por este motivo, o emprego daqueles recursos deve ser feito de forma eficiente para que se possa abarcar o maior número de necessidades pessoais com os recursos disponíveis”. Tal cuidado guarda estreita relação com o princípio da eficiência na aplicação dos recursos públicos enquanto compromisso do Estado brasileiro, e que está estampado no artigo 37 da Constituição, impondo sua observância por todos os poderes políticos e pela sociedade (TIMM, 2010, p. 52-54).

5 CONCLUSÃO

Do exposto, se apura que o processo de efetivação dos direitos fundamentais sociais perpassa pela análise de compatibilidade das normas legais frente ao ordenamento constitucional que lhe sustenta (controle do legislador); da correta aplicação e alocação dos recursos públicos afetados aos dispêndios com direitos sociais, (controle da administração pública), bem como do sopesamento da razoabilidade do pedido. (não seria admissível condenar o Estado a uma prestação impossível).

Forçoso reconhecer que a compreensão da denominada reserva do possível se apresenta como temática de especial importância quando desejamos possibilitar e disponibilizar direitos fundamentais sociais a toda a sociedade, (e não só a alguns), dentro daquilo que as circunstâncias históricas, sociais e econômicas permitem.

Sendo assim, e nesta senda, mister se faz abordar com maior profundidade:

- a) o processo de reconhecimento dos direitos sociais na esfera do direito positivo, levando em consideração sua evolução histórica, a importância do direito internacional neste contexto, e sua posterior constitucionalização;
- b) a posição e o significado dos direitos fundamentais sociais na Constituição de um Estado democrático e social de direito e sua relação como o mínimo existencial;
- c) a perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais sociais. Neste passo a perspectiva objetiva se relaciona com os vetores interpretativos do sistema constitucional, e por sua vez, a perspectiva subjetiva diz respeito à identificação dos limites daqueles direitos sob a ótica do seu titular;
- d) as dimensões fáticas (existência de recursos) e jurídicas (disponibilidade dos recursos) da reserva do possível, entendendo a reserva do possível não como um limitador para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas antes, como instrumento concretizador destes;

- e) o princípio da proporcionalidade e sua relação com as normas de direitos fundamentais sociais. Enquanto terceira dimensão da reserva do possível o princípio da proporcionalidade se apresenta como instrumento de controle dos atos - tanto omissivos quanto comissivos - dos poderes públicos, e se desdobra nas funções de proibição de excesso ou como proibição de proteção insuficiente. Tal princípio se dirige à justiça do caso concreto ou particular, e necessário se faz identificar regras objetivas a nortear tal atividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMARO, L. *Direito tributário brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARCELLOS, A. P. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARROSO, L. R. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BASTOS, C. R. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CALIENDO, P. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- FIGUEIREDO, M. F.; SARLET, I. W. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.
- LEAL, R. G. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.
- LEAL, R. G. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEDUR, J. F. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEIVAS, P. G. C. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OHLWEILER, L. P. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TIMM, L. B. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEORIA DA INTERPRETAÇÃO LITERÁRIA E TEORIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: UMA ANÁLISE DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN E RICHARD POSNER

Alexandre Campaneli Aguiar Maia*
Daury Cesar Fabriz**

1 INTRODUÇÃO

O Direito é uma instituição social que, no caso de conflitos entre pessoas, encontra a solução justa, correta. Isso quer dizer que, assim que um conflito ocorre, o direito, com seu fantástico maquinário (não literal, como em Kafka, mas igualmente vasto), move suas titânicas engrenagens e apazigua o conflito, o dirime.

O processo acima descrito é visto de formas variadas por diversos autores, que suportam diferentes interpretações da amplitude e funcionamento interno do direito. Optamos aqui por duas correntes específicas da filosofia jurídica, a serem estudadas a seguir, para responder a seguinte questão: quando o caso concreto é duvidoso, ambíguo, existe uma única resposta correta apenas a ser oferecida às partes? Pode a Literatura oferecer algo à compreensão do Direito, ao que seriam os Direitos Sociais?

Existe, no Direito, uma preocupação peculiar em definir seu próprio objeto. O Direito é o objeto de estudo que talvez encontre maior discordância, por parte de seus estudiosos, sobre o seu próprio significado, sobre o que é o Direito. Quais os seus limites, qual o corte epistemológico a ser adotado quando se tenta criar um corpo de conhecimento sobre o fenômeno jurídico, esses são os desafios que o estudioso do Direito deve enfrentar. Nas palavras de um grande jurista:

Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão “O que é o direito?”. (HART, 2001, p. 5).

Nesse sentido, Ronald Dworkin, filósofo do Direito norte-americano, conhecido por suas contribuições para a Filosofia do Direito e Filosofia Política, defende que a teoria do Direito como união de regras e princípios é uma das principais visões contemporâneas sobre a natureza do direito.

Em sua obra *Levando os Direitos a Sério* (1977), o autor busca, principalmente, oferecer uma teoria melhor acerca da natureza do Direito. A obra busca estabelecer uma compreensão além da positivista: “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo [...]” (DWORKIN, 2002, p. 35). Para isso, o autor busca uma nova forma de conceber a atuação

* Mestre em Direito pela PUC-MG. Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais no PPGD/FDV.

** Doutor e Mestre pela FD/UFMG. Coordenador do PPGD/FDV. Professor do Departamento de Direito da UFES. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Sociólogo. Advogado.

dos juízes quanto à ação judicial. Defende que o abismo intransponível, interposto pelo Positivismo Jurídico, entre o Direito e a Moral, impede uma visão clara do Direito, que deve incluir a dimensão ética.

2 A DIMENSÃO DOS PRINCÍPIOS

Na visão clássica do Positivismo, o Direito é uma questão de regras de conduta, que adquirem sua juridicidade unicamente por meio de uma norma jurídica.

Assim, não há, para o Positivismo, uma determinada norma, ou aplicação da norma, que seja boa ou má, apenas uma aplicação que esteja de acordo, ou não, com uma norma que regule determinada conduta. É neste sentido que Kelsen estabelece que a norma jurídica é um esquema de interpretação, uma vez que é o único pressuposto de juridicidade de um ato ou fato (KELSEN, 2001).

O juízo de valor se aplica, então, não à moralidade específica do conteúdo de uma norma, mas simplesmente à adequação entre determinada conduta e uma norma que a regule.

O juízo jurídico de valor de que uma conduta é lícita ou ilícita é uma asserção de uma relação afirmativa ou negativa entre a conduta e uma norma cuja existência é pressuposta pela pessoa que faz o juízo. (KELSEN, 1998, p. 205).

Segundo Dworkin, o direito não é constituído por um conjunto de regras, mas sim por dois tipos de normas: as regras e os princípios. É a incapacidade do Positivismo de reconhecer e compreender a dimensão principiológica que torna a teoria fraca em sua base.

Para ilustrar seu ponto, Dworkin expõe casos concretos cujas resoluções não se basearam meramente na aplicação de regras de conduta. A importância está em aliar a teoria da compreensão com a prática jurídica concreta, como demonstrado no caso *Riggs vs. Palmer* (NEW YORK, 1889) e no caso *Henningsen vs. Bloomfield* (NEW JERSEY, 1960).¹ Em ambos os casos a decisão dos magistrados se sustentaram em argumentações morais, ainda que tais posicionamentos estivessem diretamente em desacordo com as normas vigentes, como a alteração de um testamento sem os procedimentos formais, no caso *Riggs vs. Palmer*.

Como explicar que o Direito é aplicado a despeito de normas que regulamentem determinada conduta? Segundo o Positivismo de Kelsen ou Hart, não é possível extrair uma conclusão adequada. Para Dworkin, isso é resultado de uma limitação inerente à visão positivista: a incapacidade de reconhecer e legitimar os Princípios.

Os princípios, diferentes das regras, não podem ser remetidos a uma Regra de Reconhecimento ou a uma Norma Hipotética Fundamental. São, por outro lado, todo conjunto de padrões que não são regras, que ajudam a orientar as decisões sob o valor da Justiça. A dimensão dos princípios é ponto característico que marca a cisão com o Positivismo

¹ *Riggs vs. Palmer* trata de uma ação na qual o demandante exigia testamento de seu avô, mesmo tendo o tendo assassinado. As leis da época ao permitiam uma alteração do testamento exceto por outro testamento, sem exceções. No caso *Henningsen vs. Bloomfield*, o demandante exige a responsabilidade de uma montadora de automóveis por defeitos em peças, mesmo tendo o contrato uma cláusula de exceção de responsabilidade.

Jurídico. Para o autor, regras e princípios são conceitos diferentes na própria estrutura, na natureza lógica.

As regras são aplicáveis de forma absoluta. Ou “tudo ou nada”. Apenas quando surgem as condições previstas no antecedente é que há a possibilidade da norma regular determinada conduta, dando a ela o caráter de juridicidade. Já os princípios podem ser aplicados gradativamente. Quando interpretados perante um caso concreto, eles adquirem uma dimensão de peso, que permite que o valor mais justo prevaleça na aplicação.

Como resultado, o choque entre princípios só ocorre no caso concreto, e o sopesamento só é pertinente àquele caso específico. Não é cabível o conflito entre princípios no plano abstrato. Tal característica é fundamental na compreensão da possibilidade de uma resposta correta na teoria de Dworkin. Podemos, em retomada, retirar as seguintes conclusões até então: 1) O direito é um fenômeno mais complexo do que retrata o positivismo jurídico; 2) O direito é composto de regras e princípios; 3) Os princípios não se submetem à regra da validade, e exigem consistência na aplicação; 4) Como os princípios são referências valorativas, não há como isolar o direito da moral (DWORKIN, 2002).

3 A TESE DA RESPOSTA CORRETA

Com essa nova compreensão acerca do conceito de Direito, Dworkin dirige sua principal crítica ao Positivismo Jurídico: A Tese da Resposta Correta como correção da Tese da Discricionariedade.

O positivismo Jurídico, uma vez que não reconhece a Justiça como valor integrante ao Direito, vê o Direito unicamente como uma questão de regras. O único valor pertinente é aquele da validade, da forma de produção da regra: “ser positivista no âmbito jurídico significa escolher como exclusivo objeto de estudo o direito que é posto por uma autoridade e, em virtude disso, possui validade.” (DIMOULIS, 2006, p. 68).

A validade como valor único, entretanto, não é capaz de explicar todo o caminho de aplicação da regra jurídica ao caso concreto. É da natureza do Direito que determinadas situações demandem do intérprete um maior esforço para a execução da atividade jurisdicional. Dworkin chama atenção para os *hard cases*, nos quais é preciso um juízo de valor para escolher a melhor forma de aplicar o Direito em determinada situação: “Existem casos difíceis, tanto na política quanto no direito, nos quais juristas criteriosos divergirão acerca de direitos e nos quais nenhum deles disporá de qualquer argumento que deva necessariamente convencer ao outro.” (DWORKIN, 2002, p. XIX).

Sendo assim, seja por uma questão de indeterminação (KELSEN, 1998), seja por uma questão de textura aberta da linguagem (HART, 2001), a fundamentação normativa encontrará obstáculo pela incapacidade de um acordo sobre a forma correta de aplicar o Direito. Para o positivismo, a única saída é apelar para uma Tese da Discricionariedade, na qual o intérprete utilizará do livre arbítrio para tomar qualquer decisão que possa ser fundamentada por uma das possíveis interpretações legais.

Mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.

Dworkin defende, então, que mesmo frente a casos difíceis, há sempre uma resposta correta quanto à aplicação do Direito. Ainda que as regras não sejam suficientes para chegar a uma única conclusão, os princípios são capazes de orientar a melhor aplicação possível. O Direito deixa de ser medido unicamente por via da validade, da legitimação formal, e passa a ser legitimado pelo valor da Justiça.

Para chegar a essa resposta, para atingir a resposta justa, é necessário que o intérprete do Direito o faça por meio de uma postura correta. Ele deve agir com o compromisso moral de tentar sempre encontrar a melhor solução para dirimir o conflito. Ainda que exista a possibilidade de erro, não se deve jamais encarar a atividade jurisdicional como resultado do exercício de uma discricionariedade.

Levar os direitos a sério é não perder de vista que os direitos individuais são preexistentes e que a tarefa judicial é a de realizar esse direito: “Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções.” (DWORKIN, 2002, p. 286).

4 A INTERPRETAÇÃO E A LITERATURA

A relação entre Direito e Literatura é um campo fértil de pesquisa. Isso se deve, principalmente, ao fato de que o Direito é vertido em linguagem. O discurso jurídico é uma forma de discurso, o texto jurídico, de texto etc. Decorre logicamente que as técnicas de compreensão e interpretação literárias tenham sua aplicação no Direito. Não se está falando meramente em um desdobramento das teorias literárias na área do Direito, mas de uma forma de articular a Literatura com o Direito.

Dworkin oferece uma forma de compreensão que irá buscar suas raízes fora do campo jurídico especificamente falando. A chave para a teoria de Dworkin está na idéia de interpretação. É possível, segundo Dworkin, melhorar a compreensão do fenômeno jurídico se passarmos a considerar a interpretação do mesmo não como algo *sui generis*, mas como uma técnica que retira seus fundamentos de uma generalidade acerca das bases interpretativas.

A proposta inicial de Dworkin é estabelecer um liame entre os campos de interpretação jurídica e interpretação literária. Importante notar que a relação entre Direito e literatura pode assumir diferentes posturas. OST afirma que “Direito e Literatura” é um termo geral que abarca, na verdade, uma diversidade de teorias. Uma análise pode agrupar essas teorias em três correntes dominantes, distintas entre si: 1) Direito da Literatura: que estuda a forma como a lei e a jurisprudência tratam os fenômenos da escrita literária. 2) Direito como Literatura: onde a Teoria da Literatura é aplicada ao discurso jurídico. 3) Direito na Literatura: como a Literatura trata de questões como a justiça e poder subjacentes à ordem jurídica (OST, 2004, p. 48).

Dworkin, então, propõe uma compreensão do Direito como Literatura. Assim, defende que podemos aprender sobre Direito utilizando as técnicas de interpretação encontradas na Teoria da Literatura, como veremos a seguir. O argumento do autor é convincente

te, na medida em que reconhece o fato de que, historicamente, já foram discutidas muito mais teses sobre interpretação no campo literário do que no campo jurídico. Dessa forma, há muito que a Teoria da Literatura possa nos oferecer em relação a teorias da interpretação, dado que não deve ser ignorado.

Antes de tratar das teorias específicas, o problema da interpretação do Direito se apresenta na dificuldade existente em precisar exatamente qual é o sentido da proposição jurídica. Ela seria de natureza meramente descritiva, podemos atribuir valores de verdadeiro ou falso às proposições sem problemas? E mais, se as proposições são descritivas, o que elas descrevem?

As proposições de Direito podem trazer conceitos gerais, de grande abrangência, como mostrado a seguir:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 2014).

Podem também trazer conceitos específicos, como a proibição de diferença de salário por conta de sexo. Em ambos os casos, há dúvida sobre o que elas realmente significam. Como posso atribuir o valor de verdadeiro ou falso às situações acima descritas?

Em casos simples, pode-se assumir que as proposições são meramente descritivas e podem ser adequadas ao caso, ou não, de acordo com os fatos descritos. Que uma criança tem direito à educação, por exemplo. Em situações mais complexas, de acesso ao trabalho por pessoa não qualificada, há necessidade de se discutir as consequências da atuação profissional e as oportunidades de qualificação antes de se chegar a um simples sim ou não.

Fica ainda mais difícil resolver esse problema quando nos deparamos com os *hard cases*. Se as proposições fossem meramente descritivas de fatos, por exemplo, o conhecimento dos fatos levaria a uma resolução clara, mas essa não é, de longe, a realidade.

Dworkin, assumindo o caráter plural e valorativo do Direito, reconhece nas proposições jurídicas o elemento descritivo, mas não se esgota nele em sua busca pela compreensão. Para tal, é necessário incluir elementos históricos, assim como os valores envolvidos no caso em questão. Basicamente, passa a compreender o Direito como uma narrativa:

Há uma alternativa melhor: as proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combinam elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas. (DWORKIN, 2001, p. 219).

5 A HIPÓTESE ESTÉTICA

A hipótese estética busca demonstrar como compreender o processo de interpretação de forma a auxiliar o jurista na compreensão do Direito. A verdade é que o processo interpretativo implica elementos que vão além da obra propriamente dita, mas também em contribuições do intérprete e para diferentes usos, desde uma adaptação até um melhor entendimento de determinado ambiente cultural (DWORKIN, 2001, p. 222).

Busca-se, então, a partir do texto canônico², chegar àquela interpretação que permita a maior qualidade possível à obra de arte. De uma forma teleológica, a melhor interpretação é a que torna a obra melhor do que quando comparada às outras interpretações.

Considerando que a literatura possui diversos propósitos e funções, o valor de um texto, muitas vezes, vai depender de mais do que mera reflexão abstrata, mas também de uma consideração em seu uso na prática. Há um reconhecimento na multiplicidade de uso da linguagem. Wittgenstein, em sua obra *Investigações Filosóficas*, trata claramente da idéia em questão.

A idéia de jogo de linguagem em Wittgenstein leva à idéia de que falar uma linguagem, utilizá-la efetivamente, é estar inserido numa forma de vida. Isso porque, para Wittgenstein, os jogos de linguagem (nos quais falar é uma atividade guiada por regulamentos) estão necessariamente ligados a padrões não lingüísticos. Para jogarmos de acordo com as regras, exercemos uma atividade que é obrigatoriamente inserida em um contexto. Este contexto vai além dos padrões lingüísticos de comportamento, mas são, ainda assim, indispensáveis para a atividade lingüística: “A expressão ‘jogo’ de linguagem deve aqui realçar o fato de que falar uma língua é uma parte de uma actividade ou de uma forma de vida.” (IF, §23).

Dworkin reconhece a importância da linguagem enquanto atividade na teoria da interpretação:

Um romance ou peça podem ser valiosos em inúmeros sentidos, alguns dos quais descobrimos lendo, olhando ou escutando, não mediante uma atividade abstrata de como deve ser e para que deve servir a boa arte. (DWORKIN, 2001, p. 225).

Existe, claro, um risco de ver a hipótese estética como relativista em demasia, mas, se por um lado ela permite diversas interpretações, por outro ela mantém uma âncora, um norte a ser respeitado:

A interpretação de um texto tenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser, e o pronome acentua a diferença entre explicar uma obra de arte e transformá-la em outra. (DWORKIN, 2001, p. 223).

Enfim, considerando a participação do intérprete, a hipótese estética apaga a diferença existente entre compreensão e crítica. As duas idéias se misturam numa atividade hermenêutica única de produção de sentido. A própria avaliação de qual é a melhor interpretação da obra torna-se constitutiva da mesma. Ainda que reste alguma distinção entre as duas, ela deixa de ser categórica (DWORKIN, 2001, p. 227).

A compreensão da interpretação como processo no qual o intérprete participa leva Dworkin a julgar os intencionalistas, ou seja, aqueles que buscam unicamente a intenção do autor da obra na sua compreensão, como uma visão deveras restrita. Se, por um lado, a intenção do autor deve ser levada, na medida do possível, em consideração, a obra tem em sua natureza o potencial de ser algo diferente daquilo que imaginou.

² Texto canônico deve ser entendido aqui como o ponto de partida da obra de arte, podendo na verdade ser uma partitura de música, um discurso etc.

6 A CORRENTE DO DIREITO

Uma vez estabelecidas as bases da interpretação literária, de que maneira o intérprete do Direito poderá se beneficiar com seu uso?

Foi considerada a questão do intérprete como coautor e da compreensão da linguagem em seu uso, e a prática jurídica, segundo Dworkin, funciona de forma semelhante a produção e interpretação de outras obras da literatura.

Para clarificar, vamos imaginar um jogo, na verdade muito comum, de contar histórias. Os jogadores se sentam ao redor de uma fogueira e resolvem contar uma estória. Como é um jogo coletivo, muitos irão participar, restando porém alguns espectadores.

As regras são simples. Aquele que tiver a taça em suas mãos conta um trecho da história. O primeiro é escolhido arbitrariamente, e tem cinco minutos para falar, quando deve então passar a taça ao companheiro imediatamente a sua esquerda. Aquele que recebe a taça deve continuar a estória, não podendo iniciar outra, durante os próximos cinco minutos.

A primeira coisa que percebemos nesse jogo é que aquele que recebe a taça (e os espectadores) devem, antes de iniciar o processo de criação da estória, levar em consideração o que já foi dito. Em outras palavras, deve interpretar as palavras de seus companheiros. Para tal, deve ponderar sobre os personagens envolvidos, a trama, o local, o tempo etc. Sua criação certamente trará elementos característicos de sua história pessoal, mas utilizará como ponto de partida uma estória já em construção.

Necessariamente, há limites na forma como se pode continuar a estória. Deve-se primar, na medida do possível, pela criação de uma estória coerente e coesa. Estória essa que, apesar de estar sob o poder do contador de estórias, respeite aquilo que foi criado anteriormente.

Para Dworkin, a prática do Direito funciona de forma semelhante ao jogo acima citado. Cada juiz funciona como aquele que detém a taça, como o contador de estórias da vez:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente. (DWORKIN, 2001, p. 238).

Uma vez de posse da lei, da jurisprudência, cabe ao juiz, então, decidir, assim como na Teoria da Literatura, qual a melhor interpretação possível para aplicar ao caso em questão. Sendo o Direito um empreendimento político, a interpretação em questão deve demonstrar seu valor nessa área, assim como se adaptar ao procedimento jurídico. A isso Dworkin considera como um “teste de duas dimensões”. (DWORKIN, 2001).

Respeitando a integridade e coerência do Direito, ainda assim é possível, em casos difíceis, chegar em situações onde teorias interpretativas conflitantes existam. Como qualquer teoria de interpretação, deve-se levar em consideração a possibilidade de erro. É possível que algumas decisões sejam consideradas falhas, assim como no jogo acima,

alguém pode contribuir com um trecho da estória que não encaixe. Quando isso ocorre, podemos ainda lançar mão de mais um recurso: a teoria política substantiva.

Os juízes detém uma filosofia jurídica. Essa filosofia consiste numa abordagem particular da interpretação jurídica, criando e aperfeiçoando uma teoria política que respeite a integridade e coerência do Direito como instituição. Dessa abordagem dependerá a interpretação em casos concretos (DWORKIN, 2001, p. 241).

7 A CRÍTICA DE POSNER

Richard Allen Posner, jurista americano, é considerado uma das maiores expressões da corrente *Law and Economics*. Defende que os processos legais, mais do que assegurar direitos, devem buscar a melhor forma de distribuição de recursos. O autor defende uma aplicação mais estrita da relação ente Direito e Literatura, comparado a Dworkin.

Posner, ao contrário de Dworkin, não acredita na possibilidade de uma única resposta correta em casos difíceis. Para demonstrar a validade de seu questionamento, traz à tona a menção de Dworkin a Ricardo III, de Shakespeare:

Pode ser incerto e controvertido qual é a resposta correta, assim como é incerto e controvertido se Ricardo III assassinou os príncipes. Não decorreria dessa incerteza que não há nenhuma resposta certa para a questão jurídica, não mais do que parece decorrer da incerteza sobre Ricardo que não há nenhuma resposta certa para a questão de ter ele assassinado ou não os príncipes. (DWORKIN, 2001, p. 177).

Para Posner, o argumento é falho, pois não leva em consideração a diferença que há entre o Direito e os eventos do reinado de Ricardo III (POSNER, 2007, p. 265). O Direito vai muito além de uma pesquisa histórica, envolvendo elementos que vão além dos fatos, mas que requerem uma reavaliação da situação perante uma nova realidade. É o caso de decidir, por exemplo, se a Décima Quarta Emenda da constituição americana proíbe segregação racial ou não.

Outra diferença está na questão do tempo. O poder judiciário tem como objetivo apaziguar conflitos na sociedade. O pleiteio de um direito pelas partes num processo envolve a expectativa de uma resposta em tempo hábil. O judiciário não possui tempo ilimitado em suas mãos para decidir os casos que lhe são apresentados, como possuem os historiadores, no caso de Ricardo III.

Na comparação entre Direito e Literatura, Dworkin peca por três motivos que comprometem a questão da relação entre interpretação literária e interpretação legal.

Em primeiro lugar está o critério da relevância. A literatura se permite aberturas que o Direito não comporta. O autor de uma obra pode, propositalmente ou por negligência omitir fatos que explicariam mais sobre a obra. Não há dados suficientes na obra para resolver esse dilema. Simplesmente, a natureza da citação literária não exige do autor que ele inclua todos os detalhes possíveis para resolução de divergências e dúvidas.

Uma vez que os juízes devem dar uma resposta, não podem assumir a postura de um intérprete literário, no sentido de que, com base nas informações disponíveis, ambas as respostas estão corretas:

Em ambos os casos, o resultado é uma lacuna que nossas convenções sobre decisão judicial exigem que os juízes preencham, em vez de permitir que eles ignorem como seus equivalentes literários podem fazer. (POSNER, 2007, p. 270).

Em segundo lugar, a convergência de opiniões acerca de uma determinada escolha é dependente da história pessoal dos integrantes de dada comunidade. Em outras palavras, a noção de resposta correta vai depender da orientação religiosa, dos ideais políticos e de outros fatores externos à questão.

De acordo com essa linha de pensamento, um acordo só é possível se considerarmos uma sociedade com razoável homogeneidade de valores. Como a Modernidade trouxe, como uma de suas conseqüências, exatamente a pluralidade de valores, uma interpretação homogênea não é viável. Os resultados dessa heterogeneidade são claros para Posner:

Criou uma esfera em que o consenso que poderia estabelecer as premissas para a decisão, permitindo que o direito trilhasse caminhos lógicos, tornou-se inalcançável. (POSNER, 2007, p. 271).

Em terceiro (e último) lugar, Posner utiliza a teoria da interpretação literária para demonstrar que certas práticas de interpretação jurídica são, na verdade, fúteis. A referência aqui é a tentativa de tentar compreender qual seria o posicionamento de um autor, já falecido, em relação a questões contemporâneas. Por exemplo, como opinaria Platão a respeito da Constituição brasileira de 1998? Ou o que diria Shakespeare sobre o cinema?

Esse tipo de projeção já foi demonstrado inadequado pela literatura, mas é exatamente o que pretendem alguns juristas ao tentar compreender qual opinião teria tido determinado legislador quando elaborou a lei.

Analisando as críticas acima mencionadas, pode-se observar o seguinte: Posner pretende demonstrar que a teoria de Dworkin sobre o Direito falha por não ser capaz de fornecer, numa sociedade heterogênea, uma resposta correta para toda e qualquer situação de conflito jurídico.

Por negar a teoria política, no sentido geral, de Dworkin, Posner defende que os estudiosos de Direito e Literatura devem “abandonar os esforços, até então infrutíferos e sem perspectiva, de aplicar a interpretação literária às leis e aos dispositivos Constitucionais.”³ (POSNER, 2009, p. 550, tradução livre).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Avaliando a crítica de Posner sobre as relações entre Direito e Literatura, percebe-se claramente que Dworkin não foi compreendido pelo jurista. Suas considerações carecem de profundidade e, ainda mais gravemente, se mantém algumas vezes sobre uma compreensão errada do pensamento de Dworkin. Considerando as razões de Posner para refutar a teoria da interpretação literária para compreensão do Direito, e então as confrontando com a obra de dworkin, pode-se concluir:

³ They [Law and Literature scholars] need to abandon efforts, so far fruitless and likely to remain so, to apply principles of literary interpretation to statutes and provisions of the Constitution.

Em primeiro lugar, há diversas formas de literatura, diversos gêneros e finalidades em obras de arte. Sem querer exaurir a multiplicidade de gêneros, há diferença entre um romance fantástico, uma biografia e um documentário, por exemplo. O fato de certas obras poderem deixar lacunas, por qualquer razão, de fatos possivelmente relevantes não significa que a Teoria da Interpretação seja inadequada. Tentar compreender o direito através da teoria da interpretação literária não significa dar ao Direito a mesma categoria de ficção.

Dworkin, ao tratar da Teoria da Interpretação no Direito, prevê formas complementares (teoria do erro, coesão, coerência⁴ e políticas) para identificar um direito, mesmo em casos difíceis.

Em segundo lugar, estabelecer a impossibilidade de um acordo pelo fato de vivermos numa sociedade onde impera o “polisteísmo de valores” não invalida uma tentativa de consenso valorativo. Vale lembrar que o conceito de coesão e coerência, que as políticas são ponto de partida comum para integrantes de dada comunidade, ainda que os indivíduos carreguem em si valores individuais. Mesmo numa sociedade moderna, é possível estabelecer uma ideia de tradição, narrativamente construída. As decisões são tomadas nesse esforço dialético entre as políticas públicas e adequações individuais.

Em terceiro e último lugar, Posner comete um equívoco ao analisar a teoria da interpretação literária como mero esforço em prever como uma pessoa de outro período na história agiria no mundo contemporâneo. Essa redução grosseira restringe o alcance do esforço hermenêutico em questão. A identificação da coerência no pensamento do autor é apenas um passo na compreensão do intérprete, que ainda irá aliar o contexto presente (o caso concreto, no Direito) para chegar a uma compreensão satisfatória.

A compreensão de um texto jurídico não depende da vontade do legislador, de um sentido unicamente contida no texto. Está inserida num campo político muito maior, que abarca a construção textual, o contexto histórico político da comunidade, o uso da linguagem. Não se compreenderá a dimensão dos Direitos Sociais por mero cálculo econômico ou utilitarista, mas pela agregação da comunidade historicamente construída, concebida como uma narrativa complexa, dentro do tempo, dentro dos embates, dentro do mundo.

Por essas razões, mostra-se insuficiente a crítica de Richard A. Posner ao uso da teoria da interpretação para compreensão do Direito.

REFERÊNCIAS

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo político-jurídico*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald M. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald M. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

⁴ A definição de coesão adotada é aquela segundo a qual verifica-se o encadeamento das palavras entre si, sequencialmente. A coerência busca a organização estrutural do texto, em nível conceitual. Enquanto esta age no plano do macrotexto, aquela age no plano do microtexto.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

NEW JERSEY. Supreme Court of ew Jersey. *Henningsen vs. Bloomfield*. 1960. Disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/cs3/161A2d69.html>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

NEW YORK. Court of Appeals of New York. *Riggs vs. Palmer*. 1889. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014.

OST, François. *Contar a lei: As fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

POSNER, Richard A. *Law&Literature*. Massachussets: Harvard University Press, 2009.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico* investigações filosóficas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HERMENÊUTICA - A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sadi José de Marco*

Resumo

Este trabalho está sendo elaborado com vista a reunir conceitos acerca da Hermenêutica jurídica, tomando-se por base seus fundamentos filosóficos, que colocados à luz dos doutrinadores fica demonstrado que Hermenêutica não é sinônimo de interpretação. O estudo trata, concomitantemente, da eficácia dos direitos fundamentais, envolvendo o que contém o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, abordando-se as diversas posições de juristas, doutrinadores e de modo especial a interpretação da mais Alta Corte de Justiça do país, a considerar que o texto literal é de claridade solar, verbis: ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Há que se analisar e estabelecer quais as disposições constitucionais são preservadas face ao texto. Palavras-chave: Hermenêutica. Direitos de defesa. Direitos em prestação. Eficácia dos direitos fundamentais.

Hermeneutics: the effectiveness of fundamental rights abstract

Abstract

This work is being developed to bring together legal concepts about Hermeneutics, taking as a basis its philosophical foundations, which made light of the scholars is shown that Hermeneutics is not synonymous with interpretation. The study deals concomitantly, the effectiveness of fundamental rights, involving which contains Article 5, § 1, of the Constitution of 1988, approaching the various positions of jurists, scholars and especially the interpretation of the Highest Court of Justice of the country, considering that the literal text is solar light, which reads as follows: ‘the rules defining the rights and guarantees are immediately applicable’. There is to analyze and establish the constitutional provisions which are preserved over the text.

Keywords: Hermeneutics. Defense rights. Rights provision. Effectiveness of fundamental rights.

1 A HERMENÊUTICA JURÍDICA

A Hermenêutica Jurídica tem por finalidade precípua adquirir conhecimento e destarte organizar de forma adequada os procedimentos visando estabelecer a essência representada pelo Direito, pois enquanto as leis positivas em sentido genérico estabelecem regras e solidificam princípios, esquadrandas em linguagem nítida e necessária, com a devida amplitude, todavia, sem pormenores, sendo função essencial de quem analisa o vínculo entre um conjunto de palavras em abstrato e o caso concreto, ou entre uma disposição em direito e um fato social, o que significa a aplicação do Direito, e que para

* Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Av. Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, SC; sadidemarco@gmail.com

se atingir este objetivo, se faz necessário preambularmente, perquirir e estabelecer o real sentido da regra positiva e na sequência o que se busca atingir bem como toda sua dimensão (MAXIMILIANO, 2013, p. 1).

Por sua vez a *interpretação* é dotada de técnica que visa atingir os fins desejados recebendo orientação dos princípios e regras que atuam em busca de aprimoramento considerando a participação da sociedade no desenvolvimento das doutrinas jurídicas, submetendo a arte, considerando seu desenvolvimento gradual cuja ciência submete o Direito, em parte aos postulados da Sociologia, e de outra banda à Hermenêutica, que por sua vez aproveita as deduções da Filosofia Jurídica para que com apoio delas traças novos sistemas de interpretação, encaixando-os de forma a inserir um espírito jovial atualizado a arte, aprimorando-a, impulsionando a cultura e auxiliando os descobridores da civilização (MAXIMILIANO, 2013, p. 1).

Daí que resulta o equívoco daqueles que aspiram trocar uma palavra por outra, ao invés de Hermenêutica, Interpretação, quando esta é o efeito daquela. A Hermenêutica se compõe de teoria científica da arte de esclarecer estabelecendo os princípios que regem a interpretação (MAXIMILIANO, 2013, p. 1).

1.1 A INADEQUAÇÃO DO TERMO “INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL”

Trata-se de matéria da mais alta indagação e que deve merecer de parte dos estudiosos uma avaliação antecipada das normas o que não quer dizer uma elaboração de tese que venha estabelecer o rumo em busca de uma sólida interpretação da disposição constitucional abrangendo as normas sejam elas originárias ou derivadas (AYRES BRITTO, 2006, p. 139).

Imperioso salientar que se torna relevante separar normas constitucionais originárias daquelas que forma objeto de emenda constitucional, sendo importante destacar que as primeiras recebem denominação de ‘*Interpretação Constitucional*’, ao passo que as segundas estão desprovidas das características que norteiam os pressupostos adotados pelo poder constituinte originário, sendo, portanto, este o âmago da questão, ou seja, Teoria da Interpretação do Direito em Geral (AYRES BRITTO, 2006, p. 139).

A Emenda constitucional aprovada no Congresso Nacional mesmo em cumprimento ao que dispõe o art. 60, §§ 2º e 3º, da Carta Constitucional de 1988, não tem o condão de abarcar as prerrogativas inerentes aos dispositivos que foram objeto de aprovação pelos constitucionais originários, por lhe faltar a pureza de procedência em exames da matéria, e em respeito às formalidades necessárias a que se pratique a efetividade (AYRES BRITTO, 2006, p. 139).

O que pode ocorrer diante da falta de qualificação constitucional para elaboração e votação de emenda constitucional? Em caso de aprovação de emenda constitucional em descumprimento às normas inseridas na Carta Constitucional de 1988, pode-se conjecturar acerca da possibilidade de lhe faltar a eficácia, pois houve violação os princípios que regem a matéria, considerando que a forma de interpretar a emenda constitucional diverge fundamentalmente daquela que faz parte do texto originário (AYRES BRITTO, 2006, p. 139-140).

As normas que devem ser seguidas quando da discussão de emenda constitucional, são rígidas, tem característica própria, consoante disposição específica em nossa Constituição Federal de 1988, e, suas formalidades devem ser adotadas integralmente quando

da discussão e votação das matérias objeto da alteração constitucional, seguindo religiosamente as normas regimentais, legais e constitucionais (AYRES BRITTO, 2006, p. 140).

As normas originárias, em modelo próprio e força jurídica autodefinida, determinam obediência obrigatória às regras infraconstitucionais, pois se trata de questão hierárquica, estabelecendo cumprimento em todos os segmentos (AYRES BRITTO, 2006, p. 140).

A Carta Política original tem modelo próprio e adequado, ela nasce juntamente com sua elaboração, seus dispositivos são compostos por ela própria e não para ela, diferentemente das reformas ou emendas que sofrem de problema hierárquico fruto de sua feitura posterior, cuja composição deve obedecer pressupostos previamente estabelecidos na própria Constituição Federal e sua qualificação é uma hierarquização que vem de trás para frente, ou mesmo de fora para dentro sem que haja possibilidade em se alterar as regras previstas (AYRES BRITTO, 2006, p. 140-141).

Uma questão importante para se analisar é o fato de que a Assembleia Constituinte pode ser rebaixada à condição de *Assembleia Constituída* tão logo seja promulgada a nova Constituição. Essa modificação ocorreu com a Assembleia Constituinte eleita em 1986, que após o ato de 05 de outubro de 1988, em que seu Presidente promulgou a Constituição de 1988, o Congresso Nacional passou a funcionar em forma bicameral, ou seja, Senado Federal e Câmara dos Deputados. Cumpre destacar, todavia, que o inverso não pode ocorrer, exemplificando, a Assembleia Constituída não tem a mínima condição de se ver convertida em *Assembleia Constituinte*. É um caminho sem volta (AYRES BRITTO, 2006, p. 141).

Diante do título: '*Interpretação Constitucional*', se está diante de regras especiais de interpretação de todo o conteúdo da Constituição, a salientar que a abordagem se fará no texto originário da Carta Magna (AYRES BRITTO, 2006, p. 141).

1.2 TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO EM GERAL COMO ANTECEDENTE DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Quando se trata da matéria '*Interpretação da Constituição*' coloca o pesquisador, obrigatoriamente, em atividade em atividade de mais amplitude que pode ser a '*Teoria da Interpretação*' ou a '*Hermeneutica Jurídica em geral*', considerando-se que esta se constitui há mais tempo impondo hierarquia de conhecimentos (AYRES BRITTO, 2006, p. 142).

Quando se busca uma comparação entre as Assembleias: *Constituinte Originária* e *Derivada*, imperioso estabelecer um estudo para definir o nascimento do *Direito* como ciência em si e o surgimento do *Direito Constitucional* em particular, sendo imperioso destacar que este último adquiriu forma a partir de Constituições promulgadas no último lustro do século XVIII (AYRES BRITTO, 2006, p. 142).

Não se pretende afirmar algo novo, pois a lógica comprova que o Direito comum surgiu da Constituição, conseqüentemente a *Teoria do Direito* é anterior à *Teoria da Constituição*, daí resulta que na área da interpretação a conclusão é imediata, ou seja, a *Teoria da Interpretação* em *sentido amplo* surgiu primeiro do que a *Teoria da interpretação da Constituição* em *sentido específico*, em razão disso a Interpretação da Constituição tem como destaque a divisão da Hermenêutica Jurídica em geral (AYRES BRITTO, 2006, p. 142).

2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Fernand Lassalle, em 16 de abril de 1862, em entidade associativa de ideias liberais e progressistas, em Berlim, ao fazer exposição oral acerca da real situação da Constituição, para quem, as questões constitucionais ‘*não são jurídicas*’, mas sim ‘*questões políticas*’, e, que representam uma relação de poder: o poder militar, representado pelas Forças Armadas. O poder social, pelos latifundiários, o poder econômico pela grande indústria e pelo grande capital, o poder intelectual pela consciência e cultura, gerais. Essas forças conjugadas é que formam a Constituição verdadeira. O documento *Constituição*, ou seja, a *Constituição jurídica* - não passa na concepção de Lassalle, de *um pedaço de papel*, sofrendo as limitações do que contem a Constituição real, para quem, a matéria constitucional não é jurídica, em sua origem, mas sim política, cujo ensinamento não é somente de políticos, mas também de juristas, porquanto, passados 40 anos, assim também se manifesta *George Jellinek* quando afirma que as regras jurídicas da Constituição não são suficientes para controlar os poderes que políticos, os quais tem atuação diversa das regras do direito, e não se trata de questão antiga, pois viceja atualmente, uma vez que a práxis política diária mostra que o poder da força se sobrepõe à força do direito, quando de pode exemplificar com o movimento social do MST. Neste quadro de força física, a *eficácia da Constituição jurídica* constitui-se em limite hipotético, porquanto a Constituição jurídica em função fundamental cede diariamente à Constituição real, e, cuja negação, enquanto ciência jurídica, pois o Direito Constitucional é uma ciência normativa, lhe nega o valor, fato que diferencia a Ciência Política da Sociologia, enquanto *ciência de realidade*, faltando ao Direito Constitucional a defesa de uma ordem estatal justa, cabendo-lhe um papel indigno de justificar as atividades do poder dominante descaracterizando-se como ciência normativa, transformando-se em simples ciência do ser. Diante dessa situação, haveria diante do poder das forças políticas e sociais, igualmente, uma força do Direito Constitucional? Pois o conceito de Constituição jurídica e da Ciência do Direito Constitucional, enquanto ciência normativa, dependem da resposta essas indagações (HESSE, 1991, p. 9-12).

O sentido de significação jurídica há que ser analisado em conjunto, ou seja, ordenação e realidade. Ambas umbilicalmente dispostas, pois, se em análise isoladamente visualiza-se a ordenação jurídica como regra em vigor ou não, e quanto a realidade política e social se analisada em forma única identifica o problema parcialmente, com demonstração inequívoca de que no plano constitucional análise separada de realidade e ordem jurídica, entre *ser* e *dever ser* não conduz a resultado algum, porquanto a norma constitucional não mantém autonomia diante da realidade, tendo como fundamento a *vigência*, e que a pretensão de eficácia está historicamente unida em sua efetivação, e de forma diversificada com utilização de regras adequadas, sendo que a busca da eficácia da norma constitucional não se confunde com as condições para sua efetivação; pretende-se a eficácia unindo-se às condições. A Constituição não surge apenas como expressão de um *ser*, mas também de um *dever ser* e em razão da pretensão de eficácia, a Constituição procura implementar ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991, p. 13-15).

Mantendo terminologia anterior: “Constituição real” e “Constituição jurídica” mantém relação coordenada. A Constituição jurídica tem sentido próprio e sua pretensão

de eficácia surge como parte autônoma daí resultando a realidade do Estado, que é quando a Constituição adquirindo força normativa concretiza sua pretensão de eficácia. Em razão disso surge a indagação acerca das *possibilidades* e dos *limites* de sua efetividade sendo que nesta relação independente está difundida a pretensão de eficácia. Para *Humboldt*, nenhuma Constituição elaborada com racionalidade terá êxito, somente aquele fruto da luta do acaso poderoso com a reflexividade obtém sucesso, ou seja, somente uma Constituição vinculada a fatos históricos e suas consequências, mas dotada de uma ordenação jurídica seguindo os princípios da razão pode consolidar-se. Em dezembro de 1813, em monografia sobre a Constituição Alemã, Humboldt explanou as reflexões:

As Constituições, afirma, pertencem àquelas coisas da vida cuja realidade se pode ver, mas cuja origem jamais poderá ser totalmente compreendida e, muito menos, reproduzida ou copiada. Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência.

Com essa posição Humboldt obteve êxito em sua definição acerca dos limites da força normativa da Constituição. Para não permanecer “*eternamente estéril*”, a Constituição jurídica não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Sob pena de faltar à Constituição o estímulo fundamental à sua vitalidade não pode omitir disposições expressas acerca de direitos sociais, culturais, políticos e econômicos, ou normas contrárias a tais leis não devem prosperar ante sua natureza inerente à força propulsora e consequente eficácia da Constituição, sendo imprescindível que elas tenham fundamentação atualizada, e, que, segundo Humboldt, demonstra eficácia se adotar o princípio da necessidade, ou seja, sua vitalidade e efetividade tem suporte na vinculação às forças livres e às tendências do seu tempo. Se a Constituição, individualmente, não pode determinar um ofício ou tarefa, entretanto, há que estabelecer a vontade em cumprir as ordens dela emanadas, e, cuja vontade tem sua origem em três sentidos: baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável; que proteja o Estado; reside na compreensão de que essa ordem é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos necessitando de legitimação permanente; pelo fato de se basear na consciência a ordem não produz eficácia sem a participação da vontade humana. A ação que define o fundamento e eficácia da Constituição se baseia na natureza das coisas, que com a condução e o impulso as transforma em força ativa cujos pressupostos possibilitam o desenvolvimento de sua força normativa; os pressupostos envolvem o que se contém na Carta Constitucional e em práxis constitucional. No que tange ao conteúdo há que envolver questões políticas, sociais e econômicas, inserindo o estado espiritual contemporâneo, por sua vez a constitucionalização de interesses, atualizando-os, necessita de revisão constitucional com diminuição de sua força normativa. A Constituição não pode ter sua base numa *estrutura unilateral*, buscando preservar os Direitos Fundamentais com deveres correspondentes. A força normativa da Constituição depende do seu conteúdo e da práxis. O respeito à Constituição se sobrepõe aos demais interesses, inclusive os momentâneos, tornando-se salutar, por vezes, renunciar interesses na busca da defesa do Estado Democrático de Direito, e, torna-se

perigosa a iniciativa frequente de revisão constitucional cuja estabilidade torna-se condição essencial à eficácia da Constituição; sua *interpretação* representa fator decisivo a fim de consolidar e preservar a força normativa da Carta. Torna-se incontestado o fato de que a eficácia da Constituição está sujeita aos fatos concretos da vida, e que a interpretação correta é aquela que permite concretizar o sentido da proposição normativa, o que significa que uma alteração nas relações físicas pode mudar a interpretação, todavia, o sentido da proposição estabelece um limite, cabendo propositura de emenda constitucional buscando evitar supressão de direitos. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição (HESSE, 1991, p. 15-23).

A Constituição jurídica faz parte da história e faz parte da realidade do seu tempo, cuja eficácia faz parte dessa realidade que amolda o sistema normativo a realidade política e social, daí resultando uma correlação entre o *ser* e o *dever ser*, despertando a força normativa com influência nessa realidade. Surgem limites à força normativa da Constituição, dotados, por vezes de imprecisão quando a qualidade é formada pela vontade da Carta juntamente com fatores sociais, econômicos, políticos e culturais, caracterizando-se a força normativa da Carta diante de sua intensidade, quando as restrições serão menos intensas, a considerar que a vontade de Constituição não consegue eliminar os limites, e, nenhum poder do mundo pode fazê-lo. Se as forças que podem alterar o texto constitucional lhe tributarem respeito, mesmo em época de turbulência, a Carta consegue manter incólume e dar proteção ao Estado contra as investidas do arbítrio, é quando a Constituição é submetida à prova de fogo, isto ocorre em situação de emergência, em tempo de necessidade, em harmonia com tese de *Carl Schmitt*, para quem, o estado de necessidade é caracterização da força normativa da Constituição, quando se torna imperioso estabelecer a superioridade da norma sobre a situação fática.

Se a Constituição jurídica não representa simples pedaço de papel como entende Lassale: Se ela não se é impotente para dar efetividade ao poder, como ensina Georg Jellinek, tese endossada por naturalistas e sociólogos, e, está umbilicalmente ligada à história do seu tempo, não há que considerá-la, diante de conflito, como parte fraca, pois existem dispositivos que, em caso de conflito podem assegurar a força normativa da Carta, e, apenas quando tais pressupostos não puderem ser cumpridos é que a Constituição jurídica fenecerá ante a Constituição real. A Constituição jurídica tem sentido próprio diante da Constituição real, mas o Direito Constitucional não está submetido à renúncia enquanto disciplina jurídica, porquanto depende de ciências como a História, a Sociologia, a Economia, cabendo-lhe preservar a consciência dos seus limites. Já a Constituição é resultado da forma normativa do Estado e tem limites, sendo que sua eficácia está na dependência dos princípios que lhe são inerentes, mas cuja força normativa há de ser concretizada pela Ciência do Direito Constitucional, não quando demonstra que disposições constitucionais são questões de poder e sim quando estabelece regras objetivando que elas se convertam em poder, ou seja, o Direito Constitucional deve esclarecer quais as formas com as quais as normas constitucionais podem constituir a maior eficácia possível, realçando, despertando e preservando a vontade inserida na Constituição garantindo sua força normativa (HESSE, 1991, p. 24-27).

Prevalece na atualmente respeito aos elementos que constituem a Constituição jurídica do Estado moderno, cujos argumentos e discussões envolvem a União e os Estados

da Federação, no que se refere às relações entre os mais variados órgãos governamentais e respectivas funções, envolvendo Políticas Públicas internas com medidas “juridicizadas” Há resistência da parte política às disposições constitucionais, todavia, todos estão submetidos à ordem constitucional e seus princípios basilares não podem ser objetos de emenda constitucionais, cujos dispositivos originários atribuíram quase ilimitada competência às Cortes Constitucionais que em análise a parâmetros jurídicos proferem a palavra final em apreciação a conflitos constitucionais ainda que acerca de questões fundamentais da vida do Estado, envolvendo inclusive o Direito Civil que está sujeito a análise dos Tribunais Federais, ficando demonstrado que a força normativa da Constituição depende da satisfação de determinados pressupostos relativos à práxis e ao que se insere na Carta, cuja vontade de Constituição se torna imprescindível à preservação dos seus postulados, mesmo porque a Lei Fundamental ainda não está consolidada em sua plenitude na consciência em geral. A Lei Fundamental estabelece algumas normas que pode provocar conflito entre o Direito Constitucional e a realidade ameaçada, considerando que houve alteração inequívoca na vida do homem moderno em consequência da revolução industrial, questiona-se acerca da efetividade das normas diante de situação envolvendo interesses conflitantes uma vez que não se trata de estado de necessidade ou de anormalidade, e sim, dada a particularidade de que a Lei Fundamental foi promulgada em época de estabilidade econômica e que as situações de emergência provocadas por divergências políticas, econômicas e sociais não tem solução prevista na força normativa da Carta, não havendo previsão no texto do estado de necessidade, cuja matéria constava na competência das Forças de Ocupação. As crises econômicas e de segurança pública também não foram contemplados, o que, com algumas exceções, a República Federal da Alemanha, não dispõe de estatuto prevendo o estado de necessidade. Há que se ter coragem no enfrentamento da situação, ocorre inegável equívoco imaginar que a ameaça não se realize, cuja lacuna provocará falta de disposição normativa cuja medidas podem ser justificadas num estado de necessidade suprapositivo, cuja proposta demonstra de forma inequívoca que o sentido da necessidade ultrapassa os limites, deixando de se implementar regulação normativa, fato que impede o desenvolvimento da força normativa, e, havendo desistência da Lei Fundamental a disciplina do estado de necessidade determina a capitulação do Direito Constitucional em razão dos fatos, sobejando saber se haverá restabelecimento da ordem constitucional e, em caso positivo, de que forma, tendo como resposta que o futuro do Estado vai depender de questão de poder ou da manutenção da força normativa da Carta, e também do seu pressuposto fundamental, a vontade da Constituição (HESSE, 1991, p. 28-32).

3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES INTERLOCUTÓRIAS

Ao abordar o sistema de eficácia das normas constitucionais conclui-se que todo e qualquer preceito, ainda que programático contém algum grau de eficácia jurídica, sendo que razoável parcela de classificações não terem o destaque que merecem quanto a eficácia. Quanto ao sistema de ordenamento anteriores a Carta de 1988 quando ine-

xistia algo similar ao que reza o art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, que trata da aplicação imediata, tem-se opinião de dois juristas: Celso Bastos e Roberto Barroso, tendo este e Maria Helena Diniz abordado o tema após a promulgação da Carta Política de 1988, cuja tendência seria a aplicação direta dos direitos fundamentais a todas as normas constitucionais, sendo que a última restringiu às normas constantes na relação das ‘cláusulas pétreas’, classificando-as como de normas absolutas. Considerando que as normas constitucionais de modo geral se manifestam de forma diferenciada quanto as técnicas de positivação, as de direitos fundamentais, igualmente, não são unanimidade. Quanto as técnicas de positivação carecem de investigação científica ao tratar de normas definidoras de direitos torna-se importante mencionar o que dispõe o art. 5º, XXXII, da Constituição que se reporta ao consumidor, com trabalho desenvolvido pelo jurista Eros Grau. No Título da Ordem Econômica e Social encontram-se normas já positivadas como se vê no art. 205, que trata da educação: “direito de todos e dever do Estado e da família”. Dispositivo que trata da distribuição de lucros das empresas (art. 7º, XI, CF), que na concepção do eminente constitucionalista português Gomes Canotilho, seriam normas impositivas. Nesse diapasão faz-se referência às garantias institucionais, por exemplo, o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, CF). O jurista Roberto Barroso, não usa o critério da técnica da positivação, e, sim no da posição jurídica, da qual se aproxima o preclaro jurista Celso Bandeira de Melo. Quanto a técnica da positivação o jurista Roberto Barroso adota a ciência dos tipos, enquanto outros doutrinadores sugerem uma classificação dos direitos fundamentais em consonância com a forma de positivação, restringido-se aos direitos sociais, que para Canotilho, que recebendo apoio do espanhol Lopes Luño, para positivá-los de quatro formas: princípios programáticos; princípios para atuação dos poderes públicos; normas e cláusulas a serem desenvolvidas pela legislação ordinária; e normas específicas ou casuísticas. Importante destacar que os direitos fundamentais em razão das diversas funções, classificam-se em dois grandes grupos: direitos de defesa (liberdade, igualdade, direitos sociais e políticos); direitos a prestações (direitos a prestações em sentido amplo e sentido estrito. Diante deste quadro se faz necessário a intervenção do legislador para que os direitos de defesa e prestacionais tenham plena eficácia e aplicabilidade (SARLET, 2012, p. 257-261).

3.1.1 A aplicabilidade imediata (direta) e plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais: significado e alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988

A Constituinte de 1988 ao inserir no texto constitucional o dispositivo: ‘*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*’ (art. 5º, § 1º, Constituição Federal), sofreu influência de outras Constituições, dentre as quais:

- a) Portuguesa, art. 18/1;
- b) Uruguai, art. 332;
- c) Alemanha, art. 1º inc. III Lei Fundamental.

Importante destacar que o anteprojeto da “Comissão Afonso Arinos”, em seu art. 10, continha disposição semelhante. Surgem opiniões no sentido de que apenas aos direitos individuais e coletivos aplicar-se-ia o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, assim também houve quem sugerisse ‘*nova exegese*’ na mencionada norma defendendo interpretação restritiva, a considerar que o Constituinte “*disse mais do que o pretendido*”. Ainda que a análise se faça partindo de interpretação teleológica, atinge-se a mesma situação, já que o Constituinte, por certo, não pretendia excluir da disposição em análise, os direitos políticos, de nacionalidade, e, sociais. Nestes, alguns dispositivos elencados demonstram que a aplicação imediata não deixa dúvida, exemplo: art. 9º (direito à greve); art. 8º (livre associação sindical); e, mesmo os descritos no art. 7º, e, incisos, da Carta Política. Sustenta, portanto, a aplicabilidade imediata de todos os dispositivos previstos do art. 5º a 17, além de outras constantes do texto. Há que se esclarecer que surgem problemas de interpretação quanto a eficácia e aplicabilidade do que reza o art. 5º, § 1º da CF, com surgimento de concepções diversas. Alguns entendem que a eficácia atinge somente quando a lei dispuser. Outros, que todas as normas, inclusive as de cunho programático ensejam aplicação imediata independente de aprovação legislativa. Constata-se que mesmos os que defendem aplicação da norma - art. 5º, § 1º, de forma restrita admitem que o Constituinte, ante expressa previsão textual quis evitar o esvaziamento da norma ou que ela representasse letra morta. Diante disso questiona-se se a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, por si, possui força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia. Cumpre salientar que precisamente em razão da existência da natureza dessas normas que serviram de base para os que defendem a tese de que a aplicação imediata não pode prosperar considerando as características estruturais, o que vem significar que o contido no art. 5º, § 1º, da CF, venha alcançar plena eficácia após uma *interpositio legislatoris* (interposição legislativa) envolvendo direitos prestacionais. Todavia, para Felipe Bastos os direitos fundamentais, em principio, são diretamente aplicáveis, com duas exceções: quando a Constituição remete a matéria à lei; quando a norma não contiver os elementos mínimos indispensáveis. Cabe mencionar tese segundo a qual a Constituição carece de normas programáticas consagrando aplicação imediata dos direitos fundamentais, tendo a Constituinte adotado medidas nos casos omissos de parte do legislador com a inserção do Mandado de Injunção (art. 5º LXXI, da CF), e do direito-garantia fundamental - a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF). A instituição do Mandado de Injunção, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade demonstra que servem de instrumento à garantia da aplicabilidade imediata, e da eficácia dos direitos fundamentais. Argumenta-se, entretanto, que a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais dispensaria os institutos acima, como bem definiu o Ministro Sepúlveda Pertence em Mandado de Injunção nº 438 (in: RDA n. 201, 1995), decidindo que a norma contida no art. 37, inc. VII - *o direito de greve será exercido nos termos, e nos limites definidos em lei específica* - que para o Ministro ‘constitui norma de eficácia contida (restringível), sendo de aplicação direta e eficácia imediata. Conclui-se, daí, que em caso de descumprimento de algum direito fundamental, adota-se, de pronto, a norma jurídica, conferindo-lhe plena eficácia, independente de lei. Ainda que se admita a existência de normas programáticas não há como

compartilhar da ideia dos que sustentam ser dispensável ou supérflua a norma inserida no art. 5º, §1º, da CF. Diferentes são as épocas em que vigorava a constituição americana do século XIX, e aqui Rui Barbosa, em que não se questionava normas autoaplicáveis, cabendo destacar que a história é diferente, os tempos são outros, e a contemplação dos problemas são vistos e adotados de outra forma. Constituição de 1988 considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicação imediata, e inseriu no texto elevado numero de direitos fundamentais sociais classificados no grupo dos direitos de defesa, aos quais o preceito do art. 5º, § 1º, da CF, atribui sentido diferenciado, e que não poderá sofrer redução a outros principios constitucionais o que seria equiparar direitos fundamentais com normas constitucionais. Alguns doutrinadores defendem os pressupostos de que o preceito determina vinculação de todos os órgãos públicos ou particulares aos direitos fundamentais, compelindo aqueles a aplicá-los e estes a cumpri-los, independente de lei. Em idêntico procedimento cabe ao Poder Judiciário determinar aplicação imediata de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia, cabendo aos juízes e tribunais uso do art. 4º, a Lei de Introdução ao Código Civil que estabelece: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os principios gerais de direito”. Não se pode aderir, todavia, integralmente à regra de que a norma contida no preceito do art. 5º, § 1º, da CF, torna-se imediatamente aplicável e inteiramente eficaz. De outra parte, não cabe ao Poder Judiciário a adoção de medidas buscando o preenchimento das lacunas de forma ilimitada e, em ofensa ao principio constitucional da separação dos poderes, com especial análise para os direitos sociais prestacionais, levando-se em conta a reserva do possível e a colisão com outros direitos fundamentais quando urge aplicar o sopesamento. Há normas que independente de participação legislativa são dotados de normatividade suficiente podendo ser aplicado ao caso concreto, de pronto, sua eficácia plena. Há normas de cunho principiológico e consideradas como de otimização ou maximização, quando estabelecem aos órgãos públicos atribuição de reconhecer o maior indice de eficácia possível, entendimento adotado por Gomes Canotilho e Flávio Piovesan. A aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, diante da ausência de fato concreto, deve ter o devido fundamento e justificação assentados. Os direitos fundamentais se cotejados com as demais normas da Carta Constitucional, possuem maior aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma, da função e do objeto. Surgem dois críticos. João Pedro Gebran Neto que adota interpretação restritiva estabelecendo eficácia apenas aos direitos individuais e coletivos quanto ao preceito em exame. Por sua vez, Sérgio Fernando Moro, que afirma ser a tese do autor ‘um avanço significativo’, salienta que o modo de interpretar e o significado quanto ao preceito em análise, ‘pode, entretanto, como tratado equivocadamente, contribuir apenas para a justificação mais técnica e elaborada de decisões que neguem a eficácia às normas de direito fundamental, principalmente quando envolvidos direitos a prestações estatais’. O autor suscitou problemas e teceu considerações acerca do sentido da aplicabilidade dos direitos fundamentais, mas servirão de base para análise da eficácia dos mesmos em seus aspectos específicos e aos diversos grupos de direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 261-274).

3.1.2 A eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita: significado da aplicabilidade imediata para cada categoria dos direitos fundamentais

3.1.2.1 A título de preliminar

Esta análise busca positivar direitos fundamentais quanto sua eficácia e aplicabilidade, sem que envolva outros aspectos, mesmo porque se constatou que a graduação depende da sua densidade normativa dependendo da forma como foi elaborada o texto e a finalidade precípua de cada direito fundamental individualizado. Parte-se da divisão em dois grupos dos direitos fundamentais: os direitos de defesa; os direitos a prestações, quando se torna império estabelecer a diferença dos grupos de direitos entre si, com destaque para o grupo dos direitos sociais prestacionais, a considerar que é nesta área que surgem as maiores dificuldades, sendo imprescindível estabelecer quais as linhas fundamentais em busca de otimização da máxima eficácia possível, em favor da aplicabilidade imediata e da eficácia plena dos direitos fundamentais haja vista norma inserida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que servirá de base para o estudo de ambos os direitos, tanto de defesa, quanto prestacionais, todavia, se torna relevante destacar que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não esclarece a forma como ela ocorre e nem quais efeitos jurídicos lhe são específicos, ressaltando que preliminarmente se fará uma abordagem genérica das cargas eficácia dos direitos fundamentais, e, da viabilidade de sua justiciabilidade enquanto direitos subjetivos, protelando a questão específica da eficácia vinculativa dos direitos fundamentais no que se refere aos órgãos estatais e aos privados (SARLET, 2012, p. 274-275).

3.1.2.2 A eficácia dos direitos de defesa

A eficácia plena envolvendo os direitos de defesa onde estão inseridos especialmente os direitos de liberdade, de igualdade, direitos-garantia, direitos institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, postulam um comportamento de abstenção tendo como referência tanto dos poderes estatais quanto dos particulares - como destinatários dos direitos - não havendo questionamento quanto sua efetividade, diversamente do que ocorre com os direitos sociais, especificamente aqueles relativos as prestações, partindo do pressuposto de que os direitos de defesa, de modo geral, contam com a omissão do Estado, que deve evitar sua participação, na área da participação pessoal de liberdade, no campo de proteção do direito fundamental, eis que normalmente, não se faz presente, a dependência da realização dos referidos direitos de prestações - fáticas ou normativas - do Estado ou dos destinatários da norma, que no conceito de Roberto Barroso, contam a própria lei da inércia. Cabe acrescentar que tanto a aplicação imediata quanto a eficácia plena destes direitos fundamentais encontram suporte no fato de que essas normas foram consagradas pelo Constituinte que lhe conferiu a devida normatividade, dispensando aprovação legislativa em harmonia com a clássica concepção das normas autoexecutáveis, conseqüentemente na área dos direitos de defesa, a norma prevista no art. 5º, § 1º, da Carta Política tem como finalidade essencial propiciar a aplicação imediata, independente de todo e qualquer tipo de intervenção, garantindo a plena

justiciabilidade destes direitos de defesa e consequente exigibilidade em Juízo. A aplicabilidade dos direitos de defesa, na interpretação de Vieira de Andrade, ao tratar de direito envolvendo - liberdades e garantias - em suma, de direito de defesa - e em caso da falta - ou insuficiência - da lei, adota-se o princípio da aplicabilidade direta, que tem força de exigibilidade direta das normas constitucionais, antevendo sua autosuficiência alicerçada no caráter líquido e certo do próprio conteúdo, cabendo aos juízes, doutrinadores e operadores do direito aplicar as normas constitucionais em sintonia com a hermenêutica jurídica e sua devida interpretação, dispensando-se, para aplicação destes direitos fundamentais de natureza dos direitos de defesa, da disposição legislativa, cabendo ao Poder Judiciário, interpretação dos dispositivos constitucionais. A validade da conduta para os direitos de defesa atingem razoável parcela dos direitos fundamentais sociais, que, sua condição defensiva e da própria estrutura voltada aos direitos de liberdade e igualdade estão a exigir um afastamento de parte do destinatário, que não depende de verba ou de aprovação legislativa, cuja matéria já foi objeto de análise, segundo entendimentos já espostos, geram plena eficácia para o titular de um direito subjetivo - situação plenamente desfrutável, sujeitando-se apenas à abstenção - Fazendo-se, quanto ao paradigma acima comentado um comparativo com o art. 17, da Constituição portuguesa de 1976, dispendo acerca de direitos fundamentais análogos - no sentido de equiparáveis - aos direitos, em especial o da aplicação direta, e respectiva proteção às restrições legislativas, em harmonia com o que reza o art. 18, da já referida Constituição portuguesa. A Constituição de 1988 não dispõe de artigo semelhante ao art. 17, da Carta portuguesa, mesmo porque o art. 5º, § 1º, da nossa Carta Magna se aplica a todos os direitos fundamentais - no que o Constituinte brasileiro foi mais corajoso, em razão disso, aos direitos sociais de defesa - as liberdades sociais - o princípio da aplicação imediata e do pressuposto dela resultante não deveria ser objeto de contestação, quando diversos exemplos podem ser exibidos:

- a) direito à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias (art. 7º, XVIII, CF);
- b) proibição de discriminação ao trabalho, de exercício de função, critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX, CF);
- c) proibição de discriminação quanto a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI, CF);
- d) proibição de distinção de trabalho manual e intelectual entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII, CF);
- e) proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos, ou de qualquer trabalho a menores de 16 anos, ao não ser na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos (art. 7º, XXXIII, CF);
- f) igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o avulso (art. 7º, XXXIV, CF)
- g) o direito a livre associação profissional e sindical (art. 8º, CF);
- h) é assegurado o direito de greve. Ainda que se considere como plena e inarredável a eficácia dos direitos de defesa em razão do que reza o art. 5º, §1º, da CF, não se pode olvidar que tanto a base invocada nesta matéria, quanto àqueles

relativos as prestações, não tiveram aprovação incontestada em nosso direito jurisprudencial.

Em comento Mandado de Injunção, abordando a falta de lei acerca de greve do servidor público (art. 37, VII, CF: *o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica*), julgado pelo Excelso Pretório, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence, oportunidade em que a Suprema Corte deu provimento em parte, argumentado que *‘o direito de greve dos servidores públicos, por tratar-se de norma de eficácia limitada, depende de concretização legislativa, o que resultou na inconstitucionalidade por omissão e na comunicação da decisão ao Congresso Nacional (BRASIL, 1988, p. 166 e ss.)*. Cumpre ressaltar que o STF, seguiu a mesma linha de conduta já manifestada por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 20-4, em 19.05.94. Acredita-se importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, mesmo diante de um legítimo direito de defesa - no caso, uma liberdade social - *sustentou a necessidade de uma atuação concretizadora do legislador nos casos em que o próprio Constituinte esta como pressuposto do direito fundamental*. Ao comentar a decisão da Corte Constitucional o autor entende que partindo do *princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais as críticas dirigidas contra essa decisão do STF não deixam de ser - ao menos parcialmente - procedentes*. Aborda o autor a ausência da omissão contumaz e injustificada do legislador, não estaria o poder público investido de poderes para reter os vencimentos do servidor, endossando tese esposada pelo Relator, Ministro Marco Aurelio, que por sua vez acentua, ser a greve direito fundamental também do servidor público, considerando desproporcional e ofensiva à dignidade do servidor dos vencimentos (vide Agravo Regimental n. 2.016-DF, Boletim Informativo n. 248, - STF).

Diante da posição adotada por José Afonso da Silva que estabelece distinção quanto as normas de eficácia contida - onde a remissão ao legislador não retira da norma sua plena eficácia e aplicabilidade imediata, mas apenas significa a possibilidade de restrições posteriores na esfera dos efeitos jurídicos - das normas de eficácia plena. Partindo dessa premissa o autor volta a defender dois grupos no que se refere a sua eficácia jurídica, e, ratifica posição anterior em que ao se tratar de direitos de defesa a falta da lei não impede aplicação ao que estabelece o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Já quanto sua aplicação em direitos sociais ventila a questão da falta de recursos orçamentários, e menciona o *limite da reserva do possível*, tecendo críticas à falta de legitimação dos tribunais em apreciar tão palpitante matéria. Ao restabelecer o debate acerca da greve dos servidores públicos, menciona voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que somados àqueles dos Ministros: Eros Grau, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, em Mandados de Injunção nºs., 670 e 712, de 07.06.2006, com pareceres pelo conhecimento e provimento que diante da reiterada e contumaz omissão do Poder Legislativo Federal em apreciar a matéria, asseguraram o direito subjetivo de greve aos servidores federais, aplicando, em razão da falta de legislação própria e específica, a lei nº 7.783/1989, que trata do exercício de greve da iniciativa privada, cumpre salientar, todavia, que os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, votaram pela necessidade da manutenção dos serviços públicos, e, da viabilidade, dependendo do caso, de o Juiz estabelecer regime de greve rígido quando

se refere a serviços essenciais.. Constatase, pois, que os direitos de defesa classificam-se na condição em que a norma constitucional confere ao particular um situação subjetiva ativa - um poder jurídico - cuja eficácia há de ser imediata e independente de prestação alheia, desde que haja abstenção de parte do destinatário da norma, conforme proposta do eminente jurista *Celso Antonio Bandeira de Mello*. Demonstrado está que esse direito subjetivo pode manifestar-se de diversas formas, pelo que é razoável assentar que no entendimento de Robert Alexy em se tratando de direitos de defesa, os direitos fundamentais podem ser classificados em tres categorias: direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; direitos à não afetação de propriedades e situações do titular do direito; direitos à não eliminação de posições jurídicas. E destarte, conclui o autor, que mesmo diante do que estabelece, até o momento, a Suprema Corte Constitucional chega-se à conclusão que em se tratando de direitos de defesa, opta-se pela aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem preponderar, impondo-se aos juizes e tribunais para que apliquem as adequadas normas aos casos concretos, ensejo o pleno exercicio destes direitos - mesmo os direitos subjetivos - conferindo-lhes, plenitude eficaz e efetividade (274-280).

REFERÊNCIAS

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

BRITTO, C. A. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

A APRECIÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICAS PELO JUDICIÁRIO E A HARMONIA ENTRE OS PODERES: É POSSÍVEL SE ESTABELEECER UM DIÁLOGO CONCILIADOR ENTRE PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO?

Mônia Clarissa Hennig Leal*
Felipe Dalenogare Alves**

Resumo

O presente trabalho apresenta o resultado de uma pesquisa bibliográfica desenvolvida sobre a temática da judicialização da política. Para tanto, são analisados os principais pontos das correntes procedimentalista, com base em Habermas, e substancialista, a partir de Dworkin, expondo-se as características próprias, buscando-se, ao final, fazer um apanhado das contribuições que ambas apresentam à jurisdição constitucional e ao aprimoramento de sua atuação no contexto do Estado Democrático, para que se tenha uma tutela efetiva dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição. Por fim, busca-se estabelecer um diálogo entre procedimentalismo e substancialismo, sendo compreendidos, aqui, não como lógicas excludentes, mas complementares e interdependentes entre si.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Judicialização da política. Procedimentalismo. Substancialismo.

Abstract

This article presents the results of a bibliographical research developed under the topic the judicialization of politics. For reaching this scope, has been made an analysis of the main points of proceduralism, taking as reference Habermas' work, and substantialism, based upon Dworkin, exposing their characteristics and, at the end, tracing a summary of the contributions that both bring to judicial review and its democratic improvement, looking forward to provide an effective protection of the fundamental rights protected by the Constitution. Finally, it establishes a dialogue between proceduralism and substantialism, since they are not seen as excludent, but as complementary and interdependent of each other.

Keywords: Judicial review. Judicialization of politics. Proceduralism. Substantialism.

* Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional Aberta", vinculado e financiado pelo CNPq, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas - CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq; moniah@unisc.br

** Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Pós-graduando lato sensu (Especialização) em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM e em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG; felipe@estudosdedireito.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a judicialização da política, tendo por objetivo principal analisar a problemática da análise das questões políticas, principalmente no tocante ao controle de políticas públicas, pela via jurisdicional, buscando estabelecer-se um diálogo conciliador entre a noção procedimentalista de Jürgen Habermas e o substancialismo de Ronald Dworkin, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo.

O debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional para apreciar a constitucionalidade de normas produzidas pelo Legislativo e aplicadas pelo Executivo, além da possibilidade de controle jurisdicional do Poder Público no tocante à efetivação dos direitos fundamentais, principalmente por meio das políticas públicas, não raras vezes é trazido à baila, principalmente com a análise de duas correntes frequentemente - e, até certo ponto, distorcidamente - apresentadas como antagônicas, quais sejam, o procedimentalismo e o substancialismo.

Esta discussão é salutar ao próprio aprimoramento do Estado Democrático de Direito e resulta, principalmente, do que, de forma pejorativa, se convencionou denominar de “empoderamento” ou “agigantamento” do Poder Judiciário. Este crescimento da atuação judicial nada mais retrata senão a aura do Estado Constitucional, insculpida sob uma Carta Constitucional garantidora de direitos fundamentais, que, pode-se dizer, assombra o mundo pelo extenso rol de direitos, sejam de defesa, sejam prestacionais, todos destinados à existência humana com dignidade.

Neste contexto, passa a ser atribuída ao Judiciário a função de “guardião da Constituição”, como intérprete final do texto constitucional, principalmente no tocante à atuação do Supremo Tribunal Federal, que, guindado quase que ao *status* de Corte Constitucional pela Constituição brasileira de 1988, teve reforçada sua condição de apreciação de questões tipicamente associadas à esfera dos demais Poderes, reforçando, assim, o processo conhecido como judicialização.

Surgem, então, duas frentes, uma defendendo que esta atuação do Poder Judiciário deve pautar-se na garantia dos procedimentos democráticos, para que a sociedade, por meio da participação cidadã, defina os rumos das questões a ela afetas, sem apreciar questões materiais ou valorativas. A segunda, sustentando que o Judiciário não deve apenas garantir a existência dos procedimentos democráticos, mas também apreciar as questões políticas, propiciando conteúdo material e até valorativo à Constituição, em nome da própria defesa da democracia, eis que, se assim não for, se instituirá um grave risco às minorias.

Para o propósito deste trabalho, serão trabalhadas as contribuições procedimentalistas de Habermas e substancialistas de Dworkin, buscando-se, ao final, estabelecer-se um diálogo, demonstrando-se que ambas são lógicas complementares, interdependentes, e não necessariamente excludentes.

Diante deste contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes acerca desta temática, com uma abordagem referente ao exercício da jurisdição constitucional tanto para Habermas quan-

to para Dworkin, conciliando-se as contribuições de ambos, para o aprimoramento das instituições democráticas.

2 O PROCEDIMENTALISMO DE HABERMAS E AS CONTRIBUIÇÕES AO APRIMORAMENTO DEMOCRÁTICO

A corrente procedimentalista sustenta, basicamente, que a função do Poder Judiciário se constituiria na garantia dos processos democráticos, sem adentrar na construção e interpretação material do texto constitucional. Nesta perspectiva, tal competência caberia ao Poder Legislativo, democrático e representativo, cabendo àquele Poder, apenas a fiscalização da participação democrática nesta construção (LEAL, 2007, p. 95-96).

O procedimentalismo tem no alemão Jürgen Habermas seu principal expoente (STRECK, 2002, p. 134). As fortes críticas do autor referem-se, principalmente, à judicialização da política, para quem, “no Estado Social, o direito não pode diluir-se em política, pois, neste caso, a tensão entre facticidade e validade, que lhe é inerente, bem como a normatividade do direito, se extinguiriam.” (HABERMAS 1997b, p. 171). Assim, o Judiciário “deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito.” (STRECK, 2003, p. 264).

Habermas acredita que o Poder Judiciário “não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade” (HABERMAS, 1997a, p. 347), pois esse deve ter em mente que a sua decisão não está desprendida da lei e do direito, estando, ainda, a racionalidade da jurisdição dependente da legitimidade deste direito vigente. Esta legitimidade, entretanto, advém de um processo legislativo racional, o qual, frente à divisão das competências entre os Poderes não está atribuído aos órgãos da aplicação do direito (HABERMAS, 1997a, p. 297).

Neste viés procedimentalista, se busca proteger, sobretudo, as condições do procedimento democrático, pois o legislador, quando estabelece políticas visando à concretização de direitos, os interpreta e os estrutura, ao contrário do julgador que, sob este prisma, somente pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo a lei e o direito, com o objetivo de obter decisões coerentes em determinado caso concreto (HABERMAS, 1997b, p. 1830). Dito em outras palavras, é no legislativo que se tem uma arena adequada ao debate e propícia à decisão valorativa dos temas que tangem à sociedade.

Ely, procedimentalista norte-americano, afirma que, no sistema democrático-representativo, estas escolhas de valor devem ser feitas pelos representantes, legitimamente eleitos pelo povo. E, caso a maioria as desaprove, poderá vir a destituí-los a partir do voto (ELY, 2010, p. 137). No sistema brasileiro, entretanto, haja vista a crise pela qual passa o sistema representativo, principalmente com o descrédito do povo nos representantes, fruto do qual adveio a onda de protestos eclodida durante a Copa das Confederações deste ano, o pensamento procedimentalista do autor é colocado em prova e gera reflexões à própria construção da democracia. Mesmo assim, Garapon afirma que:

O excesso de Direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. De tanto ver tudo através do prisma defor-

mador do Direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial. A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do Direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso. (GARAPON, 2001, p. 53).

Os procedimentalistas defendem que a apreciação das questões políticas pelo Judiciário esvazia a participação popular, diminuindo o exercício ativo da cidadania, o que reduz os cidadãos a uma espécie de clientes de um Estado providencial. Para eles, a efetivação dos direitos fundamentais deve ser acompanhada pela consciência cidadã, por meio de práticas participativas, sempre aprimorando os procedimentos democráticos, os quais o direito deve guardar, pois estes são os responsáveis pela formação da vontade majoritária (LOURENÇO NETO; LOURENÇO, 2009, p. 10). Nesta perspectiva, o Judiciário, na visão de Habermas, assim se resume:

Se a Supreme Court tem como encargo vigiar a manutenção da constituição, ela deve, em primeira linha, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático. O tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os ‘canais’ para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza. (GARAPON, 2001, p. 53).

Visualiza-se que, genericamente, as críticas oriundas desta corrente se fundamentam no pensamento democrático de que os Poderes Legislativo e Executivo possuem legitimidade conferida pelo povo por intermédio do voto, diferentemente do Poder Judiciário. É possível se afirmar que a questão que assume, assim, o cerne do debate é: como é possível que juízes, não eleitos pelo povo, possam controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para esse fim e aplicadas por um Poder Executivo também eleito diretamente? (LEAL, 2007, p. 89).

Em suma, a corrente procedimentalista critica não apenas a interpretação substancial da Constituição, mas a própria atuação do Tribunal Constitucional, chegando, por vezes, “desqualificar aquele que é considerado como o principal intérprete valorativo da Constituição, em sistemas que perfilham o modelo de supremacia dos Tribunais Constitucionais.” (TAVARES, 2007, p. 346). A exemplo disso, pode-se observar a crítica procedimentalista apresentada por Streck, Barretto e Oliveira, à ADPF nº 178 (buscava o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo), destacando que “embora fundada em boas intenções, tal medida representaria grave risco democrático, pois transformaria a jurisdição constitucional em verdadeiro poder constituinte permanente.” (OLIVEIRA; STRECK; BARRETTO, 2010, p. 1).

Para os autores, “[...] questões como essa que estamos analisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela ‘vontade de poder’ (*Wille zur Macht*) do Poder Judiciário. Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia.” (OLIVEIRA; STRECK; BARRETTO, 2010, p. 4).

Diante disso, ao interpretar e dar sentido à Constituição, o Judiciário não pode modificar “o texto da norma” (OLIVEIRA; STRECK; BARRETTO, 2010, p. 7), pois, assim,

substituiria o próprio texto da norma pela via indireta da interpretação. Em síntese, destacam que, “sob pretexto e a despeito do texto da Constituição propiciar um tecido normativo ‘fechado’ demais, setores do direito pensam que é preciso ‘abrir’ esse sentido da normatividade constitucional com um uso aleatório e descompromissado dos princípios constitucionais.” (OLIVEIRA;STRECK; BARRETTO, 2010, p. 10).

Habermas, ao se referir às normas de princípio, critica que, “nos domínios da ação não formalizada, a possibilidade de contextualização de uma aplicação de normas, dirigida à totalidade da constituição, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente” (HABERMAS, 1997a, p.306), mas, por outro lado, ocasiona “um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço da decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura das normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos” (HABERMAS, 1997a, p. 306).

Daí é possível concluir que, para o procedimentalismo, “a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes.” (TAVARES, 2007, p. 338-339).

Acerca do entendimento de Habermas, é possível abstrair que, no tocante ao processo de efetivação dos direitos sociais por meio do processo de judicialização, principalmente no que tange ao controle jurisdicional de políticas públicas, o papel do Poder Judiciário estaria adstrito ao perímetro previamente delimitado pelas normas jurídicas, sendo ilegítima qualquer atuação deste, quando inovar ou substituir a decisão política, eis que, ao menos no plano teórico, transluz a vontade democrática da maioria, como destaca Appio:

Ao formular políticas públicas que atendem a suas prioridades pessoais, através da “interpretação adequada da Constituição”, os juízes se lançam em verdadeira aventura política, não possuindo real controle sobre suas consequências no processo, do que resultam graves impasses constitucionais. A fixação de limites à própria jurisdição representa, neste contexto, uma das mais graves funções outorgadas ao Poder Judiciário. A busca pela plena normatividade constitucional não pode significar o rompimento de delicado equilíbrio necessário à democracia. Um governo de juízes, neste sentido, em nada se difere de um governo aristocrático, pois o regime democrático não se coaduna com a concentração extremada de poder político junto a um único órgão. (APPIO, 2006, p. 71).

Ou seja, a efetivação dos direitos sociais está vinculada à implantação e implementação de políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo e não pelo Poder Judiciário. Frente a isso, o procedimentalismo tenta apresentar uma blindagem àqueles poderes, de forma que qualquer atuação do Judiciário que visasse à materialização destes direitos se tornaria ilegítima. Em contraponto a esta corrente, encontra-se a corrente substancialista que, neste trabalho, será abordada principalmente sob a ótica de Dworkin.

3 O SUBSTANCIALISMO DE DWORKIN E AS CONTRIBUIÇÕES AO APRIMORAMENTO DEMOCRÁTICO

O Substancialismo defende um papel mais atuante do Judiciário na garantia e na concretização dos direitos constitucionalmente instituídos. Para esta corrente, cabe ao Judiciário a competência de interpretar a Constituição, de forma ampla, podendo, inclusive se estender ao âmbito material.

Um dos principais expoentes da corrente substancialista é o norte-americano Ronald Dworkin. O autor defende o pensamento de que o Poder Judiciário deve estar em sintonia com a defesa dos direitos fundamentais e com a intangibilidade do princípio democrático que emerge da Constituição. Para ele, os valores que decorrem das relações jurídicas podem e devem ser ponderados pelos juízes no exercício jurisdicional (GÓES, 2011, p. 334).

Sob esta perspectiva, a jurisdição constitucional se apresenta como um instrumento de construção da própria Constituição, permitindo a adequação do texto constitucional ao tempo e ao espaço, adaptando-se ao contexto histórico-cultural de dada sociedade, ao contrário dos não-interpretativistas, que limitam a interpretação do texto a partir das construções originais e históricas (LEAL, 2007, p. 95).

Assim, é possível concluir que é no substancialismo, principalmente na figura de Dworkin “que se concentram as esperanças de o Judiciário tornar-se, de fato, o verdadeiro redentor dos direitos fundamentais, sem que, para tanto, impute-se a este Poder o vício de origem fundado na ideia de que sua atuação não espelha e não se legitima pelo princípio democrático.”(GÓES, 2011, p. 335).

Isso porque a concretização dos direitos fundamentais e a garantia à dignidade da pessoa humana não podem aguardar um aperfeiçoamento democrático, a consciência cidadã e a solidariedade (BITENCOURT; LEAL, 2010, p. 312). Em suma, o aperfeiçoamento democrático se estabelece a longo prazo, enquanto a concretização dos direitos fundamentais é ponto de aplicação imediata.

Dito em outras palavras, é no intervencionismo substancialista que se vislumbra o cumprimento dos preceitos e princípios intrínsecos aos direitos fundamentais e ao próprio Estado Social (STRECK, 2002, p. 161), pois “para Dworkin a preocupação em manter a intangibilidade do sistema democrático não se encontra desatada da igual e importante preocupação em assegurar o respeito aos direitos fundamentais.” (GÓES, 2011, p. 335).

Cappelletti, defensor da corrente substancialista, destaca que a concepção de um juiz como simples aplicador da lei, visto sob a égide positivista, não mais se assenta aos preceitos de um Estado Democrático e Social de Direito (CAPPELLETTI, 1993, p. 41). Nesse sentido, afirma que:

Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como afirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado do qual constituem também, afinal de contas um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas ‘finalidades e princípios’: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente

na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar. (CAPPELLETTI, 1993, p. 41)

Assim, é possível se extrair que “mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo” (STRECK, 2002, p. 141), pois “[...] a proteção das minorias isoladas e sem voz, excluídas do processo de participação política, possuem também um fundamento substantivo.” (STRECK, 2002, p. 140).

Dessa forma, para Dworkin, a transferência das questões políticas para o Judiciário não ofende o princípio democrático, pelo contrário, constitui-se como uma ferramenta de proteção das minorias (DWORKIN, 2001, p. 6). Para ele, os juízes não estão em posição menos privilegiada que os legisladores para decidir as questões sobre direitos (DWORKIN, 2001, p. 27), de modo que o autor afirma não conhecer “[...] nenhuma razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas.” (DWORKIN, 2001, p. 26).

Um dos argumentos do autor é que, no momento em que os tribunais assentam a proteção aos direitos fundamentais, as minorias ganham em poder político, pois se está garantido a elas o acesso à justiça, sem desconsiderar a necessidade de uma fundamentação efetiva de suas decisões (DWORKIN, 2001, p. 32). Para Dworkin, o ganho às minorias seria maior em um sistema de revisão jurisdicional das decisões legislativas, podendo, inclusive, ser substancial, sem que se atrase o ideal democrático da igualdade de poder político (DWORKIN, 2001, p. 32):

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo para o judiciário. (DWORKIN, 2001, p. 31).

Diante disso, resta evidente que, “[...] numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou.” (DWORKIN, 2001, p. 14). Da mesma forma, é importante ressaltar, como faz Appio, que “[...] invocar a voz e a obra de Ronald Dworkin como justificção para um governo de juízes e para o populismo judicial representa, em última análise, uma distorção de seu pensamento e de sua obra, violando princípios de democracia representativa.” (APPIO, 2013, p. 1.318).

Isso se afirma porque, mesmo defendendo a apreciação jurisdicional das questões atinentes ao Legislativo e ao Executivo, o próprio autor substancialista destaca que tanto a democracia, quanto a igualdade do poder acabariam se todo o poder político fosse transportado para os juízes (DWORKIN, 2001, p. 30). Assim, necessário diferenciar o processo salutar de judicialização do ativismo judicial, patológico ao Estado Democrático de Direito, pois embora sejam duas faces da mesma moeda, não são, necessariamente, a mesma moeda (LEAL, 2012, p. 37).

Dworkin ressalta que, na disputa entre o poder dos Poderes, “[...] um dos lados se declara ardoroso defensor da democracia e ansioso para protegê-la, ao passo que o outro se considera mais sensível às injustiças que a democracia às vezes produz.” (DWORKIN, 2006, p. 23). Nesse diapasão, há de se levar em consideração que a democracia constitucional não se traduz na premissa majoritária, ela vai além, exigindo a submissão a certas condições que assegurem direitos a todos os cidadãos (NIGRO, 2012, p. 164).

Nessa esteira, é possível afirmar que os procedimentos majoritários são exigidos pela preocupação com a igualdade entre os cidadãos e não motivados por um compromisso com os objetivos garantidos pela soberania da maioria. Assim, para se compreender a democracia, não se pode amarrar-se às decisões adotadas nas instâncias deliberativas majoritárias, eis que a todos os atores sociais cabe a subordinação a certas condições garantidoras do igual tratamento a todos os cidadãos (NIGRO, 2012, p. 164).

Assim sendo, com o Judiciário legitimamente participante dos procedimentos democráticos, principalmente com a interpretação substancial da Constituição, surge uma disputa que Dworkin afirma envolver uma definição moral de democracia. Isso tudo porque a tangente entre legislar e aplicar o direito, entre as funções típicas do legislador e do julgador, apenas poder ser desenhada levando-se em conta os princípios que demandam interpretação moral (NIGRO, 2012, p. 164), consoante o que aponta Cappelletti:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda a interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade do juiz. (CAPPELLETTI, 1993, p. 42).

Dworkin ressalva, é verdade, que a sua teoria da decisão judicial transfere ao juiz maior poder que o positivismo, destacando que ela seria recomendável quando estivéssemos certos do desejo de que os juízes, mais que os legisladores, tivessem este poder (DWORKIN, 2002, p. 553).

Em suma, para Dworkin não se pode separar direito e moral, sendo que os princípios não nascem com a legislação, ou seja, não necessitam estar positivados. O seu

pensamento destaca-se, sobretudo, pela proposta do que se convencionou denominar de leitura moral da Constituição, partindo-se da premissa de que o ordenamento jurídico não está calcado exclusivamente nas leis postas, mas vai além, detendo valores morais e valorativos que o integram. Ao se interpretar a Constituição, estes valores devem estar presentes, uma vez que se constituem vinculantes ao juiz no momento em que aplica o direito. (LEAL, 2012, p. 163-164).

O autor busca desenvolver alguns pressupostos interpretativos, com o escopo de justificar que a interpretação no campo jurídico se apresenta como uma atividade criativa, comparando-a, por vezes, a própria interpretação literária, na qual a resposta correta é aquela que atribui o melhor sentido à determinada prática social (LEAL, 2012, p. 165-166). Dworkin defende a atividade judicial de forma substantiva, moral, objetivando transformar o que, historicamente, é considerado uma desvantagem, em um atributo potencial da democracia nas sociedades complexas (LEAL, 2012, p. 176).

Disso é possível vislumbrar que “o modelo proposto por Dworkin não é, de todo, oposto ao de Habermas, pois ambos são defensores de uma participação política da cidadania, da qual possam eclodir os procedimentos discursivos de decisão legitimamente identificados com a preservação dos direitos e garantias fundamentais.” (GÓES, 2011, p. 339). Assim, tenta-se, neste trabalho, estabelecer um diálogo entre o procedimentalismo e o substancialismo, não como lógicas excludentes, mas complementares e interdependentes (LEAL, 2012, p. 54).

4 UM DIÁLOGO ENTRE PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO COMO LÓGICAS COMPLEMENTARES E INTERDEPENDENTES À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E À GARANTIA DA DEMOCRACIA

A doutrina, historicamente, trata o procedimentalismo e o substancialismo como lógicas excludentes, ou seja, uma *versus* outra, quando, na verdade, é possível se estabelecer um diálogo entre ambas, eis que não são excludentes, mas complementares e interdependentes (LEAL, 2012, p. 201).

Os procedimentalistas aderem à lógica de que à jurisdição constitucional compete exclusivamente o controle dos procedimentos democráticos, objetivado a adequação dos conteúdos e das decisões constitucionais fundamentais, sem imaginar, e até mesmo negando, a possibilidade de vinculação entre os aspectos processual e material (LEAL, 2012, p. 201).

Os substancialistas, por sua vez, inclinam-se a esquecer ou rebaixar a um segundo plano os aspectos procedimentais, os quais, frente à incomensurável missão de caráter teleológico guardada aos Tribunais Constitucionais no tocante à realização dos valores e dos conteúdos da Constituição, são suplantados ou têm os seus desvirtuamentos compensados e sobrepujados por uma imagem salvadora da atuação jurisdicional (LEAL, 2012, p. 201).

Assim, é necessário ter em mente que a atuação legítima dos Tribunais Constitucionais não passa por um caminho excludente, alternante, mas congruente, eis que, diante de um Estado Democrático de Direito, a legitimidade não dispensa os aspectos formais, tampouco os materiais (LEAL, 2012, p. 201-202).

Dessa forma, reduzir a atuação do Judiciário, crendo que, exclusivamente em espaços públicos garantidores do debate tocante às questões sociais relevantes, é possível

filtrar a influência que a sociedade exerce sobre o Legislativo e, a partir disso, estruturar a proteção aos direitos fundamentais é imaginar que o princípio democrático se satisfaz, simplesmente, com a proteção aos direitos entendidos legítimos pela maioria (GÓES, 2011, p. 340).

Por outro lado, uma atuação exclusivamente substancialista, voltada à satisfação de direitos de forma unilateral por juízes e tribunais, em uma manifesta atuação ativista, poderia criar uma oligarquia togada, pondo em risco os princípios democráticos do Estado Republicano (GÓES, 2011, p. 340).

De toda a sorte, mesmo que sejam inúmeras as críticas à atuação contemporânea do Judiciário a história tem demonstrado que não há Estado Democrático de Direito sem uma jurisdição efetiva, atentando para os ideais de justiça constitucional, pois a esta cabe à concretização, que se realiza mediante a interpretação de dispositivos muitas vezes principiológicos, com elevada carga valorativa (BITENCOURT; LEAL, 2010, p. 316).

O importante neste aspecto é que tanto o procedimentalismo de Habermas quanto o substancialismo de Dworkin reconhecem a abertura e a indeterminação do conteúdo da Constituição (LEAL, 2012, p. 95). Assim, é possível vislumbrar a possibilidade de “[...] uma postura procedimentalista preocupada com a tutela substantiva de direitos, a especial maneira de prover-se uma saída para a legitimidade das decisões judiciais.” (GÓES, 2011, p. 340).

A vinculação entre as correntes é reforçada pelo fato de que o próprio exercício de procedimentos e competências conduz necessariamente a uma leitura moral e valorativa, principalmente porque os conceitos à operacionalização destes elementos só existirão se forem lidos partindo-se de algum lugar. Por consequência, em dado contexto, por exemplo, a ideia de participação política e de representação, tal qual a própria noção de democracia, somente será compreendida ou operada caso restem claros os seus pressupostos (LEAL, 2012, p. 202).

Com efeito, esses elementos encontram-se em um campo de modo tipicamente substantivo, o que demonstra a indissociabilidade entre o procedimentalismo e o substancialismo (LEAL, 2012, p. 202). Dito em outras palavras, o “processo democrático é processo com participação efetiva das partes, mas com vistas a fazer prevalecer toda a carga substantiva inerente aos direitos fundamentais.” (GÓES, 2011, p. 336).

Assim, não há como imaginar uma participação democrática, sem ter como premissa básica, como ponto de partida não exclusivamente a liberdade e manifestação individual pura e simples, idealizadas por Habermas, mas, principalmente, a garantia dos direitos que são fundamentais, os quais representam o cerne das garantias do próprio Estado Constitucional e Democrático de Direito, idealizado por Dworkin (GÓES, 2011, p. 336).

Diante disso, instrumentos que não contenham fins ou certa face teleológica se demonstram vazios, uma vez que, como a própria essência do termo “instrumento” revela, se constituem em uma ferramenta à realização de algo. Destarte, da mesma forma, não podem, os procedimentos democráticos e a participação cidadã, serem tidos como um fim em si mesmo, necessitando, pois, sob pena de esvaziarem o seu sentido, uma fusão com determinados conteúdos materiais e valorativos (LEAL, 2012, p. 202).

Tem-se, então, que a jurisdição deve contextualizar-se ao princípio democrático, não apenas em seu sentido formal, mas também material, pois a aura democrática deve residir sobre o conteúdo do papel desenhado à sua atuação. Dito em outras palavras, esta deve preocupar-se, pela democracia, em garantir os direitos fundamentais para que todos de fato os tenham, sendo esse o objetivo maior da democracia em seu campo substancial (GÓES, 2011, p. 338).

Ely expõe que há a possibilidade de falha no modelo representativo de democracia. Este, quando falha, desencadeia uma rejeição preconceituosa em reconhecer uma comunidade de interesses, negando a uma minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros setores. Para o autor, quando assim for, a Corte Constitucional tem o dever de agir. (ELY, 2010, p. 136-137).

Portanto, se ambos os pontos são fundamentais à própria existência da democracia, quais sejam, a participação efetiva da cidadania por meio de procedimentos e os conteúdos materiais e até valorativos, ambos necessitam de guarda, devendo constituir-se em objeto de apreciação das Cortes Constitucionais, principalmente se for considerado que o principal vínculo entre eles está no compromisso tanto à Constituição quanto à democracia (LEAL, 2012, p. 202).

Por fim, diante do apresentado, é possível afirmar que tanto o procedimentalismo de Habermas quanto o substancialismo de Dworkin não apenas são conciliáveis, não sendo, pois, correntes excludentes, mas também interdependentes, cada uma tendo seus pontos específicos ao aprimoramento democrático, razão pela qual a lógica procedimentalismo *versus* substancialismo deve ser encarada como procedimentalismo e substancialismo.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é necessário, antes de tudo, ressaltar que o debate entre o procedimentalismo e o substancialismo permite maior aprofundamento, necessitando-se, sempre, adequá-los ao respectivo sistema jurídico de cada Estado, além da realidade sociocultural em que se desenvolve. Ao que se propôs este ensaio, porém, foi possível perceber as características próprias de cada corrente e as contribuições que ambas podem dar à jurisdição constitucional e ao aperfeiçoamento democrático.

A jurisdição constitucional não se desenvolve apartada da própria noção de democracia, assim como a interpretação constitucional não se faz exclusivamente calcada em aspectos formais, mas necessariamente, também em aspectos materiais. Isso tudo, para o próprio fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Há de se ter em mente que nem sempre existem, tal qual idealizadas por Habermas, a consciência cidadã e a perfeição dos procedimentos democráticos, restando, muitas vezes, as minorias desamparadas por não estarem abarcadas pela vontade majoritária. Diante disso, resta a pergunta: como sobreviveriam estas minorias se a jurisdição constitucional não realizasse uma interpretação substancial e valorativa do texto constitucional?

Por outro lado, há de se reconhecer que uma apreciação desmedida no campo interpretativo descambaria ao ativismo judicial desmedido, rechaçado e patológico ao próprio Estado Democrático de Direito, distorcido e diferente do processo salutar de judi-

cialização da política idealizado por Dworkin, pois se correria o risco de instituir-se uma oligarquia togada, sob os auspícios “do poder da caneta” e o sonho da efetivação de direitos a qualquer custo.

Assim sendo, resta claro que não se trata de tudo ou nada, de substancialismo ou procedimentalismo, mas de se aplicar, no sistema brasileiro, as contribuições de ambas as correntes, de modo que se tenha um diálogo conciliador entre estas duas lógicas, eis que não são excludentes, mas interdependentes, pois não se pode dispensar os procedimentos democráticos, bem como, no exercício da função jurisdicional, não se pode abdicar de uma tutela substancial à concretização de direitos.

Como já se expos, tanto Habermas quanto Dworkin acreditam que o ideal democrático parte de uma sociedade integrada por atores em igual liberdade e igualdade. Ocorre que, enquanto o primeiro acredita que, para a consecução democrática, bastaria à fixação e o respeito às condições procedimentais, o segundo sustenta que não há democracia sem uma leitura substantiva da Constituição, traduzida no tratamento de igual consideração e respeito à pessoa humana, sem o qual não há a possibilidade de efetivação democrática dos direitos.

Por derradeiro, é necessário reafirmar a necessidade dos procedimentos democráticos, principalmente com a abertura de arenas propícias à participação popular e o efetivo exercício da cidadania, mas também é imperioso que se tenha, principalmente quando houver dano aos direitos das minorias e omissão dos demais Poderes na efetivação dos direitos fundamentais, que o Judiciário exerça seu papel de Guardião da Constituição, o qual passa, necessariamente pela tutela substancial destes direitos, e que, de forma alguma, coloca em risco os ideais democráticos e a harmonia entre os Poderes.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006.
- APPIO, Eduardo. Ronald Dworkin e o ativismo judicial. *Jornal Carta Forense*. abr. 2013.
- BITENCOURT, Caroline Muller; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A função e a legitimidade do Poder Judiciário no Constitucionalismo democrático: um ativismo necessário? In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *As Políticas Públicas no Constitucionalismo Contemporâneo*. t. 2. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2. ed. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.
- GÓES, Ricardo Tinoco. Jurisdição Democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. *Revista Direito e Liberdade*, Natal: ESMARN, v. 13, n. 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. 1.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. 2.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática - Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La indución de políticas públicas por los tribunales constitucionales y por los tribunales internacionales: judicialización x activismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas*. t. 12. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012.
- LOURENÇO NETO, Sydenhan; LOURENÇO, Ana Cristina de Mello Pimentel. Judicialização da política e politização da justiça, o novo papel do judiciário na democracia. *Anais do XIV Congresso Brasileiro de Sociologia*. Rio de Janeiro: SBS, 2009. Disponível em: <http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=3275&Itemid=171> . Acesso em: 5 jul. 13.
- NIGRO, Rachel. A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 41, 2012.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz; STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo. Ulisses e o Canto das Sereias: Sobre Ativismos Judiciais e os Perigos da Instauração de um “Terceiro Turno da Constituinte”. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 2, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/62/32>>. Acesso em: 5 jul. 13.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, 2003.
- TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, 2007.

A LONGA ESPERA DE PENÉLOPE: ENSAIO LIGEIRO SOBRE O LENTO DIREITO PRIVADO, ESTADO SOCIAL E CONSTITUIÇÃO

Ricardo Aronne*

1 PENÉLOPE DE ÍTACA

Quando surgiu àquilo que logramos “reconhecer” como Direito Civil, legislativamente estruturado, funcionalmente delineado e ontologicamente arquitetado, o ocidente judaico-cristão assistia aos primeiros passos do Estado Moderno. Um *locus* politico-econômico, onde seus destinatários, recém alforriados da condição vassálica pelo novo *status* de cidadão, passam a aguardar a realização de um conjunto de promessas forjadas no Iluminismo, que servira de combustível às revoluções liberais.

A descoberta de um novo continente econômico, repleto de promessas de liberdade e igualdade, jogou a Europa em um oceano de mudanças, cuja travessia pode ser contada ao longo da respectiva Modernidade. O Direito Privado ocupa um espaço privilegiado nessa narrativa, ao colonizar o espaço jurídico substancial daquilo que se projetou como o campo das titularidades, do tráfego jurídico e dos projetos parentais. Desde então, o Direito Civil tradicional se arrogava capacitado a protagonizar a vida qualificada (Agamben), em detrimento dos espaços marginais (à margem, literalmente) e seus sujeitados sujeitos, alijada para um limbo jurídico. Invisibilizada.

Um espaço *outsider*, cujas promessas de integração nunca deixaram de admoestar. Um espaço de extensa exclusão da sociedade (BAUMAN, 1998), que sempre se pôs a espera de que as promessas pelas quais lutaram, sangraram, morreram e viram partir nessa jornada de transição, retornassem e se concretizassem nos campos insulares do vazio jurídico.

Postaram-se qual Penélope em Ítaca. Entregando àquilo que amava e tinha consigo, Ulisses, seu esposo, para que fosse lutar em Troia ao lado das nações gregas, sob o comando de Esparta. Àquilo que lhe era caro e que Agamenon lhe prometera devolver, assim que os troianos sucumbissem. Como a turba que se tornara povo, diante de um contrato social (ROUSSEAU, 2005) prometido, que lhes devolveria em cidadania os direitos entregues.

Findaram as revoluções e instalara-se o liberalismo, iniciando sua profilaxia monárquica cuja restauração não pôde reverter, e o povo seguia qual Penélope, contando os anos sem que Ulisses despontasse no horizonte, após a derrota de Troia. As revoluções e promessas dos diversos socialismos de estado, pareciam as difusas notícias que chegavam à Ítaca, sem importar nas velas de Ulisses no horizonte.

A emergência do Estado Social, edificado pelo compromisso contemporâneo traduzido nos Direitos Fundamentais, se mostrou como os sinais da chegada aguardada. Dessa real cidadania, não mais virtualizada em promessas desmentidas por leis e tribunais. Penélope se prepara por tão esperado momento desde 1988, no que diz respeito a terra

* Pós-doutor em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná; Doutor em Direito Civil e Sociedade pela Universidade Federal do Paraná; Professor Titular dos Programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Paraná; Rua XV de Novembro, 1299, Centro, 80060-000, Curitiba, Paraná, Brasil; contato@ricardoaronne.com.br

brasilis. Com a redemocratização de então, iniciou-se a concretização dessa inclusão, no berço desse novo compromisso do Direito Civil com os Direitos Fundamentais, alinhado naquilo que logrou-se denominar Direito Civil-Constitucional, em verdadeiro contraponto ao Direito Civil clássico, encastelado na dogmática tradicional.

Terá Penélope, realmente, reencontrado Ulisses, ou diferente do que conta Homero (1981), àquele recebido com certa desconfiança efetivamente não era quem se dizia ser? Para enfrentar essa questão, se faz necessário perceber a jornada em que se lançou tal viajante, em busca de elucidar se o discurso provém do rei ou de um estrangeiro. Deconstruir, portanto, essa cartografia da escritura posta no discurso jurídico-privado, em busca dos reais valores que tutela e concretiza.

Em favor dessa compreensividade, será perseguido um ensaio, nos moldes propostos por Adorno (1985), entrecortado qual a semiótica de um videoclipe, forte de imagens no contexto de cenas rápidas, equiparáveis à moldura da estrutura platônica dialogal entremeada pelo uso de metáforas para iluminar o pensamento vertido, em detrimento das usuais citações de referência. Segue um amplo referencial bibliográfico.

É, portanto, um diálogo de hospitalidade com as aplicações do Caos Quântico no Direito Civil-Constitucional brasileiro contemporâneo no sentido que vêm sendo proposto nas linhas de pesquisa do Prisma junto à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul desde o início do século. Não um embate teórico entre escolas hostis entre si.

Aqui, talvez, resida o primeiro paradoxo dessa percepção. E ele é paradigmático. Pois trata-se de um pensamento onde a desconstrução constitui epiderme, cuja perspectiva crítica lhe tatua, para operar com a Teoria dos Sistemas, nos braços da Teoria da Complexidade embalada pela Teoria do Discurso. Gize-se também, sem remarcos estruturalistas. E mais, não obstante o positivismo atuar uma nêmesis para a retórica pontual do fio condutor - quiçá pela influência frankfurtiana imanente aos olhares lúcidos do século XX, ainda presente e recente -, por incorporar a incerteza e a ambiguidade dialógica, os questionamentos positivistas e behavioristas não guardam sequer sentido em um paradigma que, não obstante os compreende, absolve e absorve.

E também, entre muitas questões paradoxais que se espiralam pelo texto, poder-se-ia perceber o que resulta proposto como uma sofisticada e refinada Teoria Geral para o Direito Civil, com fundamento na Constituição, para a Pós-Modernidade jurídica ser possível, ou não.

2 RUMO A TROIA

A promessa da conquista Grega de Troia deriva do enlace entre Paris e Helena. A fuga traz a justificativa que Agamenon tanto sonhara, presentificada na dor de Menelau. Esse ponto da narrativa heroica, facilmente corresponderia a emergência jusnaturalista da Renascença, que viria a desaguar no jusracionalismo do Iluminismo, cujos desdobramentos pontuam como o desembarque dos Oplithas em Troia. A derrota dos heróis troianos por Aquiles parificaria com o episódio da bastilha, e sua perda aos anos de terror que se seguiram à Revolução. Mas a verdadeira derrota de Troia, não é fruto direto da força. É a

vitória do intelecto, como os mais elevados mantras da razão iluminista, sobre a força. E seu grande protagonista é Ulisses.

A solidificação do Direito pela encarnação da Lei, somente ganha sentido após a morte de Deus (NIETZSCHE, 1978). Só tem espaço no tempo da Modernidade que encampou o desafio de dar vida ao projeto do Iluminismo. O Código Civil é a mais plena demonstração disso. Aqui se pode perceber quando Odisseu sugere o estratagema para tomar Troia.

É na Modernidade Sólida, em especial no século XIX, que a razão toma corpo social no Ocidente. Passa a ser naturalizada. As pessoas passam a ter designações nominais distintivas e números. As crianças vão para as escolas, estudar em grades regulares de disciplinas, para discipliná-las e prepará-las para a Sociedade/Mercado. Os números arábicos se disseminam em detrimento dos romanos, diante das necessidades desse novo tempo. A Família, ora delimitada qual o Contrato e a Propriedade Privada, é uma novidade que chega com a Família Mononuclear burguesa, em contraste com a anterior Grande Família. O Código regulando o mundo privado, cujas rédeas ficam nas mãos racionais do Mercado que inicia uma selvagem industrialização de todos seus setores. Uma biografia determinista da vida, segundo os quadros da moral burguesa oitocentista, decantada nos personagens do marido, proprietário, contratante e testador. Do Homem para o Sujeito de Direito.

Imerso no Racionalismo que imanta a percepção do Direito enquanto uma das jovens ciências que despontam, dando-lhe a condição de verdade nesse mundo em trânsito, em ruptura com as tradições, na irrefletida homenagem ao progresso anunciado pela Revolução Científica. O Direito Civil se veste com o brilho da certeza, ostentando a armadura da codificação. Perdera qualquer flexibilidade, na crença da segurança, mesmo que pelo preço da inércia.

O constitucionalismo moderno, então na infância, acredita ter encontrado o real amuleto contra o Leviatã na conjugação dos Direitos Fundamentais nascentes, as liberdades públicas, com a Teoria dos Freios e Contrapesos, na qual investe a estrutura tripartite de Estado, concebida por Montesquieu (1995). Os Gregos parecem marchar triunfantes pelas ruas da cidade de Troia.

Completude, Certeza e Coerência são as promessas das codificações para as paranoicas sociedades modernas, sedentas de segurança e alimentadas por um determinismo esquisóide que lhes impulsiona. Esse é o caldo ôntico primordial ao Direito Civil tradicional e seus códigos.

O Direito é a Lei, o Direito Civil, portanto, o Código Civil. Iluminado pela razão, hipertrofiada pelo horizonte da completude, assentado nos tijolos positivistas das escolas da Modernidade Sólida, em especial a Escola da Exegese e a Pandectista, atravessou o Século das Luzes resistindo aos muitos assaltos da vida real. Entre a vida nua e a vida qualificada.

A mecânica desse sistema se assenta no princípio formal da não-contradição, interna ao conjunto das regras codificadas no enrigecido *Code* de 1803, ou no ligeiramente flexibilizado *BGB* de 1894, elastecido por uma parte geral, cláusulas-gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que enriquecem esse modelo com o fito de resistir melhor ao tempo, em sua pretensão de perenidade.

Os direitos fundamentais concorrem também para manutenção dessa estrutura, garantindo que o Leviatã fique sedado, imune e inerte diante das pressões da realidade

econômico-social sobre as muralhas do projeto iluminista; afirmando o credo da codificação como Constituição do Homem Privado. Se resumem as liberdades negativas que arrola, moduláveis e restringíveis tão somente diante da mítica autonomia de vontade, vivida no campo fetichista da autonomia privada.

O Direito Civil começava a se instalar como um sistema e sua importância tatuar todos os demais recantos do Estado Moderno. O Código se inscrevia como o instrumento substancial das promessas que esse novo mundo apresentava aos seus *players*. Importa perquirir como isso é proposto e como a Teoria Geral pode operar uma navalha jurídica nas veias da sociedade, no sempre axiológico campo de sentidos do Direito enquanto projeto político.

Com o Código, o Direito Privado se institui como um sistema fechado, formado por regras destinadas a instituir uma racionalidade disciplinar e purista, tida por refinada aos padrões do cientificismo crescente e decantada dos mundanos valores, instituídos apátridas pelo catecismo positivista.

A doutrina, que nasce, cria a Academia que a justifica e nela se justifica, para legitimar seus ecos, em ruptura às predecessoras tradições. É a Igreja dessa nova religião, paradoxalmente iluminista e secular, com seus pastores, dogmas e ritos para mostrar o caminho aos leigos e iniciar os neófitos. Novos Doutores para uma nova Igreja, repleta de novas verdades. E um novo Index... Novas fogueiras para homens e livros... Uma geografia da verdade.

As notícias em Ítaca são alvissareiras para Penélope, parece que sua espera vai acabar; Troia caíra, Ulisses deve retornar logo, como prometido.

3 O CAVALO DE TROIA

Como antecipado desde as primeiras linhas dessa narrativa, a desconstrução tem substancial contribuição para desvelar a identidade do sedizente Rei de Ítaca. Importante sua operação, aplicada aqui à *ratio* do discurso jurídico-privado e na análise das ambivalências que promove.

Para o mercado funcionar, segundo a percepção mecanicista em processo de afirmação, é necessária segurança. Essa é resultado de um caldo fluído e complexo, cozido no paradigmático fogo da cultura, especialmente no imaginário promovido pelos novos mitos. O revolucionário individualismo é um ingrediente fundamental, que passa a se instalar no cerne das instituições e caracterizar o contrato, a família e, em especial, a propriedade. Estes são o alfa e o omega da vida burguesa privada, de inflada jurisdicção e centralizadora das atenções do Código.

O Estado Moderno opera, disciplinarmente, seu papel no novo mundo relógio. Dissecado e especializado pela Teoria Tripartite, já não apresenta os riscos do antigo Leviatã ameaçador, diante dos freios e contrapesos que o imobilizam. Para garantir seu isolamento do Mercado, os direitos fundamentais que inauguram o Liberalismo Econômico se instalam entre o Público e o Privado. Um oceano entre os novos continentes jurídicos, em detrimento da pangéia havida até os estertores do *ancient regim*.

O positivismo exegético e, posteriormente, pandectista, exerce um papel definitivo nessa paisagem determinista da Modernidade Sólida, que inicia seu projeto de fundamento mecanicista e matrizes newtonianas. Determinismo. O Direito Civil é pensado como um relógio de engrenagens precisas. Completamente imerso nos paradigmas que atravessariam o Século das Luzes. Ação e Reação. Descrição e Previsão. Controle de causas para regular os efeitos de todo e qualquer fenômeno descrito nos campos cada vez mais especializados das novas ciências. Coerência, certeza e completude instituem-se mutuamente como cânones do instrumento mais insinuante e representativo desse novo mundo burguês. A codificação.

Tudo isso integra o corpo social da razão moderna, solidificando o projeto iluminista de vida. As pessoas, transmutadas em cidadãos passam a ter designações precisas, números de identificação, certidões garantidoras da vida e da morte, registros de cada passo do desenvolvimento desses novos indivíduos, apartados de qualquer interdependência e objetivados pelas reduções e avatares desse novo tempo que devora os espaços ocupados pelo velho modo de vida e produção.

O mundo privado, agora ancorado no contrato, família e propriedade, mediante uma profunda acepcia dos valores, tidos por irracionais pelo positivismo emergente e assim afirmados até o pós-guerra, nos estertores da Modernidade Tardia. Aqui se encontra um Cavalo de Troia dentro do Cavalo de Troia. E o preço disso, foi alto.

O Código implementa um sistema fechado e formal de regras, tendo a relação jurídica patrimonial por *gatekeeping* desse universo recente, estranho e que passa a sedimentar um exótico discurso de naturalização de suas premissas e fundamentos.

Uma hipertrofia de liberdades negativas, tributável à imolação das liberdades positivas no altar da segurança jurídica, conducentes a concentração das riquezas e distribuição de misérias. Uma matemática injusta, formalmente assentada nos ideais oitocentistas. Os anos se passavam sem que as promessas se realizassem... Ulisses não voltara para casa e Troia, já sucumbira há muito. O Contrato-Social, não realizara as promessas que trazia, para larga esfera da população. O Estado Moderno substituiu uma aristocracia do sangue, por uma aristocracia do capital.

Seu inevitável fracasso, enquanto projeto político-econômico, importou em forte guinada de sentidos de seus fins e de seus meios. Com a emergência do intervencionismo (aqui tomado em condição mais *latu*), o Estado Mínimo caracterizador da Modernidade Sólida vai cedendo lugar para uma percepção curialmente distinta do anterior voluntarismo da selvageria liberal-burguesa. Odisseu partira de Troia, mas sua nau não aportara em Ítaca.

O próprio constitucionalismo, já adolescente, singra inexplorados mares abertos pela nova dimensão dos direitos fundamentais, que imprimem feições muito distintas aos mecanismos estatais e de mercado. É a emergência dos direitos sociais, arrostando, paradoxalmente, o Público para dentro do Privado.

Distintamente do modelo liberal anterior, esse novo constitucionalismo intervencionista e dirigente, para além da organização formal do estado, amplia o espectro material dos direitos fundamentais e suas garantias passando a regular diretamente as relações de mercado, através de um novo momento dessas novas cartas magnas a denominar-se ordem econômica.

O Estado passa, na dicção de Keynes, a lançar sua “mão invisível” sobre o Mercado, em oposição à letargia do modelo anterior, inspirado em Adam-Smith. Mudam os fins. Enquanto o modelo liberal privilegia o *status quo*, agora emerge o bem-comum, imantado pelo direitos sociais exigindo uma nova postura da esfera pública.

Porém, nessa transição de fins, como se operou a transição de meios? O fetiche da certeza, atravessou a modernidade inteira e sempre teve a Lei, na perspectiva iluminista, como seu obelisco. Em certa medida, com a transição da Modernidade Tardia com os ecos do relativismo, amplificados no despertar de certos sonhos iluministas feridos por Nietzsche, Freud e Einstein, provocou novas ondas positivistas e cientificistas, incorporadas por vozes que vão de Lombroso a Kelsen, absorvidos por delirantes racionalismos políticos fundamentalistas que tomaram corpo na Europa e se espalharam pelo mundo no século XX.

Do Nazismo ao Fascismo, Trotskismo, Maoísmo, Franquismo, Stalinismo, até os muitos populismos latino-americanos destilaram certezas, números justificativos e argumentos científicos amparando políticas econômicas, raciais, sociais, médicas, educacionais, familiares e nos demais campos da vida civil. Mesmo a América de Roosevelt viveu as mazelas da Lei Seca e se recebeu a Modernidade Líquida, sob a égide do Macartismo.

O instrumento dessas muitas intervenções, a Lei: racional e pura, no recorte entre a vida nua e a vida qualificada. Entre sujeitos e sujeitados. Nunca neutra. Como a Ciência... Não obstante, o discurso de racionalidade agora enraizado na laicização crescente das relações públicas e privadas, encobria ainda mais os valores nas brumas do instrumentalismo formal e servil. Leis não avaliadas por serem boas ou justas. São válidas ou inválidas. Em critérios objetivos. Nada tem valor... E tudo tem um preço... Esse, será liquidado em Nuremberg... Pago, talvez nunca...

Nesse arco histórico, o Direito Civil tradicional sofre seu golpe fatal; aplicado pelo próprio positivismo jurídico, qual Brutus fizera com Júlio César. A piramidificação do Direito serve de túmulo às mumificadas codificações iluministas. Se inicia a progressiva descodificação do Direito Privado. Chega a Era dos Estatutos. Proliferam os microsistemas jurídicos. Essa metástase legislativa foi o câncer da racionalidade dos códigos.

O Intervencionismo inaugurou o furor legislativo do Estado, que desde então não cessou sua sanha normativa. Setores inteiros do Direito Civil são objeto dessa atividade regulatória que passa a varrer todos os campos da vida privada, na garantia do bem-comum ou pelo nascente interesse público. E novas normas se sobrepõem constantemente, sem maiores preocupações posteriores do legislador. Ulisses parece ter chegado as praias buscadas, com o ânimo sendo renovado em seu íntimo.

Chega um tempo incompatível à clareza, certeza e completude que fundamentam todo o espectro de sentido das codificações civis. O Código representa uma idéia insepulta, velada pelos manuais jurídicos zelosos do credo clássico, de um civilismo conservador, vivido em um tempo que não lhes pertence mais.

Percebe-se isso na literatura jurídica séria, das respectivas épocas nacionais, que podem ser representadas respectivamente por duas obras emblemáticas: Os volumes do Código Civil Anotado, de Beviláqua (1912) e, de outra banda, os volumes do Tratado de Direito Privado, de Pontes de Miranda (2012). Indo da *École* e o Código à Teoria Pura e a pluralidade de fontes legislativas.

Em ambos os casos, a simplificação inerente aos modelos fechados e seus sonhos controladores de um engenharia jurídico-social, trouxeram largas mazelas em diversos níveis e promovendo diversas formas totalitárias de poder, do político ao econômico. Tudo amplificado tecnologicamente, do marketing à morte.

Nessa nova métrica positivista, a racionalidade do sistema era garantida por sua racionalidade formal, ainda tributária do princípio lógico da não contradição ora ampliada para um polifacetado ordenamento de sub-sistemas legislativos mais especializados e supostamente minudentes. Chegara a Era da Descodificação, Era dos Estatutos, Fase dos Microsistemas, ou qual o nome que prefira o jaez do leitor.

A *grundnorm* reposicionava a codificação para a planície legislativa, sem qualquer precedência às demais fontes e diante de uma inédita submissão a uma normatividade exógena. O furor legislativo do Estado Intervencionista vai decapando livro por livro da codificação, sem quaisquer pudores, fazendo de matérias inteiras alvo de sua normatividade.

Setores inteiros da codificação sucumbem diante de inúmeras leis especiais, que até hoje não cessam de adentrar o ordenamento jurídico, derogando sagradas instituições canonizadas no *sanctum corpus civilis*.

Os valores seguem banidos por irracionais e os princípios desterrados de positividade e embebidos de um jusnaturalismo que apenas lhes empresta conteúdos retóricos ao discurso jurídico aplicado. Sem patamares de exigibilidade, cogência ou eficácia normativa.

A Modernidade Tardia, ainda tributária da razão iluminista, empresta aos critérios de solução de antinomias e polissemias a condição de ultimo platô de objetividade que o critério jurídico-científico poderia dar. Ou seja, consoante a perspectiva kelseneana, dizer, segundo tais critérios, quais seriam as soluções possíveis na interpretação da norma. Dentre estas, a correta seria uma opção axiológica. Cientificamente arbitrária, portanto descabendo ao Direito dizer se correta ou não. Seria, no dizer de Kelsen (1995), Política do Direito.

Assim, duramente percebera Ulisses, que não chegara a seu destino. Àquelas prais não eram de Ítaca. Ele e sua tripulação estavam em poder de Calipso e perderam a noção do tempo... E Penélope seguia a aguardar... Já sob assédio dos que diziam estar o herói morto...

Com as possibilidades abertas ao totalitarismo, de Getúlio à Hitler, de Perón à Franco, o mundo assistiu a emergência da II Guerra Mundial e o Genocídio. O preço foi avistado em Nuremberg, quando os carrascos nazistas, em uníssono se defendiam alegando o estrito cumprimento da Lei.

Ou essa matemática jurídica se abria aos irreduzíveis diferenciais da Ética, ou o Direito estaria condenado a ser um instrumento da violência e do mal sem nenhum freio civilizatório que não a força. O Direito aprendera que valores, diferente de preços, são inegociáveis. Todos perdemos para isso... Muitos valores, um preço...

4 OS HUMORES DE ULISSES

Seja aqui permitido, para não desfocar o texto em matéria de Teoria Geral do Direito, saltar do pós-guerra para a emergência da proposição de um pensamento tópico-sistemático, nos moldes percebidos por Canaris (1989) e acolhidos com mansidão pelos

juristas, como uma percepção razoável diante das oscilações entre estruturalistas, utilitaristas e funcionalistas.

Da uma sistematização formalmente hierarquizada e piramidalmente fechada de regras, o sistema jurídico passa a uma condição teleológica e materialmente hierarquizada topicamente, de valores, princípios e regras, com diversas densidades normativas, postos em uma rede aberta e axiológica.

Coerente ao Estado Social que instrumentaliza, o sistema jurídico brasileiro que emerge à partir de 1988, toma a própria jurisdição de um platô imperceptível aos modelos classicamente modernos de liberalismo e intervencionismo.

A emergência dos valores, resultantes da experiência do pós-guerra, além de reinstalar discursos que se perderam na solidez moderna, como o dos Direitos Humanos, que ganhou contornos e impulso a partir dos anos 1970 do século XX, em especial na América Latina, colonizada por tirânicas ditaduras requentadas pela Guerra Fria.

No que pertine ao texto, destaca-se a migração dos princípios do direito natural para o direito positivo, a integração dos valores ao sistema e um literal renascer dos direitos fundamentais, que ganham novas dimensões em sua rota para a contemporaneidade.

A normatividade germinal atribuída a Constituição, retira essa do plano residualmente político e lança-a na arena hermenêutica do cotidiano jurídico, mormente no prolapado Direito Privado. Esse papel dirigente lhe atribui a condição de meta a ser realizada pelo Estado e Sociedade, através de seus membros e instituições.

Os direitos fundamentais, imantados pelo desígnio de realização da dignidade da pessoa humana, importam no motor de sentido desse horizonte normativo, implicando diuturnamente na atividade do interprete do direito na atualidade.

O sistema jurídico, em diversos graus de concretude, se institui a partir dos valores, ganhando normatividade em densidade progressiva a partir dos princípios (do estruturante aos especialíssimos), densificando-se nas regras e alcançando a concreticidade das normas individuais. Tudo em potência, na imanência do sistema. Ganha transcendência e sentido, apenas nos casos concretos, através do discurso que o move e procede as hierarquizações axiológicas tópicas, solvendo antinomias, colmatando lacunas e relativizando princípios.

Uma dialógica intersubjetiva cimenta a paradoxal coerência conflitiva da normatividade contemporânea, incompatível com a racionalidade tradicional do positivismo moderno.

A unidade do sistema é axiológica e não mais axiomática, como nos modelos exegeticos, positivistas ou mesmo na ampliação da Teoria Pura. Essa unidade, que rejeita a fragmentação do discurso dos microsistemas, importa na vertência direta dos valores constitucionais, potencializados pelos direitos fundamentais, em todos os recantos do sistema.

Isso se reflete na aplicação do Direito, em todos os recantos do tecido normativo. O núcleo de sentido de tutela das relações de consumo, não deve ser buscado no Código de Defesa do Consumidor. Quando aplica-se as normas consumeiristas, deve ter-se em vista a realização do projeto constitucional que lhe impregna de sentido. O mesmo se dá com o Código Civil, rejeitando-se o discurso das cláusulas gerais, disfarçado de novo mas proveniente do encerramento do século XIX, buscando apropriar o sentido da aplicação do Direito na sociedade do século XXI.

A parte deve refletir o todo, no replicar axiológico que desenha os fractais representativos da jurisprudência brasileira. Esse modelo complexo, refuta a aplicação reducionista dos modelos simplificados de microsistemas. Quando aplica-se o art. 1228 do CCB, é aplicado todo o sistema pela lente do dispositivo. Percebido o Direito como sistema, sua incidência deve ser sistemática. E função social da propriedade, direito fundamental insculpido no art. 5 da Constituição, não pode ser reduzido a mera cláusula geral. Importa até mesmo em retrocesso em matéria de direitos fundamentais, o que é hermenêuticamente apontado como uma interpretação que deve ser descartada. Ou não há, verdadeiramente, um sistema.

5 ARGOS: UNIDADE AXIOLÓGICA, MOBILIDADE, ABERTURA E INTERSUBJETIDADE

Os argonautas são os companheiros de Ulisses. Seus guerreiros e tripulação. Mas a nau, o argos é um elemento importante dessa jornada. Ele vai se modificando em seu curso, ainda que seja a mesma nave que iniciou a jornada. Como isso é possível?

Preservar a coerência material do sistema, para além da formal, é um desafio impossível à racionalidade axiomática moderna, avessa aos valores desde as raízes iluministas e sua neurose em relação a certeza e segurança.

O desafio desse postulado precisa abraçar alguns elementos demasiado estranhos ao mundo linear do racionalismo moderno. Entre eles, se destacam a alteridade e a incerteza, nos sentidos originalmente propostos por Levinas (2006) e Heisenberg (1990), respectivamente na Filosofia e na Física.

Os rudimentos frankfurtianos colhidos na Ética Comunicativa proposta por Habermas (2004), mestiçados com percepções existencialistas de sistema e discurso jurídico capacitam esse platô de “perceptude” crítica, compreendida a “norma” e o “fato” como Escritura, na moldura dinâmica e aberta da desconstrução.

Essa mobilidade é garantida pela axiologia do sistema jurídico em constante respiração com os demais sistemas, em especial o social. A cada interpretação abre-se uma nova sistematização do ordenamento a partir dos valores garantidos no núcleo constitucional, irradiados pela cadeia principiológica até sedimentarem-se nas normas individuais, que se reincorporam ao sistema; tudo isso pronto a ser instado constantemente no processo contínuo de circulação e enraizamento do ordenamento, formação da jurisprudência e edificação da própria juriscidade ou jurisdificação das relações públicas e privadas.

A abertura procede da suficiência do operador à colmatação de lacunas derivada da ausência de regras, sem o recurso arbitrário da neutralidade científica pela normatividade dos princípios e em especial pela vinculação aos valores que passam a inundar o sistema e relativizar o relativismo nos moldes deterministas. A complexidade e interconexão desses sistemas, em camadas dialéticas e superposições dialógicas também oferece uma gama de possibilidades hermenêuticas inimagináveis ao romântico instrumentalismo formal moderno.

A racionalidade intersubjetiva garante a coerência material do sistema em detrimento do engôdo de segurança formal prometida, em cujas entranhas tiranias de todos os tipos prosperaram. Os valores promovem o fibrilar axiológico do ordenamento, ao

sustentarem o conteúdo e conexão das normas em sua constante tensão hermenêutica, conflitual ou antinômica.

O ordenamento positivo princípios em ondas distintas de concreticidade, que promovem seu esclarecimento recíproco, tanto horizontal como especialmente de modo vertical. Do princípio estruturante do ordenamento aos especialíssimos, passando pelos fundamentais, gerais e especiais, se encadeia a aberta rede conflitual de normas que compõe a principiologia do sistema.

Ganhando sentido nos princípios, as regras conformam a cadeia antinômica de normas dessa rede que veste sua maior concreticidade nas normas individuais, repletas da socialidade que constituem os fenômenos jurídicos.

O papel do intérprete é fundamental ao sistema, cuja sistematização depende dele. O interprete fundamenta o sistema através de uma dialógica relação hermenêutica que privilegia seu papel e elimina fundamentalismos formais.

6 DE APOLO A DIONÍSIO

Essa mobilidade e abertura é também um mecanismo de preservação do sistema jurídico diante do corrosivo tornado do tempo, que passava como uma leve brisa quando era concebido o Código Civil. Perceba-se que o transporte, pouco alterou sua tecnologia entre as bigas egípcias e as carruagens da aurora do oitocentismo. Quando a ferrovia irrompe no século XIX, é muito menor o arco em relação ao homem que colocou um veículo na superfície de Marte. Esse era um elemento que os iluministas não podiam prever, ficando de fora do sistema fechado das codificações que corroe por fora e por dentro.

A austeridade vitoriana que embalou a cegueira axiológica do Século das Luzes, não atravessou o século XX, em especial com progressiva instanciação, tribalização e fragmentação das sociedades ocidentais, paradoxalmente potencializada pela mundialização da cultura. Paradoxalmente, pode emergir um novo golpe aos valores no Direito, nesse horizonte de sua socialidade e complexidade intrínseca.

Quando Freud legou para a civilização a primeira obra de Psicanálise Social, debruçava-se sobre a sociedade europeia do início do século XX. Imperavam os valores burgueses retratados na codificação, biografários dos ideais de marido, contratante e testador, desconsiderando a mulher (o não homem) como sujeito e lançando-a ao sujeitamento, como aos demais “não-algo-relevante” dentre esses *homo percipiens* idealizados pelo Liberalismo Clássico.

O século XX foi irresistível às muralhas do vida burguesa, bombardeando a narrativa de mundo plano com valores muito plurais, fazendo suas paredes ruirem. O elo econômico, dessa não-linear cadeia de eventos, desde logo é encadeado por uma série de rupturas providas da Modernidade.

O primeiro se inicia com uma revolução aberta com o esforço militar no período das grandes guerras. Lares precisavam ser mantidos e o *front* abastecido de uma série de equipamentos, demandando intensamente mão-de-obra em um momento onde os homens estavam lutando.

As razões da eclosão dos conflitos mundiais, se enraizam no Modernidade; em especial no esboço dos mercados internacionais, desenhado com a decadência do colonialismo em favor dos imperialismos econômicos e culturais. A tecnologia militar latente, mortalmente superior ao século XIX, levando a guerra, dos campos de batalha aberto para as trincheiras, também é um fator de peso, quando se conjuga com desequilíbrio econômico.

Essa mulher, da trajetória traçada entre a camponesa e a proletária, aprendeu o valor revolucionário do amor, através da poesia e do romance que o consolidaram ao longo do século anterior. Ela não queria apenas casar e ter um lar, ela sonhava em ser feliz e viver um grande amor, repleto de paixão e encantamento.

O encontro desse mar de historicidades fenomenológicas projetou as revoluções feministas, que são um marco importante desse vislumbre cujo texto guarda papel de Virgílio, como na obra de Dante.

Essa geração feminina que embalará muitos berços *baby boomers*, acreditava que seu marido não tinha que ter amor em casa e sexo na rua. A felicidade viria em um pacote completo ou então deveria ser buscada. Iniciam as lutas pelo divórcio e pela independência econômica das mulheres, com notáveis batalhas pelo equilíbrio no mercado.

Os Panteras Negras, logo aos anos 60 do mesmo século, marcam o início dos muitos movimentos raciais por direitos civis. Na mesma década os homossexuais marcam seu papel protagonista na luta pelos direitos das minorias.

Os Direitos Humanos, que amplificam os ecos de todos esses movimentos (que não se esvaziaram até hoje), busca ampliar a gama de excluídos do *stablishment* a ter voz no sistema jurídico, para equilibrar suas muitas vulnerabilidades.

Outra fissura irrompe nos movimentos dessa rica década de 60, do qual a cultura tupiniquim restou um pouco alijada pelo isolamento relativo, fruto da Ditadura Militar e suas diversas mazelas. Essa, golpeia a racionalidade clássica, já curvada nas Ciências Exatas, sacudindo até mesmo a promessa civilizatória de futuro que estriba o credo moderno, em especial dentre as falsas garantias deterministas.

É percebido que a ciência e a tecnologia podem promover um pesadelo. Que a mesma razão que discursa a paz, pode promover o Genocídio. Que o progresso não é necessariamente civilizatório e capaz de erradicar o mal. A Era da Razão encaminhava-se para o fim, enquanto a humanidade lidava com a ameaça concreta de uma guerra nuclear encerrando seus dias.

Esse homem plural e complexo que cruzava a Modernidade Líquida, era irreconhecível aos seus ancestrais biografados no Code e lançava os embriões da condição que se instalaria na Pós-Modernidade próxima.

A descoberta do anticoncepcional promove outra revolução nos costumes e na família, engrossando o caldo da contra-cultura que começa a desenvolver-se como um movimento próprio. Uma realidade quase xamânica se introduz na relação da sociedade dos anos 60 com as drogas. As Universidades voltam seus estudos para as mais diversas formas de drogas alucinógenas, inclusive as sintéticas. Isso toca a música e se conjuga à todos demais influxos no movimento Hippie.

Woodstock e Ilha de Wright realizam históricos festivais de rock, onde as pessoas passam, sem qualquer organização, estrutura, conforto, segurança, higiene ou mesmo

roupas, apenas fazendo sexo e usando drogas, em meio a um lodaçal no nada e tudo corre sem problemas. É a antítese da proposta de mundo do homem moderno.

Sartre, Foucault, Deleuze, Derrida e Gattari saem pelas ruas de Paris, frente aos estudantes e seguido por diversas classes trabalhadoras, em maio de 1968, enquanto a democracia brasileira adormecia sob o AI-5, gritando palavras de ordem e ostentando cartazes em prol da liberdade individual, sob o bordão “é proibido proibir”.

Esses novos valores se imantavam à ordem social progressivamente, sendo afinal incorporados à ordem jurídica brasileira em 1988, às portas da pós-modernidade que se abria com o fim da polarização do mundo, representada pela queda do Muro de Berlim, na aurora do retomada democrática nacional.

Impossível reduzir a tutela dos indivíduos aos modelos simplificados das arquiteturas jurídicas piramidais ou codificadas modernas. A sufocante segurança do sistema fechado, que se voltara contra a própria sociedade nos estados de direito totalitários que emergiram no século XX e produziram o genocídio é trocada pela liberdade dos projetos de vida.

Pode-se dizer, com certeza, que nunca fomos tão livres na história na humanidade como somos hoje. E isso parece pesar sobre nós, localizando um certo mal-estar pós-moderno na leitura aguda de Bauman (1998), em contraponto à percepção de Freud (2010).

7 INTERVALOS NECESSÁRIOS: NÃO MATEM O MENSAGEIRO

No curso das impulsividades e imoderações do Poder na Antiguidade e Idade Média, sempre foi muito complicado ser portador de más notícias. Não raro o mal humor do Poder se abatia sobre esse arauto.

Denunciar esse divórcio entre o Direito e a segurança jurídica, fetiche moderno que ainda seduz multidões, nem sempre é fácil e ainda soa como um discurso repleto de más augúrios, difícil de ser proferido com tranquilidade.

A operação com a teoria dos princípios é inevitável à estruturação de um Direito includente em uma sociedade aberta e plural, tão diversa como a que é vivida na atualidade.

Essa sociedade está imersa em um tempo liquefeito, cujo curso é muito mais rápido que o tempo da Modernidade e os espaços muito mais reduzidos, nas estruturas do real e do virtual na geografia da contemporaneidade.

A ruptura com os modelos ontológicos e positivistas modernos civilistas é inevitável para a adequação do Direito Privado ao projeto constitucional que passa a imantar-lhe. E somente na emergência de um real Direito Civil-Constitucional, os valores de um Estado Social e Democrático de Direito, no compromisso de seus direitos fundamentais, pode ser verdadeiramente vivido na jurisprudência brasileira, que muito recrudescer em 2002 com o advento do atual Código e suas homenagens hermenêuticas ao passado.

Essa residual “morte”, não representa um fim mas a possibilidade de um novo começo de novos compromissos ao Direito Civil no horizonte de sua despatrimonialização e repersonalização, para a efetiva tutela do ser em detrimento do ter.

A propalada constitucionalização não é formal. Não se trata de Direito Civil regulado na Constituição e a adequação de fora para dentro da disciplina codificada (qual percebe o discurso das cláusulas-gerais). O sistema ganha unidade a partir dos valores

constitucionais. Quando aplica-se um dispositivo codificado, aplica-se todo o sistema pela lente do dispositivo. A parte somente terá sentido no todo.

8 ODISSEU OLHA AS ESTRELAS

Quando parte da ilha de Calipso, Ulisses tinha certeza que retornaria aos braços de Penélope, mas sabia também que àquele que um dia partiu jamais seria o mesmo que voltou. Ainda assim prometera o regresso e, não obstante Poseidon, o cumpriria. Se socorreria, para tanto, dos elementos. Ler os ventos e as estrelas; compreender as marés e as correntes... Padrões... Alguma segurança na imprecise jornada...

O movimento da jurisprudência, portanto, esboça um padrão de trajetória que permeia esse diálogo entre intérprete e sistema, deixando pegadas axiológicas passíveis de serem percebidas e mapeadas.

Esses padrões são fruto da interconexão da malha axiológica do sistema, excitada à qualquer movimento da dança hermenêutica gestora do balé da jurisprudência contemporânea, para além das percepções fenomenológicas ou materialistas históricas.

O discurso é o instrumento de mobilização do sistema e onde se revelam as hierarquizações axiológicas das diferentes densidades normatividades, resolvendo antinomias, colmatando lacunas e procedendo relativizações no curso dessa trajetória ético-comunicativa repleta de intersubjetividade.

Assim o Direito importa em um sistema na sua imanência e um discurso em sua transcendência. O sistema se comporta como onda e o discurso como partícula. Ou seja, o Direito é como a Luz; ora onda para, quando observada, se comportar como partícula. Ambos, intersubjetivamente considerados, informando reciprocamente seu conteúdo.

Para essa discursividade é essencial o elemento humano, consistente no intérprete que sistematiza o sistema jurídico diante dos inputs provindos dos demais sistemas, que também o informam material e formalmente, de forma conjunta ou sucessiva, amplificando a complexidade de sua aplicação.

Assim, o sistema jurídico é complexo, sensível, dinâmico e não-linear. O elemento caótico que o caracteriza, é resultante da sensibilidade do sistema às condições iniciais. A cada vez que essas condições se alteram, se alteram todas as condições do sistema, influenciando o seu sentido de aplicação.

Por trás da aparente desordem jurisprudencial na aplicação do Direito, emerge um padrão a revelar não se tratar de aleatório o motor que impulsiona seus sentidos. A Teoria do Caos é a expressão da vanguarda científica dessa percepção transdisciplinar e complexa de mundo. Agora Ulisses enfrentaria a furia dos deuses com um aliado, com um Titã...

9 MIRANDO ÍTACA

Decorrência da opção por uma sociedade plural, sem a horizontalidade de valores do oitocentismo, chega o outono do provinciano determinismo do civilismo tradicional, em favor da eficácia direta dos direitos fundamentais no Direito Privado, privilegiando uma racionalidade axiológica e complexa, desafiadora do cartesianismo patrocinador das codificações.

Esse não é um território de certezas ou de equilíbrio. A incerteza é o único elemento de certeza no sistema, que o incorpora como riqueza tal qual incorpora a necessidade do erro para o aperfeiçoamento do próprio sistema, em verdade sempre operando em uma arquitetura β . Ele nunca está acabado, aperfeiçoando e renovando-se a cada interpretação.

Certamente poderia e tem potencial, essas proposições, a subsidiarem uma nova Teoria Geral capacitada com plenitude ao Direito Civil Contemporâneo com matrizes críticas e compromissos explícitos com os direitos fundamentais. Mas isso seria realmente novo, ou novo é recusar essa condição e vestir sua mestiçagem ao abraçar a transdisciplinaridade e complexidade com a devida maturidade, em detrimento do juvenil arroubo de uma resposta direta e simples que pode ser antropofágica desde o início?

Esse é o risco de um pandectismo constitucional, empobrecendo todas as possibilidades de um novo paradigma pela escolha de uma nova ontologia para o Direito Civil.

Mas as certezas não devem pertencer a esse texto. Talvez sirvam para alguns construir novas muralhas racionalistas que adormecem seus medos da revolução do amanhã, que aconteceu ontem. Ou não...

Será esse sedizente rei, verdadeiramente, Ulisses? Qual certeza teria Penélope quando, finalmente, o recebeu em sua intimidade? Quem poderia dizer?

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: JZE, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Em Defesa do Projecto de Código Civil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1912.

CANARIS, Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.

FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Cultura*. Porto Alegre ; L&PM, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

HEISENBERG, Werner. *Physics and Philosophy*. London: Penguin Books, 1990.

HOMERO. *Odisséia*. São Paulo: Abril, 1981.

KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. Tradução João B. Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LEVINAS, Emanuel. *Entre Nós - Ensaios sobre a Alteridade*. Petrópolis: Vozes, 2006.

MONTESQUIEU, Secondant du. *O Espírito das Leis*. Brasília, DF: Ed. UnB, 1995.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *O anticristo*. 5. ed. Rio de Janeiro: INCM, 1978.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizadores Alcides Tomasetti Junior e Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

Capítulo II

Desafios eficaciais dos direitos fundamentais sociais

O ABANDONO SOCIOECONÔMICO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

Adriana Maria dos Santos Pertel*
Daury Cesar Fabríz**

Resumo

Trata-se de um estudo sobre os parâmetros estabelecidos pelos postulantes à adoção de crianças e adolescentes, a partir do olhar sociológico, mostrando que a adoção é seletiva, de acordo com as raízes históricas da sociedade brasileira, onde o que está em jogo são os benefícios trazidos aos adotantes e não o melhor interesse da criança, consoante Constituição da República e Estatuto da Criança e do Adolescente. Por esses motivos, o diagnóstico de políticas públicas para as famílias que se encontram excluídas ganha relevância nas sociedades contemporâneas.

Palavras-chave: Adoção. Seletividade. Abandono. Desigualdade Social.

Abstract

It is a study on the parameters set by postulants to the adoption of children and adolescents, from the sociological, showing that the adoption is selective, according to the historical roots of Brazilian society, where what is at stake are the brought benefits to adopters, not the child's best interest, according to the Constitution and the Statute of Children and Adolescents. For these reasons, the diagnosis of public policies for families who are excluded gains relevance in contemporary societies.

Keywords: Adoption. Selectivity. Abandonment. Social inequality.

1 INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios da humanidade no século XXI é o combate ao abandono de crianças e adolescentes presente em nossa sociedade. A todo momento, a atual organização socioeconômica condiciona os sujeitos a disputarem posições hierárquicas em relação ao outro, este condicionamento deriva do capitalismo moderno. O poder econômico associado ao progresso tecnológico e científico favoreceu o distanciamento do indivíduo à integração-social, conseqüentemente, certos fenômenos sociais tornam-se invisíveis para uma determinada coletividade. É inegavelmente importante enfatizar que, o indivíduo contemporâneo está voltado para seus próprios interesses e preferências. Partindo desta realidade social nos deparamos com um processo de exclusão e marginalização de crianças e adolescentes abandonadas em nosso país, entregues a própria sorte em abrigos e nas ruas das grandes cidades.

* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória. Advogada.

** Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador e Professor do PPGD da Faculdade de Direito de Vitória-FDV. Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Sociólogo. Advogado.

Nesse contexto, pretende-se verificar como e por que ocorre o abandono de crianças e adolescentes, que se torna um fenômeno “natural” na atualidade.

A escolha deste tema surgiu após verificar que a demora na fila de espera para adoção de crianças e adolescentes, em grande parte é devido aos parâmetros impostos pelos postulantes.

Questão relevante, ainda, é diagnosticar, através da pesquisa realizada pelo IPEA, as causas que levam a exclusão social de crianças e adolescentes, privados de condições mínimas de dignidade e cidadania. Direitos esses assegurados constitucionalmente no artigo 227 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ressaltamos que, é dever não somente da família, mas também do Estado e da Sociedade dar prioridade para que crianças e adolescentes tenham o direito da convivência familiar e comunitária. Além disso, é dever também das duas instituições supracitadas, colocá-los a salvo de toda negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão garantindo-lhes o direito de crescer e se desenvolverem num ambiente de amor e compreensão.

Este trabalho é uma análise sociológica que utilizará a leitura do diagnóstico do abandono de crianças e adolescentes em abrigos no nosso país, apresentado nas pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no ano de 2003 pela pesquisadora Enid Rocha Andrade e Silva.

Ressalta-se que pelas informações obtidas através do setor de Comunicação do Instituto supracitado, não houve nenhuma outra pesquisa sobre o tema ora investigado, inclusive fora questionado à Assessoria da Comissão de Direitos Humanos, em Brasília, se existia novas pesquisas, o qual foi dito que a última pesquisa que possuíam era a realizada pelo IPEA no ano de 2003.

Nesse particular, percebe-se que determinados assuntos são preocupações de poucos, principalmente no que diz respeito à área da Ciência do Direito. Pode-se citar como exemplo a não formação de profissionais para atuarem nas Varas da Infância e Juventude.

Além disso, pesquisar esta temática possibilitou-nos um novo olhar frente ao abandono de crianças e adolescentes no Brasil, ou seja, a maioria que se encontram nos abrigos possui de alguma forma vínculo com sua família biológica, portanto o poder familiar não foi destituído, conseqüentemente estas crianças e adolescentes estão impossibilitadas de participarem do processo de adoção por famílias substitutas, entretanto as que estão aptas, para a adoção sofrem com as escolhas seletivas dos adotantes, conforme dados apresentados na página 11.

O assunto nos permitiu pensar em buscar alternativas, através de políticas públicas direcionadas, para as famílias com baixa renda contribuindo, dessa forma para a diminuição do abandono das pessoas em desenvolvimento, bem como diagnosticar que o clientelismo e o assistencialismo historicamente praticado em nossa sociedade corroboram com o aumento da desigualdade social, que se apresenta como um dos fatores desencadeantes do abandono, ora tratado.

2 HISTÓRICO DO ABANDONO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

No Brasil colonial, encontram-se os primeiros registros de abandono de crianças e adolescentes que eram entregues à própria sorte ao nascerem. Os dados resultantes da pesquisa realizada durante dez anos pela USP - Universidade de São Paulo, citados por Marcílio (1998), apontam que 5% das crianças livres eram abandonadas ao nascer, sendo que, na cidade de São Paulo este número elevou-se para 15% entre 1750 a 1850. Ressalta-se que as ações, para atendimento às crianças e adolescentes abandonadas eram predominantemente assistencialistas e grande parte concretizada pela Igreja Católica, por uma questão meramente religiosa, isto é, não se tratava de política pública dirigida aos menores.

Com a influência Lusitana consolidou-se no Brasil, depois do século XVIII, o sistema de Roda e Casa dos Expostos cabendo às Santas Casas de Misericórdia prestar assistência caritativa às crianças abandonadas, todavia tinham auxílio da Câmara Municipal respectiva.

A Roda dos Expostos de acordo com Santos (2004, p. 16) “[...] é um dispositivo cilíndrico, com uma parte voltada para fora e outra voltada para o interior da casa, em que eram depositadas crianças bastardas enjeitadas.” Dessa forma o expositor tinha sua identidade preservada, bastando apenas colocar a criança na parte exterior da Roda.

Importa ressaltar que, de acordo com os estudos realizados durante essa pesquisa, as Rodas também eram utilizadas para preservação da ordem familiar. Sobretudo para defender a honra das famílias, cujas mulheres engravidavam solteiras, sendo essas, na sua maioria de classe social abastada. Portanto, aqui se desmistifica a Roda, como um instrumento utilizado somente por populações hipossuficientes, e se reforça que, no abandono havia diferentes crianças de classes sociais diversificadas. Desse modo, a Roda não tinha regras quanto ao recebimento dos abandonados, qualquer criança independente da cor ou sexo poderia ser depositada em seu exterior.

A partir da independência do Brasil, embora a assistência às crianças abandonadas passasse a ser primazia do Estado, todavia, permaneceu a ajuda da iniciativa privada, sendo que com o ideal iluminista continuou a ter seu caráter filantrópico religioso e leigo. Contudo a preocupação existente não era em integrar e proporcionar uma condição de vida digna às crianças e adolescentes abandonados e sim tirá-los das ruas para compor a paz social, essa era a preocupação primordial do Poder Judiciário, dos advogados e médicos da época.

Ressalta-se que as teorias liberais estavam voltadas tão somente para a ordem, não havia uma preocupação em diagnosticar e resolver os problemas que levavam ao abandono um número expressivo de crianças. Dessa forma, a classe jurídica preocupou-se em criar condições, para que a criança abandonada tivesse uma educação cívica e capacitação profissional, com o objetivo único de impedir a desordem nos grandes centros urbanos do país, essa influência jurídica consubstanciou dois termos para designar a infância: meninos (as) provenientes de famílias desorganizadas e economicamente desfavorecidas eram conhecidos como “menores” já os filhos de famílias abastadas eram conhecidos como “crianças”.

Nesse sentido, de sujeito abandonado a sociedade passa a perceber a criança sem vínculo familiar como menor infrator, que precisava ser afastado do convívio social. Como consequência por volta de 1927, após a promulgação do Código de Menores, o Poder Judiciário regulamentou o Juizado de menores e as instituições judiciárias.

Observa-se que o Estado passou ao assumir a responsabilidade com relação à assistência e proteção à infância possibilitando a criação de um sistema jurídico e institucional preventivo e repressivo. O fundamento disso, na visão de Rizzini (1993) consistia em orientar o abandonado para o convívio social, sem separá-lo desse. No entanto, sob o manto do modelo funcionalista, mais brando e de cunho protetivo ou educacional, o Código de Menores, tinha como finalidade primeira, o controle social, destacando-se, portanto, seu forte caráter punitivo, inclusive exercitando a internação dos abandonados por um longo período, com a intenção de promover, desta forma, uma limpeza social.

De maneira geral, o discurso proferido na época era que as instituições deveriam proporcionar uma política de atendimento “protetivo” à infância, implantando uma nova maneira de integrar as crianças no ambiente familiar e comunitário, abrigando-as por curto período de tempo e principalmente adaptando um ambiente o mais próximo possível da realidade de uma vida em família.

No entanto, este objetivo não foi alcançado, o que sabemos que aconteceu foi uma segregação familiar e social de crianças e adolescentes excluídas da sociedade brasileira, através do confinamento em instituições fechadas, sendo tratadas como meros objetos, uma vez que não eram reconhecidas como sujeitos de direitos e deveres.

E a estrutura se mantém com a promulgação do novo Código de Menores em 1979 (Lei 6.697, 10.10.79), que de forma requintada legalizou as condutas repressoras, tais como punições por espancamento e torturas, bem como abraçou a doutrina da situação irregular, ou seja, crianças e adolescentes que não estivessem de acordo com o modelo ideológico estabelecido se tornavam destinatários da intervenção de caráter “tutelar” do Estado.

A questão se agrava, de fato, no período ditatorial, uma vez que não havia diferença entre menor infrator e menor abandonado, todos que se encontrasse em situação irregular eram enquadrados da mesma forma, independente se era menor infrator ou vítima da sociedade ou da família, padeciam, portanto, da mesma punição: a internação por tempo indeterminado nos institutos para menores.

Cumprir destacar que no tempo de vigência do Código de Menores (MARCÍLIO, 1998) “80% das crianças e adolescentes recolhidas às entidades de internação do sistema FEBEM - Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor, não eram autores de crimes, e sim crianças e adolescentes abandonadas pelas famílias devido à situação de extrema pobreza.”

Essa postura adotada pelo Estado fez surgir na década de 1980 um movimento em prol da criança, através de várias associações, inclusive a Comissão de Direitos Humanos, com a finalidade de resguardar e legalizar os direitos da criança e do adolescente, seguindo esta trajetória a Constituição da República de 1988 dedicou um capítulo especial para tratar da criança e do adolescente reconhecendo-os como cidadãos de direitos e deveres.

Diante desse acontecimento, após vários debates o Projeto de Lei que regulamenta os artigos 227 e 228 da CR, foi sancionado pelo Presidente da República em 13 de julho de 1990, instituindo o Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como principal objetivo resguardar o melhor interesse das pessoas em desenvolvimento e ainda garantir o direito à convivência familiar e comunitária, consoante artigos 19 a 27 do ECA.

Mas percebe-se, que mesmo após a promulgação do Estatuto, a realidade vivida por crianças e adolescentes em estado de abandono está distante do papel de sujeito atribuído a elas, uma vez que na prática o que observa-se é a perpetuação da condição de objeto em que eram tratadas no Código de Menores, seja por parte da própria família, do Estado, da sociedade ou daqueles que almejam adotar, conforme os parâmetros sociais.

3 A SELETIVIDADE COMO PARÂMETRO PARA ADOÇÃO

A idade do adotado é uma das escolhas que mais contribui para o número elevado de crianças e adolescente nos abrigos esperando uma adoção, tendo em vista que os adotantes desejam recém-nascidos ou crianças abaixo de 02 (dois) anos de idade, pois no imaginário dessas pessoas, as crianças abaixo dessa idade se adequarão melhor na família substituta evitando, dessa forma vícios e maus hábitos advindos da família biológica ou de instituições de abrigos.

A procura pela semelhança é outro parâmetro que dificulta a adoção, tendo em vista que os postulantes têm dificuldade de aceitar crianças fora do padrão estético imposto pela sociedade, ou seja, nos formulários de preenchimento para adoção há uma predominância para crianças de cor branca e saudáveis, bem como a preferência predominante pela adoção de crianças do sexo feminino, devido à cultura em nossa sociedade de que a menina é mais dócil do que o menino, desta forma fortalecendo preconceitos, conforme dados apresentados na página 10.

Objetiva-se, na maioria das vezes, que a criança adotada tenha características da família substituta, imitando dessa forma o vínculo biológico entre adotante e adotado. Percebe-se que através da adoção, os postulantes buscam suprir uma necessidade ou realização pessoal, todavia o que deveria ser analisado de imediato é o melhor interesse de meninos (as), que se encontram abandonados em abrigos ou nas ruas, sendo esse contingente alarmante em nosso país atingindo proporções que saem da invisibilidade, principalmente nos grandes centros urbanos, de acordo com pesquisa abaixo.

A pesquisa censitária realizada pela Secretaria de Direitos Humanos (SDH) da Presidência da República, através de convênio com o Instituto de Desenvolvimento Sustentável (Idest), no mês de março de 2011, comprova os altos índices de crianças e adolescentes em “situação de rua”. Conforme pesquisa apenas na cidade de São Paulo há nas ruas um contingente de 4.571 crianças e adolescentes. A pesquisa identificou, nos 75 municípios investigados, 23.973 crianças e adolescentes em “situação de rua”.

Nesse sentido a seletividade como parâmetro para adoção, acaba por limitar pessoas em desenvolvimento a encontrar uma família substituta, uma vez que, quando há uma criança ou adolescente para a adoção, o juiz e os assistentes técnicos avaliam os formulários preenchidos pelos pretendentes e na maioria das vezes essa criança ou adolescente não preenche os requisitos impostos pelos possíveis adotantes, portanto permanecem nos abrigos até sua idade adulta, sendo relegados os direitos básicos preconizados no ECA, desse modo entende-se que o interesse em adotar por um gesto solidário e humano é menor do que o pessoal e individualista.

Diante disso, presume-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente significou no primeiro momento uma ruptura com o paradigma vigente na época, entretanto, não conseguiu alcançar seus objetivos nesses 20 anos de implantação, segundo o qual “deveriam ser assegurados direitos universais a todos no âmbito da saúde, da educação, a segurança social, das mínimas condições de vida.” (SILVA; MOTTI, 2001, p. 29).

Na verdade, o que vemos hoje, tristemente, é o abandono de crianças e adolescentes nas ruas ou em instituições de abrigo por um período muito longo, principalmente as que não se encaixam nos parâmetros estabelecidos pelos pretendentes à adoção, quais sejam: crianças brancas, sexo feminino e com idade até 02 anos.

Nesse contexto a pesquisa realizada pelo IPEA revelou que a seletividade é um dos grandes empecilhos para a adoção, diagnosticando que 58,5% dos abrigados eram meninos, sendo que os negros correspondiam a 60% e na faixa etária de 07 a 15 anos encontravam-se 61,3% dos abrigados.

Destaca-se a reportagem realizada pela TV Canção Nova em 29 de julho de 2011, no jornal CN 2ª edição, onde o Juiz entrevistado da Vara da Infância e Juventude apontou a seletividade, pelos pretendentes à adoção, como um dos maiores empecilhos para a realização desta, pelos dados apresentados há na fila de espera mais de 40.000 (quarenta mil) pretendentes a adoção, entretanto a preferência explícita dessas famílias são crianças brancas com idade até 02 anos, o que demonstra o preconceito que historicamente subsiste em nossa sociedade.

Impende ressaltar que a pesquisa realizada pelo IPEA se preocupou também em diagnosticar as causas do abandono de crianças e adolescentes por suas famílias, sendo apontadas: a pobreza, o abandono de pais e responsáveis, violência doméstica, dependência química dos pais ou responsáveis, vivência de rua, órfão (pais ou responsáveis falecidos), pais ou responsáveis detidos (presidiários), abuso sexual praticado pelos pais ou responsáveis e outros, que correspondem respectivamente aos percentuais de (24,1%), (18,8%), (11,6%), (7%), (5,2%), (3,5%), (3,3%) e (15,2%) dos abrigados.

4 DESIGUALDADE SOCIAL E ABANDONO

A sociedade moderna se caracteriza pelo individualismo triunfante, que está diretamente ligado à disputa de posições hierárquicas em relação ao seu próximo, o que leva ao plano da invisibilidade a desigualdade social internalizada em todos nós. Segundo Barros, Henriques e Mendonça (2000, p. 8) “[...] a desigualdade, em particular a desigualdade de renda, é tão parte da história brasileira que adquire fórum de coisa natural.”

Adorno (1988) traduz de forma clara que o discurso liberal pretendido pelas elites, no Brasil Imperial, não almejava a democracia ou qualquer outro elemento que tivesse como “premissa a igualdade jurídica, política e social”, preocupavam-se com a liberdade, entretanto paradoxalmente a desigualdade social, não era vista como um problema, ademais o pauperismo era generalizado no campo e nas cidades. Portanto desde o Brasil Colonial a estratificação social vem sendo imposta de forma natural à sociedade.

Nessa perspectiva a herança de injustiça social herdada pela sociedade moderna, traz como consequência à invisibilidade da desigualdade social corroborando com os altos

índices de famílias sem nenhuma condição socioeconômica, sendo este fator desencadeante para a deterioração das relações familiares, levando-as a abandonar suas crianças e adolescentes em abrigos institucionalizados, pois estes se apresentam como alternativa de garantia real a mínima condição básica para seus filhos.

A pesquisa realizada pelo IPEA revelou um índice inimaginável, a maior parte dos abrigados não é órfã: 87% têm família, sendo que 58,2% conservam o vínculo com seus familiares. Todavia essas famílias carecem de condições mínimas para sustentarem os integrantes que as compõem. Essas crianças e adolescentes são denominados por Guerra e Azevedo (1993) “vítimas da violência estrutural”, pois convivem com situações difíceis, seja pela omissão do Estado ou da sociedade ou por transgressão da família.

Constata-se a impotência do Estado em assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, e para Silva e Mello (2003) “tais políticas devem contemplar, necessariamente, ações de complementação de renda, além do envolvimento de toda a rede de assistência social disponível em âmbito local”.

Percebe-se que as políticas públicas voltadas para as famílias, não são suficientes para atenuar o abandono de crianças e adolescentes, que passam grande parte de suas vidas em abrigos, longe de suas famílias biológicas e incapacitadas para adoção.

Vale notar que é dever do Estado incluir obrigatoriamente as famílias de baixa renda em programas oficiais de auxílio, para que essas tenham condições de criar e educar seus filhos, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura que “a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”.

Desse modo, inobstante ser indispensável observar que temos dois tipos de crianças e adolescentes institucionalizados: o primeiro é vítima do abandono, devido à extrema pobreza que vive suas famílias; o segundo tipo padece do preconceito enraizado historicamente em nossa sociedade, como já discutido no capítulo 03.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizar o presente, afirmamos que a seletividade imposta pelos pretendentes à adoção, se apresenta como uma das causas do abandono de crianças e adolescentes em instituições de abrigo, excluídas do ambiente familiar e conseqüentemente desprovidas de amor e afetividade que são fundamentais para o desenvolvimento do ser humano.

Observamos que o novo modelo de vida da sociedade moderna agravou ainda mais as crenças e os valores construídos historicamente, ou seja, o individualismo sobressai sob qualquer forma de solidariedade entre as relações humanas, portanto o Instituto da adoção no Brasil é utilizado, de forma a atender os anseios e as realizações individuais dos casais que não possuem filhos biológicos, sendo que o melhor interesse da criança e do adolescente que deveria prevalecer.

Ressaltamos que a pobreza se apresentou como fator desencadeante do abandono de crianças e adolescentes em abrigos, pois ficou demonstrado que este abandono, na maioria das vezes, não é fruto de negligência ou rejeição dos pais e sim uma alternativa encontrada, para que seus filhos tenham o mínimo para sua existência. Conforme pesqui-

sa apresentada na página 11, apenas 11% das crianças e adolescentes nos abrigos se encontra plenamente em condições para adoção, visto que a maioria dos abrigados mantém algum vínculo com suas famílias de origem.

Assim, verificamos que a insuficiência de políticas públicas direcionadas para essas famílias que se encontram na faixa da extrema pobreza, excluídas do processo de desenvolvimento econômico e social corrobora para o aumento do abandono de crianças e adolescentes em abrigos, pois detrás da criança institucionalizada há uma família desassistida pelo Estado.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AZEVEDO, Maria Amélia. Notas para uma teoria crítica da violência familiar contra crianças e adolescentes. In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Org.). *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. São Paulo: Cortez, 1993.

BARROS, Ricardo; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável. São Paulo, v. 15, n. 42, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102>. Acesso em: 05 maio 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2011.

BRASIL. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 abr. 2011.

MARCÍLIO, Maria Luíza. *História Social da Criança Abandonada*. São Paulo: Hucitec, 1998.

META. Instituto de pesquisa de opinião. 1º Censo Nacional de Crianças/Adolescentes em situação de rua. Disponível em: <<http://forumassistenciasocial.blogspot.com>>. Acesso em: 06 out. 2011.

RIZZINI, Irene. *Assistência à infância no Brasil: uma análise de sua construção*. Rio de Janeiro: Ed. Universitária Santa Úrsula, 1993.

SANTOS, Benedito Rodrigues. *Cronologia histórica das intervenções na vida de crianças e adolescentes pobres no Brasil (do infante exposto ao cidadão-criança)*. Goiânia: UGV, v. 31, n. esp. humanidades, p. 11-43, dez. 2004.

SILVA, Edson; MOTTI, Ângelo. *Estatuto da criança e do adolescente, uma década de direitos: avaliando resultados e projetando o futuro*. Campo Grande: UFMS, 2001.

SILVA, Enid; MELLO, Simone. *Contextualizando o levantamento nacional para crianças e adolescentes da rede de serviço*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/direitoconvivenciafamiliar_/capit1.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2011.

DE CHAPPE A NILLES: A EVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA NO TRABALHO E A INVENÇÃO DO TELETRABALHO - UMA REVISÃO NECESSÁRIA

Denise Fincato*
Heitor Barbieri Cracco Neto**
Juliana Sirotsky Soria***

1 INTRODUÇÃO

Entende-se como tarefa inescusável aos juscientistas o esclarecimento das questões históricas pertinentes aos institutos jurídicos que habitualmente estudam, normalmente sob perspectivas apenas estrutural e funcionalista. Tal não poderia ser diverso com o teletrabalho, eis que, o fato de ser (erroneamente) considerado fenômeno recente, provoca uma limitada e confusa compreensão acerca de sua evolução e, daí, dificuldades em sua definição, classificação e tratamento legal.

A busca das matrizes históricas e da própria evolução de um instituto permitem avaliá-lo de forma mais justa e adequada na contemporaneidade. Notoriamente no campo do Direito Social e à luz da principiologia trabalhista, especialmente do princípio tuitivo, este conhecimento é de suma importância, eis que se buscará saber se o elemento humano envolvido no fato assim foi e é considerado (como ser humano) e, ainda, no aspecto juslaboral, se as condições de trabalho dignificaram e dignificam seu viver (ou não).

Registre-se que este artigo foi escrito seguindo compreensões e valores próprios de Estados Democráticos e Sociais, quais sejam: dignidade da pessoa humana, justiça social e valor social do trabalho. Portanto, por trás do relato histórico, desvelam-se relações humanas de cunho laboral e subordinado que, por sua vez, como o próprio pensamento social, evoluíram.

Ao buscar a raiz do teletrabalho, todos passam por Jack Nilles. De forma apressada, muitos atribuem a ele a “invenção” desta modalidade laboral. No entanto, na verticalização do estudo, será observado que o fenômeno tem intensa e visceral relação com um significativo objeto, fruto da evolução tecnológica: o telégrafo óptico inventado por *Claude Chappe*.

Nesse contexto, a tecnologia e a técnica passam pelos diversos períodos da história da humanidade e interagem com a vida humana de acordo com o nível de desenvolvimento de cada contexto social. Algumas comunidades já convivem com aparatos tecnológicos de alta complexidade e eficiência, especialmente no que tange à comunicação e interatividade. Outras, no entanto, ainda utilizam meios “menos modernos” de comunicação. No

* Doutora em Direito; Pesquisadora; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias e Relações de Trabalho na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Advogada trabalhista; Av. Ipiranga, 6681, Partenon, 90619-900, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; ppgdir@pucrs.br

** Bacharel em Direito; Acadêmico do Máster Universitario en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de Burgos, España; Pesquisador do Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias e Relações de Trabalho na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

*** Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Pesquisadora em nível de Iniciação Científica do Grupo Novas Tecnologias e Relações de Trabalho na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

entanto, não se pode dizer que o teletrabalho não lhes seja possível. Basta que exista uma forma (tecnológica) de enviar o trabalho ao trabalhador para que já se possa cogitar de sua existência.

Assim, conforme Fincato (2009, p. 70-71), o teletrabalho resulta da atividade laboral que deve estar caracterizada por três elementos:

- a) Topográfico: o teletrabalhador desempenha seu trabalho fora do espaço tradicional da empresa (matriz ou filiais);
- b) Tecnológico: o teletrabalhador desenvolve suas tarefas mediante o emprego de tecnologias da informação e comunicação;
- c) Organizativo: o empregador ou tomador de serviços deve estar organizado, em sua estrutura de recursos humanos, para o teletrabalho. O teletrabalhador deve estar vinculado à empresa que lhe alberga, ocupar um posto de trabalho, pertencer à organicidade da mesma.

Estabelecidas as linhas iniciais, pode-se prosseguir no estudo histórico exploratório que busca comprovar a hipótese de que o teletrabalho não surge na década de 70 do século XX, como aponta a doutrina (nacional e estrangeira), de forma majoritária.

Entende-se que a conclusão positiva deverá ser publicizada, eis que sinalizará novo marco para os estudos do teletrabalho, a partir do qual as relações humanas e seu convívio com a tecnologia devem ser também observados e (re)estudados.

2 TELETRABALHO: BREVES NOTAS EPISTEMOLÓGICAS

O teletrabalho é fenômeno de características próprias, o que exige sua comparação e distinção com outras figuras jurídicas, daí decorrendo a necessidade de estudo da sua natureza jurídica, classificação, modalidades e demais questões de conhecimento básico.

O teletrabalho pode ter natureza jurídica autônoma ou subordinada. Para ser subordinado, basta que os elementos clássicos da relação de emprego estejam presentes no relacionamento fático (pessoalidade, habitualidade, onerosidade, subordinação), mesmo que a subordinação seja exercida nos moldes do que aponta a atual redação do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (via mecanismos telemáticos). Da conjugação desses fatores, decorre a vinculação empregatícia. Interessa a este estudo a segunda possibilidade, alocável na seara do Direito Laboral.

Do ponto de vista organizativo-empresarial, pode-se afirmar que a escolha do tipo de teletrabalho dependerá da reunião de muitos fatores, tais como: estrutura e domínio telecomunicacional do/pelo empregado, tipo de trabalho a ser desenvolvido e sua duração, forma de gestão, tamanho e disponibilidade econômica da empresa, etc.

Assim, segundo Fincato (2003), o teletrabalho pode ser:

- a) Domicílio: Trata-se da maneira mais comum de teletrabalhar. O teletrabalhador estabelece um local em sua residência para trabalhar, instalando ali pequena estação com acesso a meios de comunicação (telefone, fax, internet,

etc.). O teletrabalhador em domicílio utiliza-se de estrutura própria ou cedida pela empresa (mas disposta em sua residência), para prestar os serviços contratados, podendo estar em sua casa durante todo o período (regime puro) ou fracioná-lo (regime híbrido), realizando, por exemplo, meio turno na empresa e meio turno em sua residência ou alguns dias da semana na empresa e outros em sua casa.

- b) Centros satélites: Os centros satélites são locais de trabalho que pertencem a uma empresa, mas que não se constituem em filiais da mesma (no sentido corporativo-fiscal). Tais centros estão situados em pontos geograficamente estratégicos e não possuem estrutura departamental, com níveis hierárquicos, v.g. Estão abertas a todos os teletrabalhadores (independentemente de sua função ou cargo) que desejem/precisem ao mesmo acessar, desde que vinculados empregaticamente a essa empresa. A doutrina, de forma geral, aponta os chamados telecentros (vide a seguir) como tipo que abarcaria também aos centros satélites.
- c) Telecentros: Também denominados centros de recursos compartilhados, podem pertencer a uma ou mais empresas e também estarão dispostos de maneira geograficamente estratégica. Constituem-se em instalações físicas dotadas de serviços informáticos e telecomunicacionais de alto padrão e, como podem ser compartilhados, assemelham-se muito aos atuais espaços de *coworking*. Nos telecentros inexistirá estrutura hierárquica e chefias. Todos estarão vinculados unicamente à empresa em sua sede central, devendo àquelas chefias respeito, obediência e informações, prestados e controlados virtualmente.
- d) *Telecottages*: Situados em zonas rurais ou regiões de menor escolaridade e preparo para o trabalho, resultam do esforço conjunto da iniciativa privada e da gestão pública com o objetivo de melhorar a qualidade de vida da região e evitar o êxodo. Mais que fixar os trabalhadores em seu lugar de domicílio, as *telecottages* procuram atrair a mão de obra qualificada dos grandes centros urbanos às zonas rurais e periferias. Via de regra, utilizam-se instalações como escolas públicas, salões de Igrejas ou até mesmo de prédios rústicos em granjas e fazendas, todos devidamente adequados e informatizados. Os futuros teletrabalhadores devem, primeiramente, aprender o manejo dos meios telecomunicacionais. Juntamente com a possibilidade de teletrabalhar, via de regra, aos empregados é oferecida a possibilidade de tele-estudar (educação à distância), quer seu próprio ofício, temas complementares/conexos ou outros (como idiomas, turismo, etc). Experiências importantes nessa modalidade de teletrabalho são realizadas, com sucesso, em países como Inglaterra, Irlanda, Suécia (norte), Noruega, Finlândia, Dinamarca, França e Alemanha.
- e) Nômade ou móvel: Pode-se afirmar ser esta a máxima expressão do teletrabalho, aquela em que um sujeito trabalha onde quer e/ou precisa. O teletrabalhador, nessa modalidade, pode trabalhar em sua casa, na sede do cliente, em um telecentro, em um centro satélite ou mesmo em trânsito. Principalmente

nos Estados Unidos, é cada vez mais comum a realidade de empregados que trabalham em aviões, quartos de hotel ou outros lugares.

Como pré-dito, a adoção de uma forma de teletrabalho depende da estrutura de que disponham as partes (empresa e empregado) e da natureza do trabalho. Sinala-se, todavia, que a tônica do teletrabalho é justamente o uso dos meios de telecomunicação como mediadores da distância e que sua ausência permite a confusão do teletrabalho com o trabalho em domicílio.

Definido e classificado o teletrabalho resta buscar em acordo semântico, uma adequada definição de tecnologia, com o fim de aplicá-la ao teletrabalho, tendo em vista ser imperiosa a utilização de objetos tecnológicos para viabilizar esta atividade laboral. Compreender os minuciosos e complexos detalhes, de maneira a estruturar a essência do fenômeno técnico, bem como sua função na história do homem, não foi e nunca será uma atividade muito simples. Hoje, certamente mais que no passado, a influência da tecnologia na sociedade tem lugar de destaque, principalmente porque identificadas como prioritárias nas pesquisas acerca do teletrabalho.

Para compreender as peculiaridades do fenômeno tecnológico contemporâneo, deve-se, em um primeiro momento, precisar as diferenças entre técnica e tecnologia, uma vez que esses conceitos são facilmente confundidos. Assim, do ponto de vista etimológico-popular, compreende-se por tecnologia tão somente o estudo dos “objetos técnicos”.¹ Técnica,² por sua vez e em sua acepção original, vem do grego *tekhnè*, que pode ser compreendido simplesmente como “arte”. A *tekhnè* aborda as mais diversas atividades práticas, desde a elaboração de leis e a capacidade para calcular e medir, passando pelas habilidades do artesão, do advogado ou do padeiro, chegando às artes plásticas, estas consideradas a mais alta expressão de tecnicidade humana. *Tekhnè* é um conceito filosófico que visa descrever as artes, o saber fazer humano no sentido de modificar a matéria-prima oferecida pela natureza em seu proveito próprio. Isso é arte. Isso também é *tekhnè*. Dessa forma, a escrita é *tekhnè*, a pesquisa é *tekhnè* e o teletrabalho também é *tekhnè*.

Ultrapassadas tais questões, podem-se analisar os dados que indicam a origem mais correta do teletrabalho, até o momento.

3 A ORIGEM DO TELETRABALHO

Em 1791, a França colhia os frutos de uma revolução recém-eclodida e deparava-se com realidade na qual a maioria dos trabalhadores estava em condições de extrema penúria, em face da escassez de alimentos e do alto índice de desemprego. A miséria atingia quase todos os franceses: desde os camponeses até os trabalhadores urbanos que tinham uma jornada de trabalho de aproximadamente 16 horas diárias.

¹ Já que se busca a compreensão popular do termo, nada mais adequado do que utilizar a compreensão do tema construída em hipertexto colaborativo, disposto em rede social (WIKIPÉDIA TECNOLOGIA, 2014).

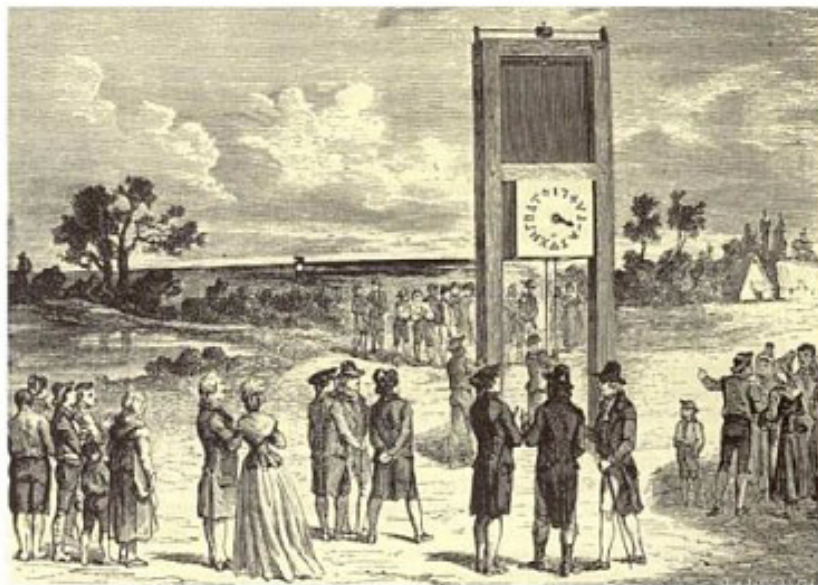
² Wikipédia Tecnologia (2014).

É nesse contexto que surge a figura de Claude Chappe,³ abade, engenheiro e inventor francês nascido na cidade de Brûlon. Chappe vinha de uma típica e rica família da nobreza francesa, chegou a enveredar-se por vida religiosa, mas foi atingido pela revolução e pela terrível instabilidade financeira por esta gerada. Mais por necessidade que por vocação, portanto, juntou-se a seus quatro irmãos, todos então igualmente desempregados: pretendiam dar novos rumos às suas vidas e, como efeito colateral de sua atuação, deram também novos rumos à engenharia e ao mundo do trabalho.

Como bom cientista e pesquisador, Chappe baseava-se em resultados de outrora para inspirar suas ideias futuristas. A necessidade de comunicação mais eficaz através de longas distâncias vinha já de longa data, podendo ser observada já nos anos 335 a.C. com Enéias e em 150 a.C. com Políbio, quando estes se utilizavam de tochas para comunicarem-se através de sinais de fumaça. Os romanos, por exemplo, fizeram significativos investimentos em torres, estratégica e suficientemente distantes umas das outras (a fim de garantir sua visibilidade). Porém, este sistema não podia ser realmente eficaz sem a utilização de lunetas ou telescópios que viriam a ser desenvolvidos somente no final do século XVIII.

Restava então a Chappe reunir essas diferentes técnicas para inventar um sistema de comunicação visual e um código correspondente. Chappe realizou sua primeira experiência pública de comunicação à distância em 1793. O sistema baseava-se nos pêndulos de relógios e consistia na instalação de duas hastes com agulhas e números móveis, no topo de edificações altas de sua cidade natal (Brûlon) e da cidade de Parcé com uma distância de 14 km entre as mesmas.

Ilustração 1 - Primeira demonstração pública do Telégrafo de Chappe
- ideia que se baseava na observação do movimento dos pêndulos de relógios



Primer modelo de telégrafo Chappe, c. 1791.

Fonte: os autores.

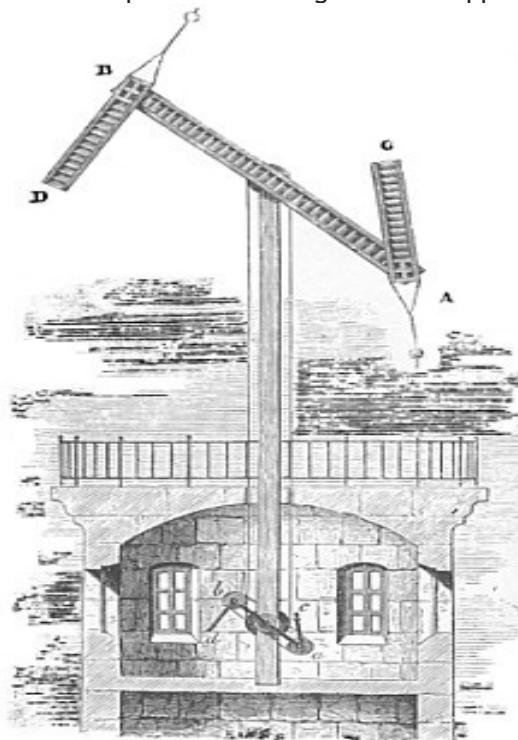
³ Mais detalhes de sua biografia em Claude Chappe ([17--]).

A experiência foi aprovada oficialmente por autoridades locais e enviada a Paris. Em julho do mesmo ano, o sistema demonstrou sua confiabilidade quando utilizado para avisar das várias ameaças de invasão às fronteiras francesas. Em 4 de agosto de 1793, por convenção da Assembleia Legislativa,⁴⁴ é determinada a construção da primeira linha telegráfica entre Paris e Lille (ilha do Mar Mediterrâneo). Estava criado o “Telégrafo Sinaleiro de Claude Chappe”.

*La Convention nationale accorde au citoyen Chappe, le titre d'ingénieur thélégraphe (!), aux appointements de lieutenant de génie, charge son Comité de Salut public d'examiner quelles sont les lignes de correspondance qu'il importe à la République d'établir dans les circonstances presentes [...]*⁵

A rápida evolução do sistema alterou sensivelmente a apresentação exterior do telégrafo. No entanto, a ideia permanecia a mesma: enviar mensagens codificadas, visíveis a distância, com postos de leitura e retransmissão instalados ao longo de linhas telegráficas.

Ilustração 2 - Haste e pêndulo do telégrafo de Chappe



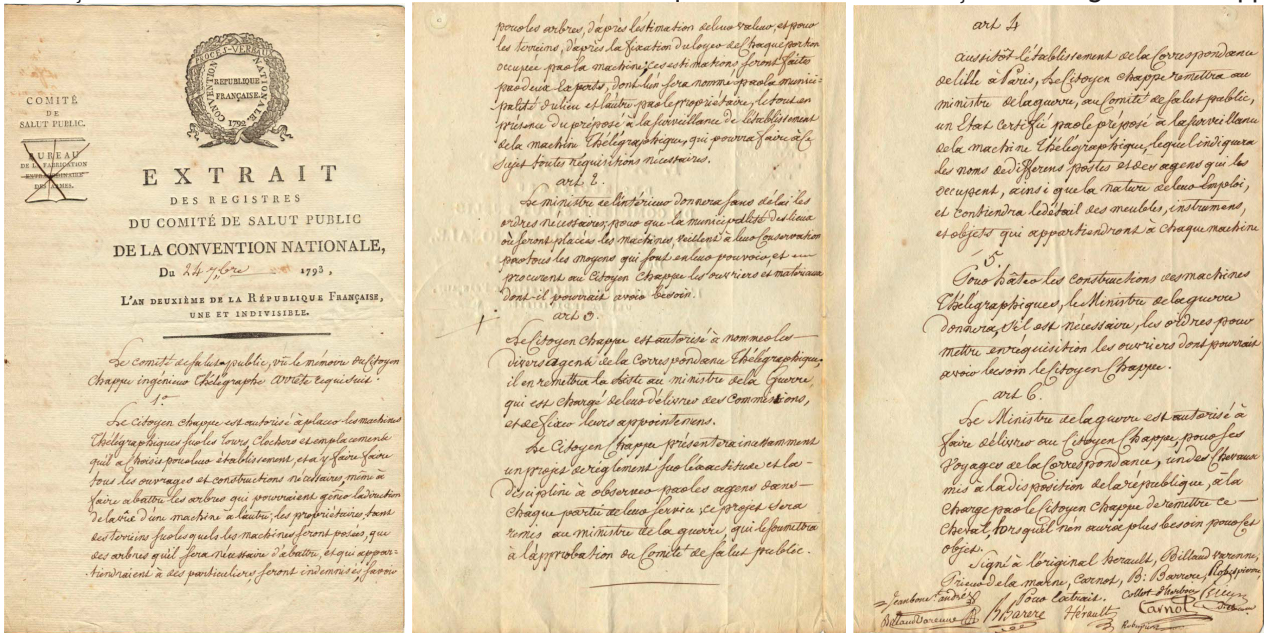
Telégrafo Chappe, c. 1793.

Fonte: os autores.

⁴ Seu irmão Ignace Chappe (1760-1829), elege-se membro da Assembleia Legislativa durante a Revolução francesa e, com sua influência, viabilizaram suas pesquisas a apoiou a proposta de sinalização entre Paris e Lille, próximo ao front de guerra. (SÓ BIOGRAFIAS, 2001).

⁵ Tradução livre do original em francês: “A Convenção Nacional concede ao cidadão Chappe o título de ‘engenheiro do telégrafo’, com uma remuneração referente ao cargo de tenente de engenharia, incumbindo à Comissão de Saúde Pública a função de examinar quais são as linhas de correspondência mais importantes a serem estabelecidas para a República levando em consideração as circunstâncias atuais.”

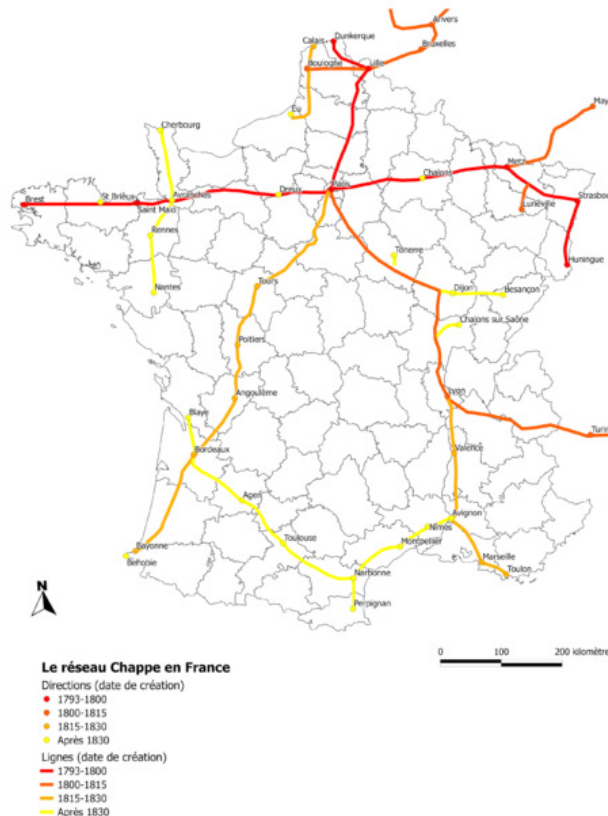
Ilustração 3 - Documentos históricos - Ata da Assembleia que determina a construção do Telegrafo de Chappe



Fonte: os autores.

De fato, as circunstâncias na França eram dramáticas uma vez que os inimigos ameaçavam invadir o norte do país. A primeira linha telegráfica estabelecida foi a de Paris-Lille e, em função do cenário político militar da época, a rede continuou em expansão até a metade do século XIX, momento em que passou a ser substituída por métodos de comunicação mais avançados.

Ilustração 4 - Mapa de implantação e evolução da rede telegráfica de Chappe na França

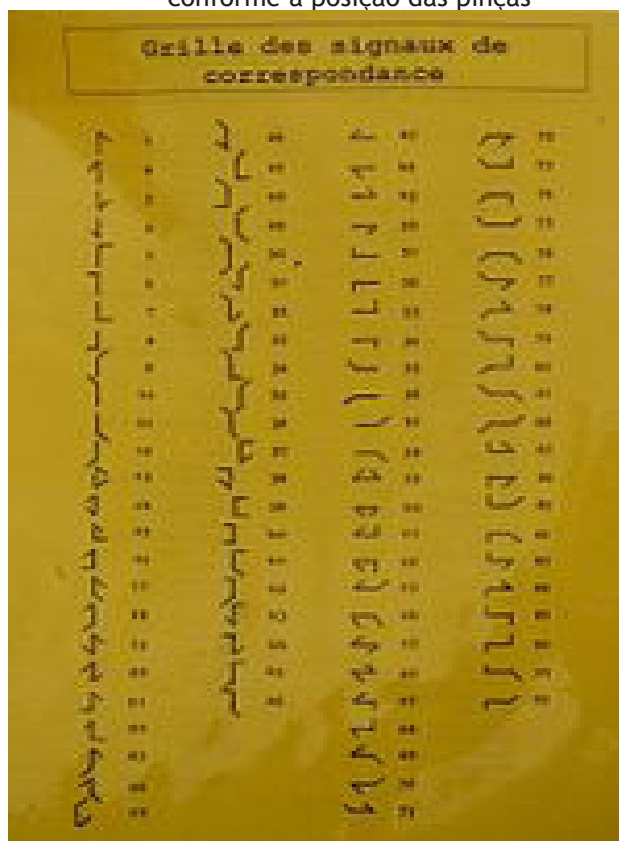


Fonte: os autores.

O princípio de funcionamento do telégrafo óptico era muito simples, sustentava-se sobre um mecanismo visível de longe, tendo sua vista facilitada pelo uso de lunetas bem como com o emprego de um código de transmissão.

O sistema francês contava com uma série de torres, dispostas em sequência, da forma mais linear possível. Como cada torre era dotada de um telescópio, sinais emitidos em cada uma eram vistos com facilidade pelo operador da torre vizinha, que os retransmitia para a torre subsequente. Este tipo de sinalização baseava-se na experiência do telégrafo de semáforos, que ao longo das costas e junto aos portos noticiavam a chegada, largada ou localização de navios.⁶ Seu uso era puramente militar e pretendia ser um complemento do sistema defensivo contra ingleses e holandeses. Cada posto distava do próximo entre 6 a 16 km, dependendo esta distância da visibilidade permitida pela geografia do terreno. Cada *aparelho* era construído com um sistema de braços articulados (vide ilustrações retro) que permitiam a codificação de 196 sinais diferentes. Os semáforos eram estruturas fixas com braços de cores escuras, normalmente pretos, que segundo as suas posições tinham o significado de sinais. Nos primeiros ensaios foi utilizado um código para 36 letras e 10 algarismos e esses sinais ópticos percorriam cerca de 120 Km por minuto.

Ilustração 5 - Códigos de transmissão das mensagens.
Letras e números eram identificados
conforme a posição das pinças



Fonte: os autores.

⁶ O sistema de sinais homógrafos é baseado na movimentação de um par de bandeiras seguras por um sinalheiro com os braços esticados e normalmente ainda é usado em comunicações entre navios, obviamente à vista, quando por qualquer razão não se pode ou não se quer usar transmissões via rádio (SÓ BIOGRAFIAS, 2001).

Como o telégrafo deveria ser visto de longe, o mecanismo deveria ser colocado necessariamente em um lugar de boa altura como uma montanha, uma colina, um monumento, um campanário ou a torre de um castelo. Quando isso não se fazia possível, era necessário construir uma estrutura capaz de alcançar a altura adequada para fins de visibilidade.

Ilustração 6 - Edificações utilizadas para as transmissões da revolução francesa e existentes até dias atuais



Fonte: os autores.

O aparelho definitivo e completo, chamado poste ou estação, era ainda composto por duas partes: uma delas visível e outra coberta. Esta última subdividia-se novamente: uma era dedicada à manipulação dos braços do telégrafo e a outra era uma sala de repouso para o operador. Não existia um modelo único de telégrafo, assim como hoje não existe um modelo único de telefone, de maneira que os modelos foram evoluindo e se alternando com o passar dos tempos.

4 O (TELE)TRABALHO NAS ESTAÇÕES TELEGRÁFICAS DE CHAPPE

Como o telégrafo foi desenvolvido por razões bélicas, no início, sua administração era feita pelo Ministério da Guerra. Em 1798, no entanto, ele passou a ser tutelado pelo Ministério do Interior. Um pessoal submetido a uma hierarquia rígida e bem definida fazia funcionar o telégrafo. Tratava-se de um regime praticamente militar. Ao topo, podia ser vista a administração central que, considerada confusa pelos irmãos Chappe, começou a se (re)organizar a partir de 1823, sendo melhor definida dez anos mais tarde, passando

a ser composta por três administradores, um chefe e dois adjuntos em quatro escritórios físicos e distantes das torres de telégrafo.

Ainda no que pertine à hierarquia laboral, haviam os diretores e os inspetores (responsáveis pelos pagamentos dos salários, p.ex.). Tratavam-se dos cargos principais e eram ocupados pelos irmãos de Chappe. Os gerentes estavam à frente de um departamento que tinha a tarefa de codificar, decodificar, transmitir e emitir as mensagens. Eles também tinham a incumbência de supervisionar o trabalho dos inspetores, verificando e aprovando as despesas da empresa. Os inspetores também eram responsáveis pela observação das estações e sua respectiva manutenção verificando as condições dos equipamentos e realizando os reparos necessários. Por fim, haviam os chamados estacionários que representavam 90% do pessoal e que eram lotados dois em cada torre de comunicação, fazendo o telégrafo funcionar. Um deles fazia a observação com a luneta enquanto o outro manipulava os comandos e anotava as mensagens. Trabalhavam 365 dias por ano, da alvorada ao crepúsculo, com salários baixos e com penalidades severas nas faltas ao trabalho.

No contexto deste estudo, entende-se que o distanciamento entre o gestor e os prestadores de serviço concretiza o elemento caracterizador do teletrabalho, dito topográfico. Já a organização hierárquica e operacional, revela o elemento organizacional, conforme visto anteriormente. A tecnologia que leva o trabalho ao trabalhador está nos próprios telégrafos sinaleiros.

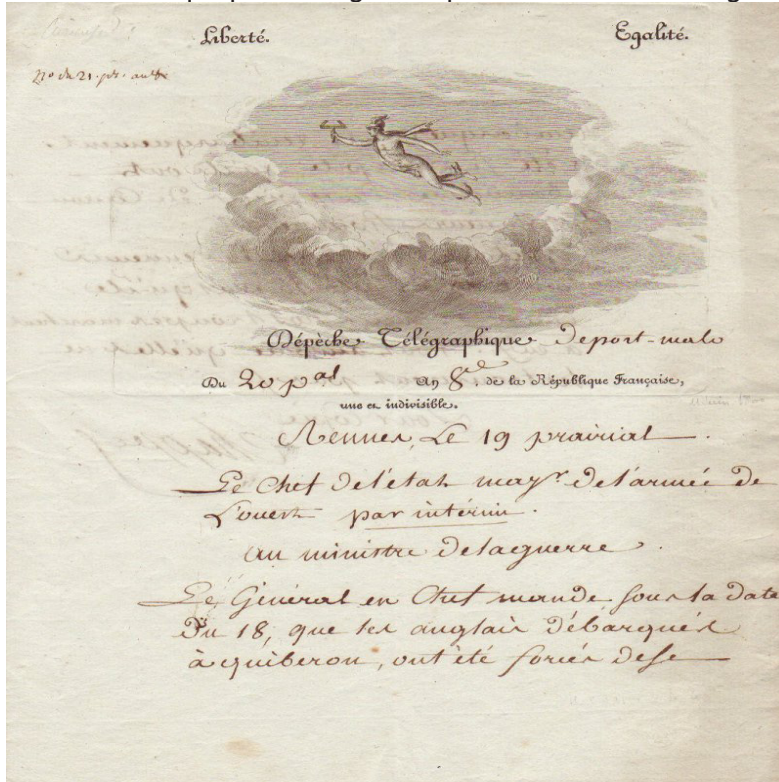
Em 1824, os irmãos Chappe iniciam tentativas de colocação do sistema aos cidadãos civis, vendendo o serviço de envio e entrega de mensagens.

Ilustração 7 - Tabulação de mensagem enviada via telégrafo de Chappe

The image shows a historical document titled "PROCÈS-VERBAL" from the "TELEGRAPHIE" section. It is a record of a message sent via the Chappe telegraph system. The document includes a header with "LIGNE" (Lyon), "DIVISION" (1^{re} Division), and "POSTE" (Bordeaux N^o 2). The main body is a table with columns for "HEURE" (Time), "SIGNAUX" (Signals), and "OBSERVATIONS" (Observations). The "SIGNAUX" column is divided into "SIGNAUX DE CORRESPONDANCE" and "SIGNAUX". The "OBSERVATIONS" column contains handwritten notes, including "28 oct 9" and "30. 4. 10". The document is handwritten and shows signs of age.

Fonte: os autores.

Ilustração 8 - Telegrama enviado pelo sistema de Chappe. Destaque para a alegoria impressa como marca d'água



Fonte: os autores.

A organização empresarial para exploração econômica do teletrabalho era visível. A mensagem enviada era anotada e redigida de forma discursiva, em papéis da empresa de Chappe (vide ilustração 8), entregando-se-a ao destinatário por mensageiro presencial. Observe-se a alegoria criada e impressa em tais papéis: um mensageiro por entre as nuvens simboliza o mecanismo tecnológico inventado por Chappe para a comunicação (e o trabalho) à distância. Ou seja, já era possível voar, sem ter asas.

O sistema sofreu forte abalo com a chegada dos telégrafos elétricos, deixando de funcionar, totalmente, no ano de 1853.⁷

5 CONCLUSÃO

De suma importância esclarecer que o objeto deste artigo não é outro senão o de divulgar informações precisas acerca do teletrabalho, notoriamente sobre sua história, uma vez que tantas e tão recentes informações podem mostrar-se por demais nebulosas quando não organizadas com precisão e razão lógico-temporal. A ideia não é outra senão dar passos em busca da história do teletrabalho, o que, por certo, não termina com esse estudo.

Diante do exposto, pode-se afirmar, contrariando a doutrina majoritária, que o teletrabalho não é fenômeno dos dias atuais. Não decorre do advento da internet e sua origem não tem conexão sequer com a eletricidade. Há quase 200 anos, a humanidade convive com o fluxo que envia o trabalho ao trabalhador, com mediação tecnológica.

⁷ Sobre a história das telecomunicações, ver: Historia de las Telecomunicaciones (2006).

O evoluir da razão humana, que fez acrescentar a fraternidade aos princípios de igualdade e liberdade, implica em identificar no processo histórico brevemente relatado êxitos e fragilidades, com o objetivo de afinar o relacionamento laboral remoto e subordinado em prol da justiça social.

Destarte, o estudo demonstra-se imprescindível aos operadores juslaborais, uma vez que a plena compreensão de um instituto (para acerca deste tecer pedidos, defesas, decisões) passa pelo necessário domínio de sua história e evolução.

REFERÊNCIAS

CHAPPE, C. *Sítio sobre Claude Chappe*. (17--). Disponível em: <www.claudechappe.fr>. Acesso em: 20 out. 2012.

CHAPPE, C. *Sítio sobre Claude Chappe*. Disponível em: <www.telegraphe-chappe.com>. Acesso em: 20 out. 2012.

CRACCO NETO, H. B. *Propostas para evitar o isolamento dos teletrabalhadores com deficiência: diálogos entre o direito laboral e a psicologia junguiana*. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012.

FINCATO, D. P. Acidente do trabalho e teletrabalho: novos desafios à dignidade do trabalhador. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 2, p. 35-53, 2008.

FINCATO, D. P.; CRACCO NETO, H. B. Teletrabalho: de Chappe a Nilles. *Justiça do Trabalho*, v. 358, p. 52, 2013.

FINCATO, D. P. et al. Saúde, higiene e segurança no teletrabalho: reflexos e dilemas no contexto da dignidade da pessoa humana trabalhadora. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 9, p. 101-123, 2009a.

FINCATO, D. P.; NASCIMENTO, C. B. Teletrabalho e Direitos Fundamentais Sociais: entre a modernidade sólida e a pós-modernidade líquida. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 7, p. 196-215, 2013.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: aproximações epistemológicas. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, v. 31, p. 34-40, 2009b.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: aproximações epistemológicas. *Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v. 26, p. 68-72, 2009c.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: estudos para regulamentação a partir do direito comparado. In: FINCATO, D. P. (Org.). *Novas tecnologias e relações de trabalho: Reflexões*. Porto Alegre: Magister, 2011a.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: uma análise juslaboral. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 36, n. 96, p. 137-160, 2003a.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: uma análise juslaboral. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 236, p. 40-56, 2003b.

FINCATO, D. P. Trabalho e tecnologia: reflexões. In: FINCATO, D. P.; MATTE, M.; GUIMARAES, C. I. S. (Org.). *Direito e tecnologia: reflexões sociojurídicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FINCATO, D. P. Teletrabalho transnacional, dumping social e a rerum novarum: reflexões. In: GÜNTHER, L. E.; VILLATORE, M. A.C. (Org.). *Rerum novarum: estudos em homenagem aos 120 anos de Encíclica Papal*. Porto Alegre: Juruá, 2011b.

FINCATO, D. P.; OLICHESKI, A. T. Globalização e direitos fundamentais sociais. In: FINCATO, D. P. F. (Org.). *Novas tecnologias e relações de trabalho: reflexões*. Porto Alegre: Magister, 2011.

GILLE, B. *Histoires des techniques*. Paris: Pléiade, 1978.

HISTORIA DE LAS TELECOMUNICACIONES. 2006. Disponível em: <http://histel.com/z_histel/biografias.php?id_nombre=34>.

SÓ BIOGRAFIAS. *Claude Chappe*. 2011. Disponível em: <<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/ClaudeCh.html>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

WIKIPEDIA TECNOLOGIA. 2014. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Tecnologia>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

OS DIREITOS SOCIAIS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS NO BRASIL. REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 72/2013

Marcos Augusto Maliska*
Camila Sailer Rafanhim de Borba**

1 INTRODUÇÃO

O Brasil está entre os países com maior número de empregados domésticos do mundo (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2013). Aqui, uma em cada seis mulheres economicamente ativas, com contrato de trabalho formalizado, é empregada doméstica (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2010). E muitas outras, ainda, trabalham na informalidade, estimando-se que as empregadas “com carteira assinada” sejam em média apenas 30% da força de trabalho do segmento (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2010). Isto é apenas consequência de sermos aquilo que Beirão chamou de o “país dos valets” (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2010). Isto porque, explica ele, aqui, além do tradicional trabalho doméstico de limpar, lavar, passar e cozinhar, muitas outras mordomias estão sendo contratadas: paga-se para que alguém encontre vaga para estacionar (valet), leve os cachorros para passear, os bebês à praça, etc.

Este cenário pode ser visto como resultado de fatores históricos, que explicam que, só em 2013, tenha sido aprovada uma emenda à Constituição Federal para estender aos empregados domésticos direitos que já eram reconhecidos a todos os demais empregados.

Mais do que aclamar a alteração legislativa, é preciso analisá-la com olhos no passado, no presente e no futuro, para que se tenha uma compreensão crítica dessa relação de trabalho que ajuda a compreender os fundamentos da sociedade brasileira.

O presente texto está estruturado em três tópicos. No primeiro tratar-se-á do trabalho doméstico no contexto da história brasileira recorrendo-se, fundamentalmente, a obra de Freyre, um clássico do pensamento social brasileiro. No segundo tópico registra-se a evolução histórica da legislação brasileira que tratou do trabalho doméstico. No terceiro e último tópico sintetiza-se o desenvolvimento da hipótese do presente texto no sentido de apresentar os limites e as possibilidades da alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional - EC n.º 72.

* Pós-Doutor em Direito pelo Instituto Max Planck de Heidelberg, Alemanha (2010-2012). Doutor pela UFPR/LMU-Munique (2001-2003). Mestre pela UFPR (1998/2000). Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil, em Curitiba. Procurador Federal Coordenador da Divisão de Matéria Administrativa da Procuradoria Federal no Estado do Paraná, órgão da PGF/AGU. Foi professor visitante nas Universidades de Bayreuth, Alemanha (2007), Wrocław, Polônia (2008 e 2010), Karaganda, Cazaquistão (2012) e Salzburg, Áustria (2014). Professor visitante permanente na Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (Cesul).

** Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia junto ao Programa de Mestrado da UniBrasil, em Curitiba. Realizou estágio de pesquisa junto ao Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union, da Universidade de Trier, Alemanha. Advogada.

2 O TRABALHO DOMÉSTICO NO CONTEXTO DA HISTÓRIA BRASILEIRA

O início do trabalho doméstico no Brasil está diretamente ligado à colonização portuguesa e, conseqüentemente, à escravidão. Freyre explica que a escravidão se mostrava necessária para a colonização do Brasil e, ainda, que não foi o negro escolhido necessariamente por sua raça, mas porque se mostrava mais apto a este trabalho que o índio. O africano já vinha de uma cultura agrícola, não era nômade como o índio, o que lhe dava vantagem para o trabalho sedentário e disciplinado da lavoura (FREYRE, 1998, p. 242-243). E destaca, ainda, que, no Brasil, foi menos presente a ideia, tão difundida, à época, de que os negros constituiriam uma “raça inferior.” (FREYRE, 1998, p. 242-243). Essa leitura é compartilhada por Holanda, que fala de uma “plasticidade social” dos portugueses, de uma “ausência completa, ou praticamente completa [...] de qualquer orgulho de raça.” (HOLANDA, 1995, p. 53).

Na verdade, explica Holanda, a discriminação aos negros escravos se dava mais em virtude da desconsideração dos chamados “trabalhos vis” por eles executados do que por razões raciais ou étnicas (HOLANDA, 1995, p. 55-56). Também Algranti afirma que surge, neste momento, “[...] um preconceito próprio das sociedades escravistas, em relação ao trabalho manual, que se impôs lentamente conforme aumentou o número de escravos africanos.” (ALGRANTI, 1997, p. 143).

A mesma autora explica que, além da escravidão, este período foi marcado pela “falta de produtos, que estimulou a produção doméstica.” (ALGRANTI, 1997, p. 142). Assim, muito mais do que os serviços de asseio e limpeza da casa, os escravos eram responsáveis por todo o trabalho que envolvia a vida doméstica, desde a produção de alguns ingredientes que serviriam de base para determinados alimentos, o preparo das refeições, a confecção de roupas, a fabricação de objetos de cerâmica e de utensílios de cozinha, etc. (ALGRANTI, 1997, p. 144-147). E conclui, acerca da relevância do trabalho destes escravos, que “grande parte do trabalho desenvolvido no interior dos domicílios coube, portanto, a eles, figuras indispensáveis inclusive nas casas mais simples, que possuíam poucos escravos e até mesmo viviam do aluguel ou do trabalho de seus negros nas ruas das cidades.” (ALGRANTI, 1997, p. 143).

Apesar de todo o trabalho mais vil ter sido deixado para as mãos dos escravos, Freyre destaca que havia uma diferenciação entre os escravos para o serviço doméstico e aqueles para a lide agrícola (FREYRE, 1998, p. 450). Havia uma verdadeira hierarquia entre eles, estando os escravos do serviço agrícola muito abaixo dos do serviço doméstico, e, mesmo neste último âmbito, havia diferenciações de *status* entre eles, conforme a importância das tarefas que a cada um incumbia (FREYRE, 1998, p. 476). Freyre destaca a importância que tinham as “mucamas escolhidas para damas de companhia das sinhás e sinhá-moças, da mãe-preta, das pagens, cujas funções eram ainda mais importantes e que eram tratadas quase como pessoa da família.” (FREYRE, 1998, p. 476). Afirma que “o status do escravo ia desde o de quase pessoa de família ao de quase animal ou quase bicho.” (FREYRE, 1998, p. 476). E destaca, inclusive, que quanto maior fosse o contato com os brancos, mais se exigia da aparência física dos escravos, de tal forma que eram

anunciadas no jornal as buscas por escravas “bonitas de cara e de corpo” e “com todos os dentes da frente.” (FREYRE, 1998, p. 314).

Com a nova etapa da formação da família e da sociedade brasileiras, em que há o declínio ou a decadência do patriarcado rural e o surgimento de uma nova classe, escreve Freyre: “nos documentos brasileiros do século XVIII, já se recolhem evidências de uma nova classe, ansiosa de domínio: burgueses e negociantes ricos querendo quebrar o exclusivismo das famílias privilegiadas de donos simplesmente de terras, no domínio sobre as Câmaras ou os Senados.” (FREIRE, 1977, 1 tomo, p. 8).

São estes os moradores das “casas nobres” ou “sobrados” das áreas urbanas. Muitos, inclusive, eram oriundos de estratos mais baixos da sociedade e que ascenderam em virtude de seu sucesso econômico (FREIRE, 1977, 1 tomo, p. 9).

Com isso, o número de escravos vai diminuindo na área rural e aumentando nos centros urbanos, sendo utilizados tanto para o “trabalho sujo” de barbeiros, ferreiros, carpinteiros e pintores de parede (FREIRE, 1977, 1 tomo, p. 35), quanto e principalmente para o serviço doméstico. Aqui também Freyre destaca a diferenciação entre os escravos para o serviço doméstico, que se denominava “todo o serviço de uma casa de portas adentro” e aqueles outros para “vender na rua”, ou seja, para outros trabalhos (FREIRE, 1977, 1 tomo, p. 47), observando que o *status* gozado por eles era também diverso: “aquele em contato com os brancos dos sobrados como se fosse pessoa da família. O outro, menos pessoa de casa que indivíduo exposto aos contatos degradantes da rua.” (FREIRE, 1977, 1 tomo, p. 48).

Demonstra, ainda tratando deste período, a forma aristocrática de domínio no Brasil, exemplificando com o caso de Pernambuco, sobre o qual afirmou que “talvez em nenhuma outra área brasileira de colonização portuguesa mais antiga tenham sido mais nítidas [...] as distinções não tanto de cor quanto de classe.” (FREIRE, 1977, 1 tomo, p. 669).

E conclui dizendo que “não se pode afirmar de nossa formação que tenha sido substancialmente aristocrática no sentido de uma raça, de uma classe ou de uma região única.” O que a nossa formação tem tido é forma aristocrática dentro da qual vêm variando substancias ou conteúdos de raça, classe e de região, ora exaltando-se como nobre o branco [...] ora o caboclo [...], ora glorificando-se o senhor de engenho [...] ora o fidalgo de sobrado [...] (FREIRE, 1977, 1 tomo, p. 675).

Em nossa ecologia social, diz o autor,

[...] a constante tem sido a posição da figura do escravo de senzala, substituído pelo paria de mucambo ou de palhoça, obrigado a trabalhos vis; e de quem os demais elementos da sociedade têm sempre querido distinguir-se, para tanto procurando constituir-se, de diferentes maneiras, em figuras, ou em arremedos de figuras, de nobres ou simplesmente de homens livres. (FREIRE, 1977, 1 tomo, p. 676-677).

Assim, conclui que, “[...] mais forte que a condição de raça, como condição ou base de prestígio, eram, evidentemente, a condição de classe e a própria condição de região de origem ou residência do indivíduo.” (FREIRE, 1977, 1 tomo, p. 687).

Fica, desta forma, evidente que, já neste momento, se apresentava uma verdadeira relação de dominação de classes. O conflito de classes se asseverou e se mostrou

ainda mais aparente após a abolição da escravatura, quando o serviço doméstico precisava, então, ser feito por trabalhadores ou trabalhadoras livres. Contudo, Freyre indica que, neste momento, os negros libertos, “a gente de cor já livre”, já não se mostravam capazes de “substituir imediata e satisfatoriamente a (gente) ainda escrava em serviços domésticos.” (FREYRE, 1990, p. 224).

Afirma que esta insatisfação refletiu-se, entre outros meios, pela exigência de que as “amas livres [...] dormissem em casa dos patrões.” E explica Freyre, que “eram as famílias urbanas a se prepararem para nova situação quanto aos serviços particulares, tendo, entretanto, o cuidado de exigir das cozinheiras, em particular, e das amas, em geral, que dormissem ‘em casa’.” (FREYRE, 1990, p. 224).

Destaca, ainda, “a busca de substitutos para o mau trabalho livre nacional em estrangeiros dispostos ao serviço doméstico” (FREYRE, 1990, p. 224). Cita uma série de anúncios de jornais buscando estrangeiras, algumas vezes especificando a nacionalidade (FREYRE, 1990, p. 225-226). E ressalta que tal fenômeno não se via antes da abolição da escravatura, quando estrangeiros só eram procurados para “feitores de engenho” (FREYRE, 1990, p. 227). Segundo Freyre, esta atitude dos antigos senhores “traduziu um como repúdio à gente de cor que, libertada da condição servil pelo Treze de Maio, abandonou casas-grandes do interior para empregar-se em palacetes das cidades.” (FREYRE, 1990, p. 228).

Portanto, vê-se que o tratamento dado aos escravos (ou escravas) responsáveis pelo trabalho doméstico, incluindo a criação dos filhos da elite branca, era, na verdade, o que se poderia chamar de “mito do membro da família”¹, pois, assim que não foi mais interessante manter estas pessoas trabalhando, agora como trabalhadores livres, foram dispensadas e substituídas por estrangeiros. Mito que perdurou durante todo o século XX, após a abolição da escravatura, e ainda se apresenta, hoje, no século XXI.

Isto porque não se pode esquecer que patrão e empregado representam classes sociais diferentes, em conflito constante, mesmo no caso do emprego doméstico. Ainda mais neste último, diga-se de passagem.

Souza, ao tratar do que chamou de “ralé brasileira”, explica que “a diferença entre as classes sociais é muito mais do que meramente econômica, mas diz respeito, principalmente, a uma série de condições pré-existentes que levam a isto.” (SOUZA, 2009, p. 15-19). E afirma que, além de não ser meramente econômica, a divisão de classes também não se dá unicamente pela posição no processo produtivo, isto é, pela posição de empregado ou patrão (SOUZA, 2012, p. 19-26).

Sustenta o autor que as classes média e alta são positivamente privilegiadas, tendo uma herança imaterial que se transfere entre as gerações e que caracterizam seu modo de vida (SOUZA, 2009, p. 19-21). Paralelamente, explica que existe a classe dos negativamente privilegiados, “uma classe inteira de indivíduos, não só sem capital cultural nem econômico em qualquer medida significativa, mas desprovida, *esse é o aspecto fun-*

¹ Aqui, toma-se a liberdade de parafrasear a expressão “mito da outorga”, utilizada por Ramos Filho, quando trata da situação de conflito de classes entre trabalho e capital e o reconhecimento de direitos como consequência de lutas, e não de mera benevolência (RAMOS FILHO, 2012, p. 57).

damental, das condições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação.” (SOUZA, 2009, p. 21). Esta classe é a que chamou de “ralé brasileira”.

Entre os indivíduos desta classe denominada ralé estão, segundo Carneiro e Rocha, as empregadas domésticas, muitas das quais provenientes de um ambiente de abuso sexual e falta de afeto, encontrando, como saída, para escapar desta situação, ir trabalhar em uma casa de família, em que são recebidas como agregadas. Apesar disso, a narrativa do novo contexto em que são inseridas estas mulheres demonstra que, com o tempo, a mulher ou moça vai percebendo que não é tratada exatamente como da família, “percebe que sua posição não é tanto a de quem está sentada à mesa com a família, mas a de quem está sentada junto à mesa, pronta para atender às ordens de serviço.” (CARNEIRO; ROCHA, 2009, p. 125-142).

Assim, a luta de classes não só existe como utiliza como artimanha o mito de que o trabalhador doméstico, em geral, a trabalhadora, é “quase pessoa da família”, o que leva a classe dominada a não enxergar a dominação e, conseqüentemente, não lutar verdadeiramente contra ela. Isto porque, como afirma Souza, “encobrir a existência das classes é encobrir também o núcleo mesmo que permite a reprodução e legitimação de todo tipo de privilégio injusto.” (SOUZA, 2012, p. 22).

No Brasil, isto fica muito claro quando se analisa o histórico legislativo acerca do trabalho doméstico, que se verá a seguir.

3 O TRABALHO DOMÉSTICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antes mesmo da abolição da escravatura existia já alguma regulação do trabalho doméstico. Uma lei de 12 de setembro de 1830 regulava a locação de serviços, incluindo-se, por não haver vedação expressa, o trabalho doméstico (PAMPLONA FILHO; VILLATORE, 2001, p. 40). O Código de Posturas do Município de São Paulo de 1886 definiu, em seu art. 263, a figura do “criado de servir”, entendido como “toda pessoa de condição livre que, mediante salário convencionado, tiver ou quiser ocupação de moço de hotel, hospedaria ou casa de pasto, cozinheiro, copeiro, cocheiro, hortelão, ama-de-leite, ama-seca, engomadeira ou costureira e, em geral, a de qualquer serviço doméstico” estabelecendo multas para os casos de inadimplemento das cláusulas contratuais (PAMPLONA FILHO; VILLATORE, 2001, p. 40).

Contudo, quase não eram aplicadas estas legislações, pois havia poucos trabalhadores livres nestas funções. E os escravos, que, no mais das vezes, executavam o trabalho doméstico, eram tratados como propriedade, regidos, portanto, pelo direito que a esta regula.

A própria Lei Áurea, responsável pela abolição da escravatura, segundo Ferraz e Rangel

[...] foi consequência de uma conjuntura econômica internacional capitaneada pela Inglaterra, a qual via no modelo escravocrata um empecilho ao desenvolvimento dos mercados e à escoação de sua pujante produção industrial. De fato, a abolição dos escravos não surgiu em virtude de um movimento de consciência libertária amplamente forjado no seio social, antes foi um imperativo de ordem econômica. Dessa maneira, o referido diploma libertou os escravos apenas for-

malmente, não destinando qualquer meio para a sua inserção social. (FERRAZ; RANGEL, 2010, p. 8643).

Apesar de, como já dito, alguns escravos terem sido substituídos por estrangeiros após a abolição da escravatura, muitos permaneceram trabalhando para seus antigos senhores. Isto porque, diante da impossibilidade de inserção social pela via do trabalho livre, a única forma de sobrevivência era continuar trabalhando para o antigo senhor, em troca de casa e comida. E, diga-se: sem receber salário em espécie, ou recebendo-o em valores mínimos.

E esta situação, que pouco difere da de escravo propriamente dito, perdurou por muito tempo sem esbarrar na ilegalidade pela absoluta inexistência de lei especial que tratasse do trabalho doméstico.

Só em 1916, com a promulgação do Código Civil é que tal lei surgiu, mas ainda muito precariamente. Isto porque tratava a relação de trabalho como um contrato privado de locação de serviços, estendendo-se esta regulação ao trabalho doméstico.

Adiante, tem-se a previsão de direitos e deveres no âmbito do contrato de trabalho doméstico pelo decreto-lei n. 3.078, de 1941, mas que “condicionava a aplicação a um regulamento que deveria ser expedido pelo Ministério do Trabalho e Ministério da Justiça, o que jamais foi feito.” (PAMPLONA FILHO; VILLATORE, 2001, p. 42). Por isso, Pamplona Filho e Villatore afirmam que, na verdade, se tratou “de uma norma ‘para inglês ver’, ou seja, a criação de um dispositivo normativo sem qualquer eficácia social, conclusão que se tira pela constatação do que concretamente ocorreu no plano das relações trabalhistas de direito material.” (PAMPLONA FILHO; VILLATORE, 2001, p. 42).

Em 1943, tem-se a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), diploma normativo da maior importância, que previu uma série de direitos aos trabalhadores. No entanto, ela teve sua aplicação expressamente negada às relações de trabalho doméstico, isto é, àquelas cuja finalidade não é lucrativa. Esta exclusão é significativa da não proteção do trabalhador doméstico que aqui está sendo relatada. Ferraz e Rangel também tecem pertinente crítica a respeito, dizendo que a:

[...] segregação legislativa é patente. O emprego doméstico foi expressamente classificado como um trabalho de categoria inferior. A CLT se valeu de uma característica peculiar ao trabalho doméstico, qual seja, a da não lucratividade dos serviços prestados, como um meio de justificar a sua exclusão jurídica. Demonstra-se claramente a projeção da escravidão nesse momento histórico, ratificando o argumento expendido acima, de que muitos ex-escravos tornaram-se “servos” domésticos. (FERRAZ; RANGEL, 2010, p. 8644).

Assim, mesmo após a promulgação da CLT, o trabalho doméstico permaneceu sendo identificado com a retrógrada figura da locação de serviços, regida pelo Código Civil de 1916. Somente com o advento da Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, regulamentada pelo Decreto 71.885, de 9 de março de 1973, é que foram estabelecidas as disposições que regem a profissão dos domésticos. No entanto, ainda de maneira muito tímida, não prevenindo mais do que férias de 20 dias por ano e a inclusão no regime geral de previdência social.

Em 1988, cem anos após a Lei Áurea, tem-se a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, tão aclamada como Constituição Cidadã pelo amplo rol de direitos e garantias fundamentais que positivou no seu texto. Mas, novamente, não se estabeleceu a igualdade plena entre os empregados domésticos e os demais empregados.

Pessoa afirma que “a Constituição de 1988 é o marco histórico dos direitos dos domésticos. Foi com a promulgação desta Carta que o trabalhador doméstico alcançou direitos significativos, elencados no Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais.” (PESSOA, 2000, p. 12). Não se pode concordar com tamanho elogio. Isto porque, dos 34 direitos sociais garantidos aos trabalhadores no art. 7º da Carta, somente 9 foram estendidos, por seu parágrafo único, aos empregados domésticos. Não foram reconhecidos aos domésticos, entre outros, o adicional noturno (inciso IX) e o limite de jornada diária e semanal com o direito ao pagamento de horas extraordinárias com acréscimo de, no mínimo, 50% (inciso XIII).

Nos anos seguintes, seguem-se algumas leis que foram reconhecendo aos poucos alguns direitos a estes trabalhadores. Em 23 de março de 2001, é publicada a lei n. 10.208, que permite o acesso do trabalhador doméstico ao FGTS e ao seguro-desemprego, mas como faculdade do empregador. No entanto, o caráter facultativo da norma lhe retira toda eficácia jurídica cogente, mantendo-a em campo externo ao direito propriamente.

Causa maior espanto que determinados direitos e certas proibições apenas tenham sido previstos em 19 de julho de 2006, na Lei n. 11.324. Este diploma legal veio alterar a Lei n. 5.859/72, para o fim de, entre outras disposições, vedar “descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia” (art. 2º-A), limitar os descontos com moradia aos casos em que esta for em local diverso daquele em que ocorre a prestação dos serviços (art. 2º-A, § 1º) e vedar “a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto” (art. 4º-A). Disposições que, se não são óbvias, já eram reconhecidas aos demais empregados há muito tempo.

E mais. Se é necessário que seja promulgada uma lei que vede tais absurdos é porque, na prática, vinham ocorrendo rotineiramente, sem qualquer constrangimento.

E a situação precária e de discriminação aos trabalhadores domésticos, hoje, não é exclusividade brasileira. Tanto o é que, em 2011, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), reunida em Genebra, na 100ª Conferência, aprovou a Convenção n.º 189, que determina, em seu artigo 3, que “todo Membro deverá adotar medidas para assegurar a promoção e a proteção efetivas dos direitos humanos de todos trabalhadores domésticos, em conformidade com as disposições da presente Convenção.” (OIT, 2013).

E, ao longo da Convenção, são expostos diversos direitos denominados de direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores doméstico. O artigo 6 determina que devem ser asseguradas “condições equitativas de emprego e condições de trabalho decente”. Do mesmo modo, o Artigo 10 traz uma série de determinações a respeito da igualdade com os demais trabalhadores e acerca da jornada de trabalho: (i) todo Membro deverá adotar medidas para garantir a igualdade de tratamento entre os trabalhadores domésticos e os trabalhadores em geral com relação às horas normais de trabalho, à compensação de horas extras, aos períodos de descanso diários e semanais e férias anuais remuneradas, em conformidade com a legislação nacional e com acordos coletivos, considerando as caracterís-

ticas específicas do trabalho doméstico; (ii) o período de descanso semanal deverá ser de pelo menos 24 horas consecutivas; (iii) períodos nos quais os trabalhadores domésticos não dispõem livremente de seu tempo e permanecem à disposição do domicílio onde trabalham de maneira a atender a possíveis demandas de serviços devem ser consideradas como horas de trabalho, na medida em que se determine na legislação nacional, acordos coletivos ou qualquer outro mecanismo em conformidade com a prática nacional (OIT, 2013).

É evidente que várias destas determinações não eram cumpridas pelo Brasil, já que, aqui, como já se expôs, a maior parte dos direitos previstos pela Constituição aos demais trabalhadores não era estendida ao doméstico, como é o caso da limitação de jornada e do pagamento de adicional por horas extraordinárias e por trabalho noturno.

Mas esta situação mudou, pelo menos no plano normativo, com a publicação da EC n. 72, de 03 de abril de 2013.

4 LIMITES E POSSIBILIDADES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 72

Em 03 de abril de 2013, foi publicada no Diário Oficial da União a EC n. 72, que deu nova redação ao parágrafo único do art. 7º da Constituição, nos seguintes termos: “são assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.”

Com isso, passaram a ser reconhecidos os seguintes direitos aos domésticos: indenização compensatória pela dispensa sem justa causa (inciso I), seguro-desemprego (inciso II), FGTS obrigatório (inciso III), adicional pelo trabalho noturno (inciso IX), configuração de crime da retenção dolosa do salário (inciso X), salário-família (XII), jornada de trabalho máxima de 44 horas semanais (inciso XIII), com o pagamento de horas extraordinárias com adicional de, no mínimo, 50% (inciso XVI), assistência gratuita aos filhos até os 5 anos de idade (inciso XXV), reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho (inciso XXVI), seguro contra acidentes de trabalho (inciso XXVIII), vedação de diferenciação de salário em virtude de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX), bem como por ser portador de deficiência (XXXI) e a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos (inciso XXXIII).

A publicação desta emenda é de grande importância, tanto no cenário interno, quanto internacional, pois, além de cumprir com parte das determinações da Convenção n. 189 da OIT, a EC n. 72 foi responsável por corrigir uma discriminação constitucional infundada em face dos trabalhadores domésticos.

Essa substancial alteração normativa deve ser avaliada no contexto da sociedade brasileira e igualmente com base na experiência histórica de outras medidas legislativas que trataram do trabalho doméstico. Nesse sentido, é pertinente a crítica de Carneiro e Rocha quando escrevem que as conquistas de direitos destes trabalhadores, embora tenham lhes dado “vidas particulares separadas da casa e do domínio dos patrões” (CAR-

NEIRO; ROCHA, 2009, p. 125) e melhores condições de consumo para uma suposta “vida melhor”, não afastou a situação de miséria, que não é apenas material (CARNEIRO; ROCHA, 2009, p. 126).

Os limites das medidas legislativas no âmbito do trabalho doméstico possuem, segundo Ferraz e Rangel, quatro causas: duas de matriz cultural, uma de origem econômica e outra institucional (FERRAZ; RANGEL, 2010, p. 8650).

Do ponto de vista cultural, apontam duas razões, que dizem respeito a quem emprega. A primeira delas é devida ao entendimento da maior parte dos empregadores domésticos de que seus empregados não são comparáveis aos empregados não domésticos. “Partem da premissa de que a contratação é na verdade ‘um favor’ que fazem a alguém que normalmente não teria qualificação para outro tipo de ocupação no mercado de trabalho. É assim que os domésticos são ‘apadrinhados’ por seus senhores, tornando-se ‘quase da família’.” (FERRAZ; RANGEL, 2010, p. 8651).

A segunda razão cultural apontada refere-se ao *status* que confere a alguém o fato de ter empregados domésticos, o que leva a buscarem por estes serviços até mesmo algumas famílias que não tem condições de arcar com todos os encargos de uma contratação trabalhista formalizada (FERRAZ; RANGEL, 2010, p. 8651).

Além destes, apontam os autores um motivo de ordem econômica, relativamente, em especial, às mulheres empregadas nestas funções. Afirmam que o alto grau de informalidade é favorecido “pela oferta abundante de mão de obra feminina barata, seja pela desqualificação da maior parte das trabalhadoras brasileiras, seja pelo grande número de famílias chefiadas por mulheres domésticas.” (FERRAZ; RANGEL, 2010, p. 8651).

E, por fim, citam aquilo que chamam de fator institucional que contribui ainda mais para o aumento da informalidade: “Trata-se da impossibilidade de o Estado fiscalizar o trabalho no interior dos domicílios e impor sanções, como também a dificuldade de o trabalhador doméstico produzir provas na Justiça do Trabalho.” (FERRAZ; RANGEL, 2010, p. 8651).

Não se pode perder de vista que a relação entre empregados e empregadores domésticos é, sim, uma relação de conflito de classes que é constantemente camuflada pelo mito de que o empregado doméstico é como se fosse alguém da família. Essa dimensão sociológica da relação trabalhista travada no âmbito doméstico se sobrepõe às alterações legislativas meramente formais e desprovidas de mudanças de consciência social efetiva.

O conflito de classe restou claramente demonstrado na reação dos empregadores domésticos, em especial entre a classe média alta, em face do elevado custo que passou a ter essa relação trabalhista. Os argumentos de classe com o objetivo de manter os privilégios até então existentes foram de diversas ordens e, em especial, se constituíram de ameaças, como a da possibilidade de uma onda de desemprego. Conforme expõe Krieger, ao tratar da ratificação da Convenção n. 189 pelo Brasil,

[...] nem se diga que a ratificação desta Convenção, acarretaria prejuízos aos próprios domésticos e que possivelmente aumentaria a informalidade ou o número de desempregos. Isso porque tal argumento, extremamente conservador, foi utilizado todas as vezes que se garantiu algum direito aos trabalhadores e, conforme se sabe, os referidos prejuízos nunca ocorreram na prática! (KRIEGER, 2012, p. 271).

Os argumentos de classe com o objetivo de manter privilégios aparecem sempre que há uma nova proposta de aumento da proteção e do rol de direitos sociais, como apontou Ramos Filhos ao tratar da aprovação da lei que previa, pela primeira vez no Brasil, o direito dos trabalhadores a férias anuais de 15 dias (RAMOS FILHO, 2012, p. 63-64), bem como da redução da jornada de trabalho dos menores (RAMOS FILHO, 2012, p. 65-67).

Assim, faz-se necessário observar que a mudança legislativa por si só não é suficiente para alterar a realidade fática. A previsão de uma igualdade meramente formal não é suficiente para efetivamente dar tratamento igualitário para situações fáticas desiguais. Nesse sentido, conforme afirma Krieger,

[...] o princípio da igualdade é por vezes interpretado a partir de uma visão formal, acreditando-se que a simples previsão normativa a um tratamento isonômico é suficiente para o estabelecimento da igualdade, ainda que entre pessoas ou grupos essencialmente distintos. Essa visão, além de não impedir ou minimizar desigualdades, contribui para o seu fortalecimento, eis que partes em situações desiguais não podem ter seus interesses aferidos por critérios idênticos, sob pena de transportar-se a desigualdade dos fatos para o mundo jurídico. (KRIEGER, 2012, p. 262).

Assim, têm-se claros limites para a efetivação das medidas normativas que buscam disciplinar e proteger o trabalhador doméstico. Compreender o fenômeno social da relação de trabalho doméstico no Brasil é fundamental para que melhores condições de trabalho nesse âmbito sejam possíveis. Trata-se de deslocar a compreensão dessa questão para a base de sustentação de uma sociedade que se pretende democrática e republicana.

Se medidas normativas não alteram por si só a realidade, essa também não se modifica sem aquelas. Desta forma, a EC n. 72 é muito mais do que um ponto de chegada da luta pelo trabalho doméstico digno no Brasil. Na verdade, é um ponto de partida, o início de um novo capítulo da história brasileira do trabalho doméstico. Aqui residem as possibilidades dessa alteração constitucional. A consciência de que viver em uma república democrática implica na compreensão da comunidade política como um bem intersubjetivo, no sentido de que ela oferece aos seus cidadãos os pressupostos institucionais e materiais para todos poderem se compreender como membros dignos de valor (FORST, 2010, p. 143) é condição fundamental para que uma alteração constitucional como a realizada pela EC n. 72 torne-se realidade.

REFERÊNCIAS

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando A. *História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América Portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

BEIRÃO, Nirlando. O mundo sem vulgaridades. *Carta Capital*, São Paulo, ano 18, n. 732, p. 48-49, 23 jan. 2013.

FERRAZ, Fernando Basto; RANGEL, Helano Márcio Vieira. A discriminação sociojurídica ao emprego doméstico na sociedade brasileira contemporânea: uma projeção do passado colonial. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 8633-8657.

- FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. Tradução Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 34. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento urbano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1977.
- FREYRE, Gilberto. *Ordem e progresso: processo de desintegração das sociedades semi-patriarcal no Brasil sob o regime de trabalho livre: aspectos de um quase meio século de transição do trabalho escravo para o trabalho livre e da monarquia para a república*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1990.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Domestic workers across the world. 2013. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_200962.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2013.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Trabajo decente para los trabajadores domésticos. Conferencia Internacional Del Trabajo, 99 reunión, 2010. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2009/109B09_24_span.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2013.
- KRIEGER, Mariana. O trabalhador doméstico no Brasil e a Convenção 189 da OIT: uma questão de igualdade. In: RAMOS FILHO, Wilson (Coord.) *Trabalho e regulação: as lutas sociais e as condições materiais da democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. v. 1.
- OIT. *Convenção e Recomendação sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos*. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_169517.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2013.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antonio Cesar. *Direito do trabalho doméstico: doutrina, legislação, jurisprudência prática*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- PESSOA, Eduardo. *Direito do trabalho doméstico*. São Paulo: WVC; Rio de Janeiro: Letras e Expressões, 2000.
- RAMOS FILHO, Wilson. *Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.
- RAMOS FILHO, Wilson (Coord.) *Trabalho e regulação: as lutas sociais e as condições materiais da democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. v. 1.
- SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira. Quem é e como vive*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009.

SOUZA, Jessé. *Os batalhadores brasileiros: nova classe média ou nova classe trabalhadora?* 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012.

WROBLESKI, Stefano. Trabalho doméstico ainda é mal pago e informal no Brasil, diz OIT. *Brasil de fato*. 18 jan 2013. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/11633>>. Acesso: 10 ago. 2013.

A NECESSÁRIA REVISÃO DA LEI DE ANISTIA EM UMA VISÃO PROSPECTIVA: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SOCIAIS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Eduardo Biacchi Gomes*
Daniel de Oliveira Godoy Junior**

1 INTRODUÇÃO

Não há como dissociar a luta pela defesa dos direitos democráticos no âmbito do regime (1964/1985) brasileiro decorrente do golpe civil-militar de 1964, do contexto da luta pela defesa dos direitos humanos.

No caso do golpe civil-militar, seja sob a ótica tradicional, seja sob o enfoque crítico, as violações aos direitos humanos ocorreram de forma massiva.

Em visão prospectiva com base no momento atual, observadas as experiências anteriores, trata-se de reinterpretar os direitos humanos em uma perspectiva crítica, contextualizada e intercultural, embasada no reconhecimento da diferença e da identidade, na redução das desigualdades e na mais ampla inclusão social.

Revisitar a Lei de Anistia, agora sob a ótica do atual Estado Democrático de Direito, significa emprestar a mesma uma interpretação conforme com a Constituição de 1988, qual seja, dar-se um conteúdo racional de forma a assegurar a legitimidade da dominação (WEBER, 2009, p. 141)¹ (legitimidade esta inexistente no caso da ditadura civil-militar, ausente a democracia), expressa, no caso, na validade ou não do texto normativo.

É sob tal prisma que o presente artigo examina a passagem dos 50 anos do Golpe Civil-Militar e suas consequências para o presente e futuro dentro do Estado Democrático de Direito.

2 DITADURA CIVIL-MILITAR - DIREITOS HUMANOS E SOCIAIS VIOLADOS

Dentro do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos devem ser examinados dentro de uma perspectiva intercultural, de forma a se buscar a sua lenta e progressiva construção, com o objetivo de tutelar, cada vez mais, a pessoa humana.

Para Herrera Flores (2005, p. 13):

* Pós-doutor em Estudos Culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona; Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Professor Adjunto integrante do quadro das Faculdades Integradas do Brasil; Professor Titular de Graduação e Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Professor Colaborador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Professor dos Cursos de Graduação de Direito e Relações Internacionais do Grupo Uninter; Rua Imaculada Conceição, 1155, Prado Velho, 80215-901, Curitiba, Paraná, Brasil; eduardobiacchigomes@gmail.com

** Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos; Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil; Vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil do Paraná; Advogado; Rua Brasilino Moura, 253, Ahú, 80540-340, Curitiba, Paraná, Brasil; cauapora@hotmail.com

¹ “Há três tipos puros de dominação legítima. A vigência de sua legitimidade, pode ser, primordialmente: 1. De caráter racional: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles, que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal) [...]”

[...] los derechos humanos no son categorías previas ni a la acción política ni a las prácticas económicas. La lucha por la dignidad humana es la razón y la consecuencia de la lucha por la democracia y por la justicia. No estamos ante privilegios, meras declaraciones de buenas intenciones o postulados metafísicos que plantean una definición de la naturaleza humana aislada de las situaciones vitales. Por el contrario, los derechos humanos constituyen la afirmación de la lucha del ser humano por ver cumplimentados sus deseos y necesidades em los contextos vitales em que está situado.

Neste contexto, adotando a teoria crítica de Herrera Flores (2005, p. 15) pela qual “[...] hablar de derechos humanos es hacerlo de la apertura de procesos de lucha por la dignidad humana” não há como se dividir, ainda que pedagogicamente, os direitos civis dos políticos ou dos sociais, pois a interdependência e a indivisibilidade estão na noção de direitos humanos em seu enfoque crítico.

É o que Wolkmer e Batista (2011, p. 131-151) entendem ao afirmar que:

[...] os direitos humanos não são categorias normativas que existem em um mundo ideal que espera ser posto em prática pela ação social. Os direitos humanos se vão criando e recriando a medida que vamos atuando no processo de construção social da realidade.

Nestes parâmetros, mais do que nunca, os direitos humanos, segundo os mesmos autores:

[...] devem ser vistos, e postos em prática, como o produto de lutas culturais, sociais, econômicas e políticas por “ajustar” a realidade em função dos interesses mais gerais e difusos de uma formação social, ou seja, os esforços por buscar o que faz que a vida seja digna de ser vivida. (WOLKMER; BATISTA, 2011, p. 134).

Piovesan (2013b, p. 230-231), também, assinala que:

[...] em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser afastada definitivamente a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância.

Observado isso, em 1964, o golpe civil-militar estabeleceu uma ditadura no Brasil. Os direitos humanos, ainda que formalmente assegurados na lei ou na Constituição, foram cerceados ou suprimidos.

Militantes de oposição ao regime - primeiro os de esquerda, nos seus diversos matizes e diferenças, depois os liberais foram demitidos, excluídos do serviço público, perseguidos, cassados nas direções das associações sindicais ou estudantis. Ato contínuo, foram extintos os partidos político e banidos muitos brasileiros do território nacional -

normalmente pelo autoexílio - havendo centenas de torturados e desaparecidos, seja nas áreas rurais, seja nos aglomerados urbanos.

A ditadura não surgiu da noite para o dia. Organizados em associações civis, partidos políticos conservadores, sindicatos de empregadores, Igrejas e nos quartéis, na fase de gestação do Golpe de 1964, os mais expressivos setores do pensamento conservador se uniram em uma rede midiática.

Os anos de 1968, 1978, 1983, nos marcos ainda da ditadura civil militar foram marcantes no desdobramento do marco repressivo instaurado em 1964.

Naquele momento histórico em que as elites brasileiras, com apoio expresso dos EUA contribuíram na concepção, preparação, deflagração e consolidação do regime ditatorial civil-militar é importante situarmos o ano de 1968 no contexto internacional, eis que no mesmo momento histórico em que aqui se instaurava o Golpe dentro do Golpe com o AI-5 (em 13 de dezembro de 1968).

3 A LEI DE ANISTIA E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SOCIAIS

Em 1975, ainda na ditadura civil-militar (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2013),² o Presidente Geisel, batia-se em disputa entre a chamada linha dura (chefiada pelo General Sylvio Frota, comandante do Exército) e aquela que defendia uma abertura lenta, gradual e segura (GASPARI, 2004, p. 35).³

Por força da Emenda Constitucional n. 8, de 14 de abril de 1977, conhecida como “Pacote de Abril”, um terço dos senadores passaram a ser escolhidos por via indireta, (eleição indireta, “senadores biônicos”).

Em 1977, viveu-se no Brasil um momento importante da luta pela redemocratização com a Conferência da OAB em Curitiba, reivindicando o fim do AI-5 e o reestabelecimento do Habeas Corpus. Como consequência, também já em 1978 reforça-se a luta organizada da sociedade pela anistia. Em 1979, assume o governo o General Figueiredo, ex-chefe do SNI, indicado por Geisel.

Em contrapartida, dava-se a continuidade da luta pela anistia, ampla, geral e irrestrita.

² Em 1964 instalou-se a ditadura civil-militar no Brasil, a qual perdurou até 1985. Empregamos a expressão “ditadura civil-militar” ao invés de “ditadura militar” porque a primeira identifica o compromisso de segmentos expressivos da sociedade brasileira à época com o regime de exceção. Para tanto, importante consultar o site da Comissão Nacional da Verdade, onde consta farta documentação e relatórios acerca do envolvimento civil no Golpe e a posteriori.

³ “Colocando-se na posição de árbitro do gradualismo, estava a um só tempo descomprimindo o processo e cristalizando na sua vontade o arbítrio da ditadura. Queria a distensão, desde que tivesse a prerrogativa de dizer qual, como e quando. Queria menos ditadura tornando-se mais ditador.”

Dando prosseguimento a chamada “abertura” do regime, Figueiredo envia um anteprojeto de Lei (BRASIL, 2013a),⁴ do qual sobreveio a Lei de Anistia (SAFATLE, 2013)⁵ (Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979) (BRASIL, 1979).

O processo legislativo teve seu final na votação realizada por um Congresso Nacional viciado na sua composição pelo chamado Pacote de Abril de 1977, caracterizando-se, tal resultado, como mais um exemplo do chamado “déficit democrático”.

Em 1983, a luta pelas eleições diretas redundou, em 1984, na eleição do primeiro presidente civil no Congresso convertido em Colégio Eleitoral. Com as eleições congressuais de 1984, viveu-se mais um momento da chamada “transição democrática”, tendo o vice-presidente assumido em 1985, sem ao menos o eleito tomar posse, pois faleceu antes.

Ao se referir àquele momento político, já nos estertores de um regime que findaria formalmente em 1985, afirma Genro (apud ABRÃO, 2012, p. 94) que:

[...] a violência foi menos massiva,⁶ a resistência armada foi pequena e não chegou ao nível de ameaçar a estabilidade do regime excepcional. Aliás, a força política e o apoio político civil que o regime ainda detinha em 1979 foram a origem da “relativização” da anistia no Brasil.

Desde 1989, com a primeira eleição direta para Presidente da República, viu-se a retomada da formalidade democrática com sucessivas eleições diretas para Presidente da República. A normalização democrática formal, não levou a revisão integral da institucionalidade herdada do regime civil-militar.

Assim, da análise do contexto histórico-social da época, em plena ditadura civil-militar, verificamos que as condições de aprovação da lei de anistia brasileira se deram num contexto histórico de inexistência de um Estado Democrático de Direito, no âmbito de uma

⁴ No dia 28 de junho de 1979, o então Presidente João Baptista Figueiredo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei de Anistia, que recebeu o número 14/79. Faltavam apenas dois dias para o recesso parlamentar. O Líder da Oposição solicitou a convocação extraordinária do Congresso Nacional para apreciação imediata da matéria. Não foi atendido. O projeto, de pronto, recebeu severas críticas; dizia-se que a proposição transformava a ação política em terrorismo, os servidores demitidos em pedintes e concedia o perdão antecipado aos torturadores. A principal crítica era a não inclusão dos presos políticos na concessão da anistia, os quais iniciaram uma greve de fome em todo o País. O Presidente da Comissão Especial designada para examinar o Projeto de Anistia, Senador Teotônio Vilela, peregrinou pelos presídios do País em visita aos presos políticos e relatou, ao final, não ter encontrado nenhum terrorista entre eles. A matéria tramitou de 28 de junho a 22 de agosto de 1979, quando foi aprovada, na forma do Substitutivo apresentado pela Comissão Mista instalada para sua apreciação, em tumultuada sessão do Congresso Nacional. O ponto alto da sessão foi a apreciação da emenda Djalma Marinho, que considerava conexos os crimes políticos de qualquer natureza praticados por motivação política e terminou rejeitada. Houve intensa reação do Senador Marcos Freire ao “fechamento de questão” contra a matéria anunciada pelo Líder da Arena, uma vez que o autor da emenda era da Arena.

⁵ “No entanto, uma das maiores mentiras herdadas daquele período é a história de que existiu uma anistia resultante de ampla negociação com setores da sociedade civil e da oposição. Aquilo que chamamos de “Lei da Anistia” foi e continua sendo uma mera farsa. Primeiro, não houve negociação alguma, mas pura e simples imposição das condições a partir das quais os militares esperavam se autoanistiar. O governo de então recusou a proposta do MDB de anistia ampla, geral e irrestrita, enviando para o Congresso Nacional o seu próprio projeto, que andava na contramão daquilo que a sociedade civil organizada exigia. Por não ter representatividade alguma, o projeto passou na votação do Congresso por míseros 206 votos contra 201, sendo todos os votos favoráveis vindos da antiga Arena. Ou seja, só em um mundo paralelo alguém pode chamar de “negociação” a um processo no qual o partido governista aprova um projeto sem acordo algum com a oposição. Há de se parar de ignorar compulsivamente a história brasileira.”

⁶ Quando o autor citado faz comparação da ditadura brasileira com as do Chile, Argentina e Uruguai.

ditadura civil-militar. Extrai-se, daí, a absoluta ausência da necessária legitimidade democrática que deve revestir toda norma nos termos do que ensina Nino (1977, p. 21).⁷

A revisão da Lei de Anistia é momento privilegiado para, ao mesmo tempo em que se dá efetividade ao texto constitucional, implementar, sob a ótica prospectiva, reformas no Estado Democrático de Direito, capazes de emprestar legitimidade a dominação imposta.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SOCIAIS

O Supremo Tribunal Federal, no âmbito interno, faz o controle da constitucionalidade das normas, por força do art. 102, inciso I), alínea a) da Constituição Federal de 1988.

No âmbito da mesma Corte, exerce o julgamento das arguições de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, par. 1º, da Constituição Federal de 1988), previstas estas na Lei n. 9.882/99.

A norma, como ensina Canotilho (1993, p. 203), distingue-se do seu enunciado (formulação, disposição do texto à ser interpretado): “Norma é o sentido ou significado adstrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições).”

E a norma constitucional é apresentada como “um modelo de ordenação juridicamente vinculante, orientado para uma concretização material e constituído: por uma medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos (programa normativo); por uma constelação de dados reais (sector ou domínio normativo). Tradicionalmente, a norma reconduzia-se ao programa normativo (simples adscrição de um significado a um enunciado textual); hoje, a norma não pode desprender-se do domínio normativo.

Hoje, no neoconstitucionalismo, é reconhecida a influência da norma nos fatos sociais, alterando-os, modificando-os. Daí que a norma, à partir dos princípios, é modelo vinculante, “[...] *de um ordenamiento parcial signado por sua materia, pero no por ello absorvido por los hechos materiales.*” (MULLER, 1989, p. 114).

E neste contexto, segundo Muller, a norma jurídica, é entendida como:

[...] modelo de ordenamiento marcado por su matéria, como proyecto vinculante de un ordenamiento parcial dentro de la comunidade jurídica, proyecto que el precepto jurídico refleja más o menos a través del lenguaje, donde lo que ordena y lo ordenado se pertenecen mutuamente y se complementam a menudo em la realización práctica del derecho. (MULLER, 1989, p. 123).

Para Muller (1989 apud ALEXY, 2008, p. 77, 78 e 80; CANOTILHO, 1993⁸), o que importa para a teoria dos direitos fundamentais (sob a qual se ampara o modelo de normas, constitu-

⁷ “A legitimidade subjetiva consiste na crença generalizada da população na justificação moral do governo e seus objetivos. A democracia é vista então, como um instrumento para alcançar o fim da estabilidade. De fato, àqueles que se encontram envolvidos em uma transição democrática e propõe ou instauram reformas institucionais, tratam de consolidar e estabilizar estruturas democráticas ao mesmo tempo que tentam evitar as ameaças de regressar a alternativas autoritárias.”

⁸ No sentido da “teoria estrutural pós positivista da norma jurídica”, consistindo na tese da “não identidade entre norma e texto normativo”. Com essa tese Muller pretende afirmar “que uma norma jurídica é mais que o texto”, Dworkin não concorda integralmente com Muller quanto a isso, afirmando ser esta “incompatível com a teoria semântica da norma” que é o ponto de partida do conceito de norma de direito fundamental, por ele apresentada. Apresenta três objeções em relação a isso.

ído por regras e princípios sob o qual se funda o pós-positivismo) é fazer-se a distinção entre regras e princípios, sendo esta a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, sendo o ponto inicial para responder-se a questão quanto a possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 85).

Importante destacar que para Barroso (2013, p. 64) a dignidade humana “[...] *como um valor fundamental que é também um princípio constitucional [...] funciona tanto como justificativa moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.*”

São estes pois, os valores, regras e princípios que devem nortear a apreciação - sob a ótica da constitucionalidade ou do controle de convencionalidade - no âmbito interno, da Lei de Anistia.

No âmbito externo, relativamente as leis de auto-anistia, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos *Barrios Altos* (*Chumpipuma Aguirre e outros vs. Peru*) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014a) e *Almonacid Arellano e outros vs Chile* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014b), por exemplo, consolidou, para Piovesan (2013a, p. 356) um:

[...] entendimento de que as leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana, por afrontarem direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, obstando o acesso a justiça, o direito à verdade e a responsabilização por graves violações de direitos humanos (como as torturas, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias e o desaparecimento forçado).

No plano da América do Sul, a Argentina, através da Corte Suprema de Justiça, anulou as Leis de Ponto Final (Lei n. 23.492/86) e da Obediência devida (Lei n. 23.521/87) fundando-se na decisão do caso *Barrios Altos* (ARGENTINA, 2014).

No Brasil, todavia, a partir da dimensão jurídica conservadora exarada no julgado da ADPF 153, uma visão atentatória aos direitos humanos, a Constituição Federal e aos Tratados e Convenções firmados pelo Governo e ratificados pelo Congresso.

4.1 AS ADPFS N. 153 E N. 320

Objetivando questionar os efeitos da Lei de Anistia, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2014), levou a matéria relativamente a interpretação desta em face da Constituição Federal, através da ADPF n. 153 (BRASIL, 2013b),⁹ ao Supremo Tribunal Federal. O Plenário da Corte, entendeu, por maioria, até o presente momento, o texto como compatível com a Constituição Federal (BRASIL, 2013c).

Posteriormente àquela fase de julgamento (a matéria encontra-se ainda, pendente da apreciação de Embargos de Declaração, não tendo ocorrido trânsito em julgado¹⁰),

⁹ O pedido vem assim gizado ao Supremo Tribunal Federal, requerendo a procedência da inicial para que através de uma interpretação conforme declarar que “[...] a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)” petição inicial da ADPF 153, na ação ajuizada pelo Conselho Federal da OAB.

¹⁰ Posteriormente, após o manejo de embargos de declaração, o Conselho Federal da OAB juntou as autos a sentença da CIDH no Caso Gomes Lund e requereu um pronunciamento expresso da Corte.

sobreveio decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, - que mais uma vez, como já havia ocorrido em casos anteriores (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013a),¹¹ agora no Caso Gomes Lund (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013b),¹² (que trata da Guerrilha do Araguaia) -, reconhecendo a impossibilidade de se admitir nos ordenamentos jurídicos internos as chamadas auto anistias (conforme já nos referimos). É importante lembrar que em todos os países do chamado Cone Sul - onde se implantaram as ditaduras militares na década de setenta, especialmente Uruguai, Argentina e Chile - foram aprovadas leis de auto anistia, isentando-se de pena os crimes praticados pelos agentes da repressão política naqueles períodos.

Mais recentemente, o Partido Socialismo e liberdade (2014), ajuizou a ADPF n. 320, cuja peça inaugural (BRASIL, 2014), no seu mérito, funda-se no julgado da Corte Internacional exarado no caso Gomes Lund.

O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, (Pacto de San Jose da Costa Rica) Decreto de Promulgação 678, de 06 de novembro de 1992, o qual dispõe em seu art. 68 § 1º, que “[...] os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

A Constituição recepciona os Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, compatíveis com o art. 4º, II; 5º §§ 2º e 3º, e art. 7º, do ADCT da mesma Constituição. Não há racionalidade no fato do Estado Democrático Brasileiro observar no Congresso Nacional todos os ritos e a submissão dos Tratados Internacionais ao processo de integração ao sistema normativo e posteriormente, não cumpri-los (FAORO,¹³ 2001, p. 832; HOLANDA,¹⁴ 1995, p. 182).

¹¹ Toma-se como paradigma o Caso Barrios Altos versus Peru, no qual se decidiu que: “41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”

¹² No tocante especificamente à Lei brasileira n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, decidiu a Corte:

“172. A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (supra pars. 87, 135 e 136) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.”

[...]

“174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana, ocorridos no Brasil.”

¹³ Será que cumprimos aí a constatação profética, qual seja: “[...] filtra-se uma consequência: o povo quer a proteção do Estado, parasitando-o, enquanto o Estado mantém a menoridade popular, sobre ela imperando. No plano psicológico, a dualidade oscila entre a decepção e o engodo.”

¹⁴ “As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul. É em vão que os políticos imaginam interessar-se mais pelos princípios do que pelos homens: seus próprios atos representam o desmentido flagrante desta pretensão.”

Assim, também, dado o fato novo trazido ao mundo jurídico, há condições de reexame da matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Não bastasse isso, na ADPF 320, as razões de mérito do pedido são fundadas expressamente na sentença do caso Gomes Lund.

4.2 O CASO GOMES LUND

Dentre as observações trazidas pela Corte Interamericana no Caso Gomes Lund, está a não realização do chamado controle de convencionalidade (eis que o STF confirmou a validade de interpretação da Lei de Anistia) medida preconizada pela sentença exarada no caso. Em sentido diverso ao adotado pelo Supremo Tribunal Federal, aquela Corte observou que:

[...] no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmo la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013b).

E segue, fundamentando a Corte, que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados (respaldado pela Jurisprudência internacional e nacional), segundo o qual estes devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*) entendendo, também, que estas obrigações têm efeito vinculativo a todos seus poderes e órgãos, sendo que os mesmos Estados devem assegurar o efeito útil e garantir o cumprimento das obrigações no seu plano interno.

5 CONCLUSÃO

Existe uma tensão entre a decisão do caso Gomes Lund - nos tópicos acima apontados, observada a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - e a decisão do Supremo Tribunal Federal, que empresta validade a Lei de Anistia, negando uma interpretação conforme, nos termos do reclamado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ADPF n. 153 e agora, pelo Partido Socialismo e Liberdade na ADPF n. 320.

O Estado brasileiro deve adotar mecanismos de superação do legado autoritário, sendo que a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal a Lei de Anistia em face da Constituição de 1988, viola os tratados e convenções internacionais aos quais o Brasil aderiu.

Ainda que a decisão da Corte brasileira não enfrente de modo adequado a questão posta (ainda sob análise, como vimos) esta mesma Corte reconhece que a “[...] revisão da lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá - ou não - deve ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.” (BRASIL, 2013b).

Antecipando-se a possibilidade de não revisão da decisão majoritária da Corte, sob proposição da Deputada Luiza Erundina, tramita no Congresso Nacional, neste sen-

tido, o Projeto de Lei n. 573/2011 (BRASIL, 2011), que trata de dar interpretação autêntica a Lei de Anistia.¹⁵

O acolhimento legislativo do Projeto de Lei implica no reconhecimento da decisão que condenou o Brasil no Caso Gomes Lund e atenderia, ainda, ditame da própria decisão do Supremo Tribunal Federal (repita-se, as razões adotadas pela Corte brasileira no caso da ADPF N. 153, desconsideram as recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos).

Ainda que tenhamos uma interpretação autêntica da Lei de Anistia pelo Congresso Nacional (dentre outras medidas de aplicação da chamada Justiça de Transição), é necessário, forçosamente, estabelecer-se um diálogo com os movimentos sociais envolvidos com o tema, na tarefa de assegurar que o Poder Legislativo realize a vontade emanada do texto constitucional, eis que para estas transformações necessárias os movimentos sociais tem papel relevante, de acordo com monedero (2011, p. 167).¹⁶

Isso significa visibilizar, também, os atores sociais efetivos, segmentos tradicionalmente excluídos e marginalizados da sociedade brasileira, a chamada “ralé estrutural” (SOUZA, 2011, p. 21, grifo do autor),¹⁷ os quais tem presença cada vez mais crescente nos movimentos sociais, urbanos ou rurais.

Como já vimos, em face da característica de Constituição Democrática atribuída ao nosso texto constitucional, impõe-se no caso analisado, uma rediscussão hermenêutica (SCHIER, 1999, p. 99-100)¹⁸ da Lei de Anistia, seja no âmbito do Judiciário,¹⁹ seja na esfera legislativa (HABERLE, 2002, p. 27).²⁰

¹⁵ A justificativa do projeto de lei apresentado conclui no sentido de que “[...] é apresentado este projeto de lei, visando a dar ao referido diploma legal uma interpretação autêntica, na estrita conformidade com o julgamento condenatório daquela Corte.”

¹⁶ “Las funciones tradicionales desempeñadas em las democracias liberales por los partidos políticos ya no son patrimonio exclusivo de estas asociaciones, aunque sigan siendo responsables directas del funcionamiento estructural del Estado. Si los partidos fueron la herramienta por excelência em la construcción de los Estados sociales y democráticos de derecho, em el siglo XXI las siguientes etapas emancipatórias van a tener como sujetos intermediários nuevas formas. Por todo esto, las nuevas formas de democracia deben incorporar el valor menos utilizado de lo político durante la segunda mitad del siglo XX y que, a su vez, es el que más información porta: la ciudadanía crítica organizada em la pluralidade de movimientos sociales a la busca de la organización política perdida.”

¹⁷ “O processo de modernização brasileiro constitui não apenas as novas classes sociais modernas que se apropriam diferencialmente dos capitais cultural e econômico. Ele constitui também uma classe inteira de indivíduos, não só sem capital cultural nem econômico em qualquer medida significativa, mas desprovida, esse é o aspecto fundamental, das condições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação. É essa classe social que designamos neste livro de “ralé” estrutural, não para “ofender” essas pessoas já tão sofridas e humilhadas, mas para chamar a atenção, provocativamente, para nosso maior conflito social e político, “consentido por toda a sociedade”, de toda uma classe de indivíduos “precarizados” que se reproduz a gerações enquanto tal.”

¹⁸ “[...] Será preciso compreender a hermenêutica constitucional a partir das concepções não interpretativistas, mormente as concretistas, da constituição, por que apenas assim, poder-se-á pensar sua normatividade no âmbito de um sistema construído aberto e dialógico. Será, também, preciso compreender o controle de constitucionalidade como mecanismo radicalmente compromissado com a realização dos valores constitucionais permitindo pensar com a noção de sistema na potencial inconstitucionalidade da lei injusta. Ainda no âmbito do controle de constitucionalidade, exigir-se-á a leitura deste mecanismo em novas dimensões, desde a extensão de seus efeitos, de modo que ao lado da proteção da coerência do ordenamento jurídico - no controle abstrato - sejam também protegidos outros valores constitucionais igualmente dignos de tutela até a já consagrada declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, lançando-se mão de interpretação conforme largamente utilizada pelo nosso Supremo Tribunal Federal.”

¹⁹ Com a revisão da decisão do STF no caso da ADPF 153 ou novo pronunciamento, sob fundamento diverso, no caso da ADPF 320.

²⁰ “O processo político não é um processo liberto da Constituição: ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma.”

Tais processos institucionais (seja através de interpretação conforme no Supremo Tribunal Federal, seja através da aprovação do Projeto de Lei n. 573/2011 no Congresso Nacional), constituem mecanismos da chamada Justiça de Transição,²¹ nos termos do que afirma Torelly (2012, p. 138-139).²²

A Lei de Segurança Nacional;²³ as leis que regulam a forma e o modo de escolha dos legisladores e administradores públicos nos processos eleitorais;²⁴ a manutenção de um aparato policial-militar destinado a repressão dos mais pobres; a manutenção dos privilégios de férias em dobro e de aposentadoria (ainda que por corrupção) de magistrados; a manutenção da outorga dos canais de rádio e televisão (em sua grande maioria, em mãos de empresários apoiadores do regime ditatorial ou de políticos à ele ligados); o modelo sindical corporativo e sustentado pelo Estado, são alguns exemplos da herança decorrente do período de exceção. Trata-se de dotar a sociedade de todos os mecanismos necessários para se promover a eficácia do denominado “*não retrocesso*” (BARROSO, 2009, p. 380)²⁵ como fundamento essencial do sistema democrático que buscamos construir.

Tanto a urgência de uma reforma política quanto a de uma lei de democratização dos meios de comunicação (com a revisão da regulamentação do art. 223 da Constituição Federal de 1988), enquadram-se naquelas medidas preconizadas pela Justiça de Transição como restaurativas de um legítimo Estado Democrático de Direito, não de uma democracia de baixa densidade como temos atualmente.

Para tanto, impõe-se a necessidade de revisão da Lei de Anistia, de forma a prossequirmos, sem solução de continuidade, na construção cotidiana dos ideários democráticos daqueles que resistiram ao golpe civil-militar de 01 de abril de 1964, dando-se efetividade a Constituição garantista.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo. *Os direitos da transição e a democracia no Brasil: estudos sobre Justiça de Transição e teoria da democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²¹ A justiça de transição é conceituada como “[...] o conjunto de abordagens, mecanismos (judiciais e não judiciais) e estratégias para enfrentar o legado de violência em massa do passado, para atribuir responsabilidades, para exigir a efetividade do direito à memória e à verdade, para fortalecer as instituições com valores democráticos e garantir a não repetição das atrocidades.” (Conforme documento produzido pelo Conselho de Segurança da ONU - UN Security Council - The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report Secretary-General, S/2004/616).

²² “[...] deverá fundar o Estado de Direito e, para tanto, atuará em dois diferentes sentidos: num primeiro sentido, o império do direito é restitutivo, objetivando a verificação concreta da aplicação do direito no passado quanto a sua legitimidade, especialmente no que toca a independência política e a atenção a valores que compõe substantivamente idéia de Estado de Direito, como dignidade da pessoa humana...Num segundo sentido, o império do direito é prospectivo, e se refere a adesão a lei e aos princípios constitucionais “para frente” fundamentando, entre outros, a reforma das instituições usadas para a perpetração de crimes, a reorganização do sistema de proteção e garantias das liberdades fundamentais e a instalação de mecanismos de controle permanente de constitucionalidade de atos futuros dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário independente.”

²³ No Brasil, a atual Lei de Segurança Nacional (LSN) é a Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983, a qual define os crimes contra a segurança “http://, a ordem política e social, além de estabelecer seu processo e julgamento.

²⁴ Ainda que várias leis federais e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, de conteúdo regulamentador do processo de escolha dos dirigentes políticos brasileiros, tenham sido editadas após 1985.

²⁵ “A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvam os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infra-constitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais.”

AGÊNCIA BRASIL. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-09-19/comissao-nacional-da-verdade-vai-investigar-atividades-da-chamada-operacao-condor>>. Acesso em: 19 set. 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Nação. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/data/lesahumanidad.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo - A construção de uma conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição - Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 10. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1997. v. 1.

BRASIL. Câmara dos Deputados do Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/destaque-de-materias/lei-da-anistia/introducao>>. Acesso em: 19 set. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados do Brasil. *Projeto de Lei n. 573/2011*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=844188&filename=PL+573/2011>. Acesso em: 24 set. 2013.

BRASIL. *Lei n. 6.683*, de 28 de agosto de 1979. Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 153*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 21 set. 2013b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 320*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5892287&ad=s#2%20-%20Peticao%20inicial%20-%20Peticao%20inicial%201>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+153%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/9whyj8n>>. Acesso em: 23 de set. 2013c.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/>>. Acesso em: 11 set. 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 21 set. 2013a.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 21 set. 2013b.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2014a.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2014b.

DE GREIFF, Pablo. *Algunas reflexiones acerca del desarrollo dela Justicia Transicional*. Disponível em: <<http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewArticle/16994/18542>>. Acesso em: 12 set. 2013.

DWORKIN, Ronald. *O direito da Liberdade - A leitura moral da Constituição Norte Americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipoll. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinención de los Derechos Humanos*. Andaluzia: Atrapasuenos, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo. Cia das Letras, 1995.

MONEDERO, Juan Carlos. *El Gobierno de las palabras - Política para tempos de confusión*. 2. ed. Madrid: FCE, 2011.

MULLER, Friederich. *Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*. Madrid: CEPC, 1989.

NINO, Carlos Santiago. *La democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1977.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. Disponível em: <<http://psol50.org.br/site/>>. Acesso em; 29 jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Sociais: proteção internacional e perspectivas do constitucionalismo latino-americano*. In: SAVARIS, José Antonio; Strapazzon, Carlos Luiz (Coord.). *Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano*. Curitiba: Alteridade, 2013b.

SAFATLE, Vladimir. *A farsa da anistia*. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/politica/vladimir-safatle-relembra-anistia-passou-com-206-votos-da-arena.html>>. Acesso em: 19 set. 2013.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional - Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SILVA, Eduardo Gomes da. *A Rede da Democracia e o Golpe de 1964*. 2008. 155 p. Dissertação (Mestrado em História)-Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2008. Disponível em: <http://www.btdt.ndc.uff.br/tde_arquivos/6/TDE-2009-05-06T142904Z-1951/Publico/Dissert-2008_SILVA_Eduardo_Gomes-S.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2014.

SOUZA, Jessé. *A Ralé Brasileira, quem é e como vive*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2011.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade - Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. 4. ed. Brasília, DF: UnB, 2009. v. 1.

WOLKMER, Antonio Carlos; BATISTA, Anne Carolinne. Direitos humanos e processos de luta na perspectiva da interculturalidade. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

AS MEDIDAS DE ALCANCE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO¹

Gilsilene Passon P. Francischetto*
Juliana Oliveira Ribeiro**
Priscila Tinelli Pinheiro***

1 INTRODUÇÃO

Com a Constituição de 1988, o Brasil passa de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito, o qual prima pelos direitos de terceira dimensão, direitos estes que são chamados de difusos, isto é, aqueles que pertencem a um determinado grupo de pessoas, as quais se veem reunidas por uma característica em comum. Pode-se dizer, no entanto, que, mesmo estando expresso na Constituição Federal Brasileira que o país é um Estado Democrático de Direito, em diversas práticas do cotidiano, pode-se considerá-lo como apenas um Estado de Direito, limitado pela Ordem Jurídica, enfraquecendo-se a ideia de democracia, por exemplo, quando verificamos trabalhadores submetidos a condições análogas a de escravo.

Em uma volta ao passado histórico, como é sabido, a ditadura militar foi instaurada pelo golpe de 1964, com o apoio de uma parcela expressiva da sociedade e de algumas de suas mais importantes instituições contra o governo do presidente João Goulart. Esse período foi marcado pelo autoritarismo e violação aos diversos direitos do cidadão. Ainda nesse período, a busca pela anistia esteve interligada à luta pela retomada da democracia, pela volta do Estado de Democrático de Direito e pelo reconhecimento e respeito aos direitos humanos. Nesse contexto, surge a Lei da Anistia, a qual concedeu o perdão do Estado para aqueles que cometeram crimes políticos entre 1961 e 1979, o que acarretou esquecimento perante a sociedade.

Destaca-se, ainda, que os perseguidos do período da ditadura militar tiveram sua dignidade violada, pois foram vítimas de inúmeros abusos de direitos fundamentais, o que fundamenta a reparação e indenização por parte do Estado. Para tanto, o Ministério da Justiça criou, em 2001, a Comissão de Anistia, a qual possui variados propósitos, dentre eles: a instauração da política de reparação dos perseguidos políticos, a promoção e o in-

* Doutora em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro; Mestre em Instituições Jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora do programa de mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória; Rua Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 779, 29056-295, Santa Luzia, Vitória, Espírito Santo, Brasil; gilsilenepasson@ces.uc.pt

** Graduada em direito pela Faculdade de Direito de Vitória; Advogada; Rua Ronaldo Scampini, 445/203, Jardim da Penha, 29060-760, Vitória, Espírito Santo, Brasil; juliana.integral@gmail.com

*** Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória; Membro do Núcleo de Assessoria Jurídica Popular do Estado do Espírito Santo, Brasil; Advogada; Amelia Tartuce Nasser, 584/502, Jardim da Penha, 29060-110, Vitória, Espírito Santo; priscilatinelli@hotmail.com * Doutora em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro; Mestre em Instituições Jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora do programa de mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória; Rua Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 779, 29056-295, Santa Luzia, Vitória, Espírito Santo, Brasil; gilsilenepasson@ces.uc.pt

¹ O presente artigo refere-se à pesquisa realizada no Programa de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Vitória, sob a orientação da professora pós-doutora GilsilenePasson P. Francischetto.

centivo às pesquisas concernentes à memória e à verdade junto às universidades públicas e privadas.

Em virtude dos abusos cometidos no passado, faz-se necessária a apresentação da Justiça de Transição como uma forma de garantir direitos fundamentais, pois possui como objetivo basilar a busca da memória e da reparação da época da ditadura militar (1964-1985). Assim, a Justiça de Transição é um mecanismo importante para a consolidação da democracia, muito embora não esteja plenamente efetivada em decorrência de diversos obstáculos impostos tanto pelo governo quanto pela própria sociedade.

Ademais, é válido ressaltar os objetivos desejados nessa pesquisa, os quais são: descrever a aplicação do conceito de Justiça de Transição aos perseguidos políticos do regime militar no Brasil, verificar os aspectos legais que envolvem a lei 10.559/02, apontar o procedimento adotado pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça para reparação dos perseguidos políticos, verificar a visão de 7 (sete) perseguidos políticos no Estado do Espírito Santo acerca da aplicação da Justiça de Transição em seus julgamentos e, por fim, analisar como tem sido a aplicação da Justiça de Transição no Estado do Espírito Santo.

Quanto à metodologia, utilizou-se o método monográfico e o método hipotético-dedutivo, por meio da técnica de pesquisa documental em que serão buscados documentos de fontes primárias como oriundos de arquivos públicos e publicações administrativas do Ministério da Justiça quanto aos dados dos processos de capixabas que foram perseguidos durante o período da ditadura militar.

Desse modo, essa pesquisa de campo consistirá na realização de entrevistas com emprego de questões abertas a sete ex-perseguidos políticos do período ditatorial, os quais serão escolhidos aleatoriamente, para verificar o que pensam acerca do julgamento de seus processos junto à Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e como veem a efetivação dos pilares da Justiça de transição no estado do Espírito Santo.

Nesse sentido, os dados obtidos servirão como fonte para a análise e posterior proposição legislativa e/ou administrativa, conforme os resultados obtidos na análise teórica e nas narrativas dos entrevistados. Portanto, o presente trabalho, buscou a resposta para o seguinte questionamento: como ocorre a aplicação da Justiça de Transição aos perseguidos políticos no Espírito Santo?

2 O GOLPE MILITAR NO BRASIL E O DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA

2.1 O GOLPE MILITAR E A RESISTÊNCIA

O período do regime militar foi instaurado pelo golpe de 1964, com a contribuição de uma parcela expressiva da sociedade e algumas de suas mais importantes instituições, como a elite agrária, partidos políticos e militares, contra o governo do presidente João Goulart.

A elite agrária tornou-se um dos grandes opositores do governo de Goulart, pois, em 1963, o presidente deu início a modificações em diversas áreas, principalmente, da reforma agrária. Estas modificações estavam previstas no plano trienal, que tinha o objetivo de estimular a economia. Além da oposição da elite agrária, o governo sofreu oposição em decorrência da crescente inflação que acompanhava o país.

Desta forma, os militares foram ganhando força, por meio de propagandas anti-comunistas, entre os setores dos trabalhadores e a classe média. Os principais veículos utilizados para a propagação de ideias contrárias ao regime de governo comunista foram “[...] os organismos financiados pelos Estados Unidos, o Partido Social Democrático (PSD), a União Democrática Nacional (UDN) e a Igreja Católica.” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2011, p. 57).

Com o estabelecimento do governo militar, iniciou-se um período de ampla violação dos direitos do cidadão e forte autoritarismo. Esta forma de governo ficou mais explícita com as edições dos Atos Institucionais, por exemplo, o AI - 1, o qual determinava a cassação dos mandatos eletivos e a suspensão dos direitos políticos de diversas pessoas. Estes atos institucionais foram criados para tornar as condutas do Estado legítimas, mesmo sobrepondo a Constituição vigente, os atos institucionais serviam de parâmetro para o governo.

Ademais, logo vieram prisões na maior parte dos estados, censura à imprensa, intimidações, torturas e desaparecimentos. Porém, o apogeu do arbítrio do governo se deu com a edição do AI - 5, que dava poderes extraordinários ao Presidente da República e suspendia diversas garantias constitucionais, como a cassação de mandatos eletivos, suspensão dos direitos políticos dos cidadãos e anulação do direito à estabilidade dos funcionários públicos civis e militares (PEREIRA; MARVILLA, 2005, p. 55).

É importante ressaltar que, o regime militar classificava de “inimigos do Estado” todos que fossem adversos às suas ideologias, ou seja, era perseguido e consequentemente punido quem não aceitava as ideias do regime instaurado em 1964. Assim, os grupos opositores ao governo, como a UNE (União Nacional dos Estudantes), partidos políticos de esquerda, movimento comunista, organizações guerrilheiras e trabalhadores foram os que mais sofreram com as arbitrariedades e atrocidades cometidas pelos militares, o que acarretou grandes prejuízos ao Direito, principalmente no que tange às garantias fundamentais, pois violou não só bens materiais dos opositores ao governo, como também a integridade e a moral dos mesmos.

Portanto, para se manter no poder, os militares lançaram mão da tortura, censura, repressão, abolição de direitos fundamentais, atos institucionais arbitrários e perseguição política. Assim, a população brasileira como um todo se tornou refém do governo.

2.2 A LEI DA ANISTIA DE 1979

A reivindicação pela anistia é antiga, pois teve início logo após o golpe militar, no entanto, só foi concedida em 1979 e sempre esteve vinculada à retomada da democracia. O presidente Figueiredo enviou uma mensagem que tratava do projeto de Lei da Anistia, que foi narrada pelo Congresso Nacional. Nessa mensagem destacava que, não teriam direito a anistia os condenados por crimes que não fossem políticos (MEZAROBBA, 2006, p. 23). Importante ressaltar, que o projeto de anistia do governo se baseava no art. 57, VI combinado com o § 2º do art. 51 da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, o projeto de lei enviado pelo presidente “[...] previa a concessão de anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 31 de

dezembro de 1978, cometeram políticos ou conexos.” (MEZAROBBA, 2006, p. 39), ou seja, a Lei n. 6.683 tinha por objetivo anistiar os envolvidos nos crimes políticos ou conexos no período descrito acima.

Assim, para os militares atuantes na época, a retomada pela memória, por meio de relatos dos acontecimentos, representaria uma oposição ao princípio da Lei da Anistia, já que a referida lei era encarada como uma forma de prestação de contas e não de retomada da memória, assim o que se almejava com a edição da lei 6.683 era o próprio esquecimento tanto por parte dos militares, quanto por parte da sociedade que sofreu com esse período (MARTINS FILHO, 2003).

Consoante a essa questão, há um ponto bastante controverso que é a abrangência da lei em relação aos crimes políticos. Embora, a legislação brasileira não defina o que são crimes políticos, considera tal caráter, por meio de decisões dos tribunais, se a conduta básica ou preponderante atingir bens jurídicos fundamentais para a composição política do país, e não apenas por meio de uma mera motivação (BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2009, p. 106). Em conformidade com o exposto acima, o STF declara que:

A lei não define o que seja crime político, cabendo ao intérprete fazê-lo em cada caso concreto. Filio-me à corrente dos que admitem que o crime político só pode ocorrer quando presentes os pressupostos do art. 2º da Lei de Segurança Nacional, ao qual integra o art. 1º, como decidido no HC 73. 451/ RJ, DJU 06.06.1997, e HC 73, 452. (BRASIL, 2008b).

Além da natureza política dos crimes cometidos no regime militar, é válido analisar o art. 1º, § 1º da Lei da Anistia, que amplia o benefício dado aos crimes políticos aos crimes conexos, a qual considera conexos, “[...] os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política.” (BRASIL, 2008a). Entretanto, apenas a conexão probatória e a conexão intersubjetiva por reciprocidade podem motivar a conexão dos crimes de coerção aos crimes políticos contra a ditadura militar, pois, elas não exigem uma unidade de desígnios ou o mesmo sentido de conduta, já que é claro que isso não acontecia entre o repressor e o repreendido (BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2009, p. 111).

Acerca disso, é preciso salientar que, apesar de toda a tentativa de trazer à tona as atrocidades cometidas pelo governo militar a fim de que elas não se repitam nas próximas gerações, o depoimento de militares “[...] nega a existência da tortura e justifica os eventuais “excessos” como um resultado lógico da lei física de que a cada ação corresponde uma reação [...]” (MARTINS FILHO, 2003, p. 9).

Por fim, é importante destacar, que no período do regime militar brasileiro, a busca pela anistia esteve interligada à luta pela retomada da democracia, pela volta do Estado Democrático de Direito e pelo reconhecimento e respeito aos direitos humanos. Embora a Lei da Anistia tenha sido produzida pelos próprios militares, foi um importante marco para as entidades que lutavam pela retomada da democracia, pois o governo foi obrigado a tratar do assunto.

2.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À MEMÓRIA

Depois do longo período do regime militar, que durou de 1964 a 1985, iniciou-se um processo de transição democrática lenta e gradual, mas que beneficiou o controle civil sobre as forças militares. Tal processo originou a promulgação de uma ordem constitucional, nascia, dessa forma, a Constituição de 1988 (PIOVESAN, 2011, p. 74).

A Carta Magna de 1988 além de introduzir a democracia, introduziu também progressos na consolidação legislativa da sociedade brasileira e a garantia de forma expressa aos direitos humanos. Assim, os direitos humanos ganharam um grande valor e significância no ordenamento brasileiro. Nota-se o marco jurídico em relação à transição da democracia e o direito às garantias fundamentais.

Verifica-se que, a experiência histórica vivida pelo Brasil no período da ditadura militar possibilitou que a nova ordem constitucional valorizasse tanto a democracia, quanto a dignidade humana. Além disso, pode-se verificar que a Constituição de 1988 foi a primeira constituição brasileira a considerar fundamentais os objetivos do país, dentre eles uns que vão concretizar a democracia social, cultural e econômica com a finalidade de efetivar de fato a dignidade da pessoa humana.

No entanto, a política brasileira não costuma acertar, de fato, contas com o passado, já que todas as transições do período republicano foram caracterizadas por anistias amplas e pelo esquecimento. Para melhor ilustrar esse esquecimento do Estado brasileiro em relação ao seu passado, Pinheiro (2009, p. 13) descreve que:

Desde a instalação de uma corte de exceção no Estado Novo, o Tribunal de Segurança Nacional, em setembro de 1936, até dezembro de 1940, essa corte sumária examinou 1358 casos envolvendo 9900 pessoas, compreendendo a repressão aos comunistas em 1935 e 1936 e a repressão no Estado Novo.

Apesar dessas práticas não estarem de acordo com a democracia vivida nos dias de hoje, o Estado brasileiro pouco faz nada para amenizar esse passado, seja no sentido de reparação às vítimas ou o resgate da memória. Essa postura do Estado brasileiro impede de tornar os agentes do governo responsáveis pelos crimes da ditadura militar, de um retrato da verdade e do perdão das vítimas, como ocorreu na França pelos judeus, crianças e adultos exterminados pela ação do nazismo (PINHEIRO, 2009, p. 13).

Um ponto relevante e que deve ser debatido nesse tópico, é como assegurar os direitos fundamentais mínimos devidos ao ser humano. Para tanto, a pessoa humana deve ter o direito: à justiça, ou seja, deve ser assegurada a ele uma proteção judicial, a não ser torturado, à verdade e por fim a remédios eficazes caso ocorra alguma violação de direito do ser humano (PINHEIRO, 2009, p. 14).

Desse modo, a elevação do direito à memória ao status de direito fundamental seria uma forma de demonstrar a sua importância para a sociedade e seria, ainda, uma forma de garanti-lo ao indivíduo face ao Estado, já que a doutrina constitucionalista caracteriza tais direitos, primeiramente, como “[...] todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional” (BONAVIDES, 2009, p. 561) e, em segundo lugar, como “[...] aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado

de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada.” (BONAVIDES, 2009, p. 561)

Nesse sentido, é preciso frisar a possibilidade de formação de uma sociedade que renegue ao seu passado ou mesmo ignore as atrocidades vivenciadas pelo seu país, de forma que, caso não haja um enfrentamento a essa história é bem provável que as próximas gerações estejam fadadas à convivência com uma realidade de violência. Assim, Kehl (2010, p. 124) ressalva o perigo de uma sociedade viver de forma inconsciente, no sentido de que:

Todo agrupamento social padece, de alguma forma, dos efeitos de sua própria inconsciência. São “inconscientes” em uma sociedade, tanto as passagens de sua história relegadas ao esquecimento - por efeito de proibições explícitas ou de jogos de conveniência não declarados - quanto as demandas silenciadas de minorias cujos anseios não encontram meios de se expressar. Excluído das possibilidades de simbolização, o mal estar silenciado acaba por se manifestar em atos que devem ser decifrados, de maneira análoga aos sintomas dos que buscam a clínica psicanalítica.

Nesse sentido, o direito à memória seria uma tentativa de impedir o esquecimento desse passado violento, a fim de que a sociedade não se acostume com a prática de atrocidades e se esqueça de que é possível viver em um país sem que o poder de governo seja utilizado como uma arma contra a sociedade civil. É preciso, portanto, que os próprios cidadãos clamem por essa memória e, conseqüentemente, pela verdade sobre os acontecimentos pretéritos.

É importante ressaltar que, a Carta Magna elencou apenas alguns dos direitos fundamentais de modo que o rol presente em seu texto é apenas enunciativo, o que permite que outros direitos existentes na sociedade, mas excluídos do rol constitucional, adquiram o status de fundamentais. Isso se dá, pois os direitos fundamentais possuem um caráter formal e outro material, ou seja, existem direitos fundamentais expressos na Constituição e outros direitos considerados, também, fundamentais, que não estão positivados no texto constitucional, mas que devido à importância de seu teor, incluem-se nesta categoria (SARLET, 2010, p. 80).

Além disso, é preciso que os direitos fundamentais contidos na Constituição de um país representem o contexto vivenciado, pelo país da qual faz parte, nos anos anteriores à sua criação, visto que “[...] mais do que um documento jurídico, a Constituição é o espelho do legado cultural de um povo, e explicita o seu modo específico de existência [...]” (DANTAS, 2010, p. 38). É importante, também, que todas as conquistas obtidas pelo povo estejam contidas na Carta Magna, pois ela regerá todo o país e as demais legislações, a partir do momento em que entrar em vigor.

Diante disso, podemos concluir a importância, para uma nação, do reconhecimento da memória como poder de transformação social e, além disso, da proteção constitucional deste instituto, o que se faria por meio da aquisição do status de direito fundamental. Para tanto, a Justiça de Transição será um importante instrumento nessa retomada da memória e no combate à repetição de tais barbáries. Assim, veremos no próximo tópico em que consiste essa justiça transicional, bem como seus principais pilares e sua forma de

aplicação em sociedades que sofreram com uma época de ausência de direitos e buscam a passagem para uma democracia e a aquisição de paz social.

3 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: PARA QUE NÃO SE ESQUEÇA

3.1 CONCEITO

A Justiça de Transição embora não seja um assunto novo ainda há pouca discussão sobre o tema na sociedade. Com base nisso, esse item tem como objetivo definir o que é a Justiça de Transição, mostrar qual é a sua finalidade e, por último, mencionará alguns elementos importantes para a sua efetivação nas sociedades, que passaram por um período de repressão.

Nesse sentido, a Justiça de Transição pode ser definida como a busca pela revelação da história e pela reparação dos direitos violados ao longo de um período de repressão. Ou, ainda, pode ser conceituada como o empenho para a constituição de um momento de pós-conflito, marcado pela violação dos direitos humanos (ZYL, 2009, p. 82). Assim, a justiça, a verdade, a reparação, as reformas institucionais e a reconciliação são pilares que sustentam a eficácia de Justiça de Transição. É importante destacar que, no presente trabalho, o período e o espaço a serem analisados é a ditadura militar no Espírito Santo.

3.2 PILARES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Para combater um legado de atrocidade deixado pelo período de repressão no Brasil, são necessárias diferentes estratégias sejam judiciais ou extrajudiciais. Uma delas é o julgamento dos perpetradores que cometeram graves violações dos direitos humanos, sendo que esse julgamento servirá tanto para consolar as vítimas quanto para evitar futuras violações e abusos dos direitos humanos. Entretanto, é válido reconhecer que o sistema implantado, hoje, da justiça penal não está desenhado para tratar de violações generalizadas e sistemáticas que constituem, assim, centenas de crimes, como é o caso dos crimes ocorridos no período da ditadura.

Além disso, por conta das atrocidades e arbitrariedades ocorridas no período de repressão e com a inércia do Estado fez com que as próprias vítimas e os seus familiares se movimentassem para terem o reconhecimento dos seus direitos fundamentais. Isso era realizado por meio das denúncias realizadas, campanhas, como, por exemplo, a campanha em defesa da anistia (AMBOS et al. 2010, p. 166).

É válido destacar, que no Brasil em 2001 foi criada a Comissão de Anistia pelo Ministério da Justiça, e como órgão responsável pela efetivação da política de reparação dos perseguidos políticos da época da ditadura militar, busca à recuperação da memória coletiva e individual do povo brasileiro (BRASIL, 2008a, p. 7).

Desse modo, verifica-se a grande importância que a Comissão de Anistia tem para a efetivação e a consolidação da Justiça de Transição, pois ela traz uma aproximação dos perseguidos políticos com o reconhecimento das violações sofridas perante o Estado. No entanto, apesar da importância dela há, ainda, muito que ser feito na Comissão de Anis-

tia, principalmente, em relação aos perpetradores que cometeram graves violações dos direitos humanos.

Com relação ao pilar da busca pela verdade, pode-se dizer que é outra estratégia que deve ser utilizada para a efetivação da justiça transicional, já que ela ajuda a prevenir o futuro de novas violações. No entanto, para que seja possível sensibilizar as futuras gerações contra a tortura e diversos outros abusos ocorridos no período ditatorial é necessário ter o amplo conhecimento dos fatos e o reconhecimento do Estado das atrocidades cometidas (ZYL, 2009, p. 35).

Nesse sentido, nota-se que o Estado tem o dever de buscar e mostrar a verdade de todas as ocorrências de sua história. Dever esse, que está fundamentado na garantia da sociedade de obter informação e vai ser a partir da informação que os indivíduos vão criar o senso crítico e respeito com a vida humana.

Tendo em vista a importância da verdade para que o Estado consiga, assim, informar a verdadeira história para o cidadão, é que existem as comissões de verdade em diversos países. Essas comissões possuem a finalidade de dar voz às vítimas no meio público e seus próprios testemunhos acabam contribuindo para a construção da verdade, ou seja, destruindo as mentiras oficiais sobre as violações dos direitos humanos. Além disso, ao dar voz às vítimas, o Estado contribui para a minimização de seus sofrimentos.

Portanto, verifica-se o tamanho da importância desse pilar da justiça de transição e o quanto ele está emergente no nosso governo democrático. Assim, cabe uma luta pela eficiência da comissão nacional da verdade e, principalmente, pela verdade por inteiro. Pois, uma verdade pela metade jamais trará a clareza do nosso passado e a prevenção para as futuras gerações.

Quanto à reparação, é importante dizer que ela é devida às vítimas de abusos de direitos humanos e, de acordo com Zyl (2009), pode ocorrer de vários modos, tais como ajuda material, que a é a mais adotada pelos países que se tornaram cenário dessas atrocidades, além da assistência psicológica e da adoção de medidas simbólicas, como a criação de monumentos e homenagem às vítimas por meio de nomes de ruas. Além da reparação concedida às próprias vítimas, deve-se considerar que, muitas delas estão mortas e desaparecidas. Desta forma, a reparação deve ser proporcionada à sua família, a qual também foi atingida com a repressão.

É importante ressaltar que, pior do que não receber a devida reparação, é ter a certeza que, violações aos direitos humanos ocorrerão novamente e, que as próximas gerações estarão fadadas a essa cruel realidade, caso não seja construído um presente marcado por investigações sérias e, pela consequente, punição dos responsáveis. Nesse sentido, estabeleceu-se “[...] uma gama de medidas especiais de reparação, que vão desde a restituição e indenização à reabilitação, satisfação, prevenção e garantia de que isso não ocorrerá novamente” (BRASIL, 2010, p. 366). Para que a reparação seja completa, é importante que haja investigação profunda acerca dessa época, pelo Estado.

Desta forma, é inegável a responsabilidade do Estado no que tange ao respeito aos direitos de sua população. Nesse sentido, há previsão da reparação às vítimas no Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civis, Convenção Europeia para Proteção dos Direi-

tos Humanos e das Liberdades Fundamentais, os quais se referem ao “direito obrigatório à indenização”.

É importante dizer que a não reparação ou a reparação deficiente para as vítimas de atos violentos tem como principal fator a impunidade dos agentes responsáveis pelo cometimento de tais atrocidades. Tal fator impede que as vítimas busquem sua respectiva indenização, visto que não houve a identificação dos perpetradores e a sua devida punição pelos atos praticados.

Como se sabe, durante o regime militar, diversas violações aos direitos humanos foram cometidas, inclusive, por instituições estatais. Nesse sentido, para combater as atrocidades ocorridas no passado é de extrema importância a ocorrência de reformas institucionais, pois, por exemplo, uma autoridade pública que cometeu torturas continuar no seu cargo gerará uma sensação de impunidade e de desrespeito em relação à sociedade e, principalmente, aos perseguidos políticos que sofreram tortura e outros abusos.

A retirada dos perpetradores dos cargos públicos reestabelece a confiança da sociedade com o Estado e, ainda, restaura a integridade dessas instituições. Ademais, nota-se que essa estratégia favorece também a responsabilização não penal dos indivíduos que violaram os direitos humanos. Contudo, verifica-se a importância do compromisso do Estado de reformar suas instituições que cometeram inúmeros abusos no período ditatorial, tendo em vista que algumas delas são de extrema relevância para o governo e não podem ser extintas.

Assim, como auxílio na consolidação da justiça de transição é necessário que o Estado faça sua reforma institucional de forma séria e eficaz para que, dessa maneira, as vítimas, os familiares das vítimas e até mesmo as novas gerações sintam confiança em seu governo.

Como último pilar da justiça transicional, tem-se a reconciliação, a qual se perfaz com as recordações das atrocidades cometidas em um período de repressão e a, conseqüente, construção da história do país. Porém, é preciso diferenciá-la do perdão obrigatório, da impunidade e do esquecimento, já que essa é a confusão criada por muitas vítimas, que rejeitam a ideia de reconciliação.

Com relação à importância da construção da história, Ost (2005, p. 42) preconiza que “à sociedade sem memória não é possível atribuir uma identidade, nem ter pretensões a qualquer perenidade”. Assim, pode-se depreender que uma sociedade que não repassa seus acontecimentos às próximas gerações está condenada à ruína, como se sua base fosse construída sobre um montante de areia.

Desta forma, um dos pontos da reconciliação é a transmissão para o presente e para o futuro dos acontecimentos do passado, pois essa é a principal forma de evitar a volta da época de repressões. Somente conhecendo o passado é possível evitar a sua perpetuação. Por isso é que “[...] a reconciliação [...] não pode reduzir-se a ignorar o passado, negando o sofrimento das vítimas ou subordinando a exigência da prestação de contas e a reparação a uma noção artificial de unidade nacional.” (ZYL, 2009, p. 39).

Cabe ressaltar que, a construção da memória encontra dificuldades, que vão desde a repulsa dos próprios governantes à divulgação da verdade ocorrida à época da ditadura até a divulgação de informações selecionadas sobre os acontecimentos pretéritos. Sobre

essa última, Ost (2005) a denomina de “memória em migalhas”, a qual impede a ligação entre o passado e o presente. Acerca disso, o autor prescreve que,

[...] atualmente, o declínio da memória é ainda mais acentuado por dois fenômenos. O primeiro deles reside na superabundância de informações e imagens geradas pelas mídias, da qual resulta uma comunicação imediata e pontualizada em detrimento da coerência temporal e da hierarquia de sentidos, que é buscada pela narração dos acontecimentos no registro da memória. [...] Quanto ao segundo fator de declínio da memória coletiva, ele reside na fragmentação ao infinito de grupos e subgrupos de pertença que definem cada uma das afiliações parciais e superficiais, logo, pouco capazes de suscitar identidades coletivas e mobilizadoras. (OST, 2005, p. 54).

Portanto, é preciso que o Estado brasileiro continue na luta para o completo estabelecimento da justiça de transição, pois esse é apenas o começo da construção da identidade do povo brasileiro. O mais importante, que ainda não foi implantado pelo governo, é a investigação dos fatos ocorridos e de seus respectivos agentes, porque somente conhecendo o que de fato ocorreu no período de repressão é que a sociedade conseguirá estabelecer o nexos entre o passado e o presente, o que conseqüentemente servirá como obstáculo à repetição de tais atrocidades.

3.3 A LEI N. 10.559/02: A NECESSIDADE DA REPARAÇÃO ECONÔMICA

Tendo como base as inúmeras marcas e as sequelas deixadas na sociedade pelo regime ditatorial, nota-se a importância da efetividade da Justiça de Transição. No entanto, foi verificada uma falha em relação à reparação econômica, já que a Lei da anistia não previa esse pilar. Assim, no período da elaboração da Constituição Federal de 1988 a busca pela democracia esteve fortemente presente e em seu art. 8º, § 3º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) foi instituída ao anistiado político a reparação de caráter econômico. Porém, é válido destacar que essa reparação estabelecida era demasiadamente restrita e somente em 2001 com a Medida Provisória 2.151 é que ela foi melhor desenvolvida (MEZAROBBA, 2006, p. 122).

Essa medida provisória constituiu quatro direitos básicos aos anistiados políticos: o primeiro é a própria declaração da condição de anistiado político, o segundo é o caráter indenizatório, o terceiro é a contagem do tempo que o anistiado ficou afastado de suas atividades e, por fim, a possibilidade de concluir o curso interrompido ou, também, o reconhecimento do diploma no exterior (MEZAROBBA, 2006, p. 131).

Além dos direitos retratados pela medida provisória, há a reparação econômica, a qual pode se dar de duas formas: em prestação única, correspondente a trinta salários mínimos, por ano de perseguição política, devendo respeitar o limite de R\$100 mil ou em prestação mensal, permanente e continuada, conforme à remuneração do posto, cargo, graduação ou emprego que o ex-perseguido estaria ocupando (AMBOS et al. 2010, p. 163).

Assim, é possível descrever que a Lei n. 10.559 trouxe um grande aprofundamento no procedimento da anistia, visto que trabalhou de forma minuciosa um dos pilares da

Justiça de Transição, a reparação econômica. Mas, para que ocorra uma transição sólida não basta foco na reparação material.

Por fim, sabe-se que essa lei foi considerada satisfatória por grande número de perseguidos políticos, já que muitos puderam de alguma forma, ter uma reparação de caráter econômico em relação aos danos sofridos na época da ditadura, e tiveram, também, o direito de conclusão o curso universitário, já que muitos perseguidos foram obrigados a abandoná-lo devido à constante perseguição e ameaça na época.

3.4 A COMISSÃO DA ANISTIA: CARACTERÍSTICAS E FUNCIONAMENTO

Com o aumento do clamor social voltado a uma resposta aos acontecimentos da época da ditadura militar, o Ministério da Justiça criou, conforme visto acima, a Comissão de Anistia, cujo principal objetivo era a consolidação dos pilares da Justiça de Transição.

Nessa época de reivindicações, foi editada a Medida Provisória n. 2.151, a fim de regulamentar o art. 8º da Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que inaugurou a previsão das reparações econômicas na Constituição Federal de 1988.

De acordo com as reivindicações acerca do texto constitucional, o referido artigo era insuficiente para tratar da questão das reparações econômicas, uma vez que “[...] a reparação econômica instituída pelos constituintes atingia a uma situação única e bastante peculiar: a dos aeronautas atingidos por portarias reservadas ao Ministério da Aeronáutica, em 1964.” (MEZAROBBA, 2006, p. 123). Pode-se perceber, então, que a luta das demais classes na ditadura militar não foi reconhecida perante os legisladores, o que fomentou as reclamações em prol de uma significativa modificação.

A partir de tais reivindicações, o governo editou a Medida Provisória nº 2.151, que teve como principal contribuição o estabelecimento dos direitos dos anistiados, que são:

A declaração da condição de anistiado político; a reparação econômica, de caráter indenizatório; a contagem do tempo em que o anistiado esteve afastado de suas atividades, para fins previdenciários; e a conclusão de curso interrompido ou o reconhecimento de diploma no exterior. (MEZAROBBA, 2006, p. 131).

Com a promulgação da Lei n. 10.559, houve a instituição de uma comissão de anistia que, fosse responsável pelo exame de requerimentos de perseguidos políticos não analisados pelo governo. Nesse sentido, o trabalho da Comissão consiste na “[...] análise de pedidos de indenização formulados por aqueles que foram impedidos de exercer atividades econômicas por motivação exclusivamente política.” (MEZAROBBA, 2006, p. 167).

Assim, por meio de julgamentos de processos de pessoas que, sofreram com a repressão da ditadura militar, a Comissão da Anistia tem buscado a instauração da política de reparação dos perseguidos políticos, a promoção e o incentivo às pesquisas concernentes à memória e à verdade junto às universidades públicas e privadas, conforme consta nos relatórios anuais da instituição.

Desta forma, o trabalho desenvolvido pela Comissão consolida a ideia de que, os atos violentos praticados àquela época não devem ser esquecidos e, muito menos, o sofrimento das vítimas e de seus familiares deve ser minimizado. Assim, o Estado tem buscado

a forma mais adequada para a efetivação da reparação aos perseguidos políticos e, podemos afirmar que, o trabalho desenvolvido pela Comissão de Anistia é fundamental, porém apenas um passo, nessa caminhada, visto que há muito que se fazer.

Com a apreciação de processos no local onde os requerentes foram perseguidos ou vítimas de arbitrariedade do Estado, pode-se resgatar de maneira mais profunda a dignidade das pessoas, por meio do pedido oficial de perdão às ofensas no local em que ocorreram. (BRASIL, 2008a, p. 8).

Porém, a atividade da Comissão encontra alguns obstáculos a sua efetivação, o que fica evidenciado no fato de que dificilmente as vítimas da ditadura militar retomarão sua vida profissional, por exemplo. Isso ocorre, porque o abalo emocional e o sofrimento causado foi tão grande a ponto de as tornarem inaptas à volta ao serviço. Mas, o que muitas clamam para o Estado é o reconhecimento de sua luta frente às arbitrariedades cometidas pelos governantes daquela época e isso somente é possível com a profunda investigação do que realmente ocorreu, por meio dos processos julgados pela Comissão, contudo é preciso, muitas vezes dos documentos do governo daquela época, os quais contém todo o tipo de investigação que o perseguido político sofreu e, como se sabe, os arquivos da ditadura ainda não foram abertos, assim a história não está completa, impossibilitando o trabalho completo dos órgãos de investigação e, principalmente a Comissão.

Outra restrição da atuação da Comissão da Anistia é que, seus julgamentos se restringem a casos de reparação econômica decorrente de danos provocados pela perda de suas atividades profissionais, sendo que para o dano moral, por exemplo, o único caminho possível seria o ingresso na justiça comum. Além disso, há o fato de que muitos que, sofreram perseguições políticas já faleceram e nem sempre suas famílias buscam a respectiva indenização ou mesmo levam os acontecimentos ao julgamento, isso porque o acesso às informações sobre esse trabalho é restrito.

É preciso, portanto, que haja maior propagação dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão a fim de abarcar todos aqueles que sofreram com perseguições políticas. Para tanto, foi preciso aproximar os membros da Comissão dos perseguidos políticos de forma a reparar tais acontecimentos por meio de julgamentos realizados pelas Caravanas da Anistia, as quais promovem um projeto de justiça itinerante, que é responsável por levar a justiça aos que dela foram privados.

Inicialmente, os julgamentos promovidos pela Comissão de Anistia eram realizados somente em Brasília, que é a sede do órgão, assim as vítimas saíam de seus estados para a capital, porém isso dificultava bastante o acesso à justiça e o resgate da memória dos acontecimentos protagonizados pelas vítimas. Foi necessário, portanto, a criação de uma alternativa para que o julgamento fosse assistido pelos familiares e pessoas que conheciam a história e, principalmente, a luta do perseguido político, isso se deu com a criação das Caravanas da Anistia, as quais promovem os julgamentos dos anistiados em seus próprios estados de origem.

Outra medida facilitadora do acesso à reparação efetiva é a não adoção de prazo preclusivo para o ingresso com a solicitação da reparação econômica, assim os requerimentos podem ser enviados tanto pelos ex-perseguidos políticos, quanto por seus herdeiros.

ros ou familiares sem a preocupação com algum prazo limite. Ainda, a Comissão tem um maior cuidado com as demandas de pessoas com mais de 60 anos de idade e daqueles que sofrem de enfermidades graves, pois seus requerimentos são julgados de forma prioritária, a fim de proporcionar uma justiça efetiva, já que o tempo é o maior dilacerador da construção da memória.

Portanto, é preciso que o governo tome para si a responsabilidade de arcar com todas as consequências oriundas dos atos arbitrários cometidos pelos governantes daquela época, a fim de reparar os erros tópicos seguintes: conterà entrevistas com perseguidos políticos do período ditatorial do Espírito Santo, as quais revelarão a luta pela retomada da democracia, bem como as falhas referentes aos pilares da Justiça de Transição.

4 A MEMÓRIA VIVA DA DITADURA MILITAR NO ESPÍRITO SANTO

4.1 A REALIDADE DO ESPÍRITO SANTO

É sabido que no Espírito Santo, como em outros estados brasileiros, ocorreram inúmeras violações aos direitos humanos durante o regime ditatorial, com a presença de organização de grupo de extermínio formado por policiais civis e militares chamado de “Esquadrão da Morte”, o qual assassinava pessoas consideradas suspeitas ou criminosas (PEREIRA; MARVILLA, 2005, p. 111), assim, tendo como foco o Espírito Santo é de extrema relevância realizar uma breve explanação sobre o reflexo da ditadura aqui no estado e, ainda, uma discussão sobre a sua atual realidade em relação à aplicação da Justiça de Transição.

Nesse sentido, é válido descrever que vários capixabas se envolveram em movimentos contra a ditadura e, assim, sofreram diversos tipos de ameaças e de torturas. Desse modo, temos memórias vivas no nosso estado, memórias essas que devem ser valorizadas, já que viveram a realidade de um Estado do não direito e autoritário. Com base nisso, falaremos sobre o Fórum Direito à Memória e à Verdade do Estado do Espírito Santo.

Este fórum² é um espaço aberto para o diálogo e articulação constante sobre questões relacionadas ao período da ditadura militar, bem como o resgate à memória das atrocidades ocorridas nesse período. Assim, é possível descrever que o fórum possui grande relevância para a efetivação da justiça de transição, já que gera oportunidade para as próprias memórias vivas participarem e relatarem o ocorrido e, também, para toda a sociedade capixaba ter o conhecimento desse período.

Além disso, em 2011, a Caravana da Anistia explicada anteriormente, compareceu ao Espírito Santo para realizar julgamentos e promover pedidos de perdão aos perseguidos políticos do período ditatorial em nome do Estado, o que possibilitou uma aproximação da sociedade com esse triste período vivenciado no país durante o período de 1964 a 1985.

No entanto, apesar desses avanços há, ainda, muito que ser feito e melhorado principalmente dentro das instituições educacionais, já que representam o berço da libertação da alienação, pois é mediante a educação que o cidadão consegue agregar conhecimento e, assim, sair da sua alienação. Mas é necessário destacar, que a educação que as

² O Fórum Direito à Memória e à Verdade do Estado do Espírito Santo foi criado em 2011 e é composto por 5 (cinco) coordenadores.

escolas e faculdades precisam colocar em prática hoje é a educação para a “libertação”, e não a educação para a simples “domesticação”, como diz Freire (2008, p. 44).

Por fim, para que o estado do Espírito Santo desenvolva ainda mais a aplicação da justiça de transição é de grande importância que a mídia dê um foco maior para esta questão da ditadura militar, que trabalhe mais o tema e mostre para a sociedade o que verdadeiramente ocorreu e que lute junto com a sociedade para que as atrocidades desse período não se repitam.

4.2 ANÁLISE DE DADOS³

Nessa parte do trabalho serão apresentados os relatos obtidos nas entrevistas realizadas com 8 (oito) perseguidos políticos pelo regime da ditadura militar. A escolha dos entrevistados iniciou-se, de forma aleatória, por aqueles que militaram no Estado do Espírito Santo e haviam ingressado com um processo na Comissão de Anistia, apesar disso, não se descartou a possibilidade de extensão das entrevistas àqueles que, apesar de atuantes na oposição à ditadura, ainda não haviam recorrido à Comissão a fim de obter a respectiva indenização.

Porém, apesar dessa extensão não foi possível a realização de 10 (dez) entrevistas, como previa o projeto de pesquisa, visto que alguns obstáculos foram enfrentados no prazo previsto para a realização do presente trabalho, tais como a recusa de relembrar momentos tão difíceis do passado, por parte de alguns perseguidos, o que foi, por óbvio, compreendido e respeitado pelas pesquisadoras.

Com a construção de uma lista de contatos, passou-se para as entrevistas, as quais foram pautadas em um questionário formulado anteriormente, contudo apenas para guiar os relatos, pois o que almejávamos, na verdade, era o relato integral das experiências sofridas à época a fim de que isso ficasse registrado, o que fortaleceria o resgate dessa memória, que é nosso principal objetivo.

Assim, as entrevistas foram realizadas de forma individual, onde se permitiu em todos os casos que as mesmas fossem gravadas, mas os relatos começavam antes mesmo das gravações com as respostas do questionário estabelecido, pois era nítida a vontade dos entrevistados em revelar suas histórias, seus sofrimentos, notava-se que eles desejavam passar toda a emoção vivida para entrarmos naquele contexto e melhor compreendermos os envolvimento com a resistência.

Por fim, as respostas obtidas foram analisadas e, de uma maneira didática, mesclou-se o texto com a teoria e alguns relatos na íntegra.

4.2.1 Perfil dos entrevistados

Os perseguidos políticos, ora entrevistados, foram militantes da época da ditadura, no Estado do Espírito e, quase todos, já obtiveram indenizações concedidas pela Comissão de Anistia, por meio do ingresso de um processo junto àquele órgão. É válido

³ Nome completo dos entrevistados: Ângela Milanez Caetano, Antônio Caldas Brito, Francisco Celso Calmon, Iran Caetano, José César Leite, Jussara Martins Albernaz, Vítor Buaiz.

ressaltar que seis dos oitos entrevistados são do sexo masculino, a média da idade dos entrevistados é de 60 (sessenta) anos.

Notou-se, também, o compromisso e a necessidade dessas pessoas em repassar a verdade, os acontecimentos na íntegra, o que contribuiu para a realização do trabalho acadêmico e para a preservação e a solidificação da memória acerca da repressão proporcionada pelo governo militar. Assim, pode-se dizer que essas narrativas são de extrema importância para a conservação da história do Espírito Santo e para a educação das novas gerações.

4.2.2 Atuação na resistência

De acordo com os relatos dos entrevistados, verificou-se que o primeiro contato com o movimento contrário ao sistema político do período ditatorial deu-se pelo meio estudantil, já que a maior parte desses anistiados era universitários, os quais foram influenciados pelo movimento formado por conta do contexto de repressão e de violência. É importante descrever que o partido PCdoB estava diretamente ligado a esse movimento, tendo em vista que suas ideologias e seus objetivos eram discutidos e passados para esses estudantes.

Outra organização fundamental para o crescimento do movimento estudantil foi a União Nacional dos Estudantes (UNE), que contava com o apoio do PCdoB, o que culminou em inúmeras perseguições e prisões de seus membros. Sobre o Partido Comunista do Brasil (PcdoB), é importante ressaltar a sua “[...] defesa por pontos de vista mais à esquerda e formas de mobilização mais radicais.” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2011, p. 96).

Além dessa participação destacada, foi possível constatar o envolvimento e o apoio ideológico de professores com as atividades do movimento, por meio de uma atuação coadjuvante, com o fornecimento de materiais para os estudantes envolvidos no movimento, tais como, medicamentos, já que a violência, por meio de ataques físicos, era muito utilizada para conter a atuação dos jovens contrários ao regime, os quais foram taxados de rebeldes e subversivos.

Sabe-se que o movimento estudantil surgiu em meio um contexto de represália, no qual os membros se organizavam em grupos para debates e propagação de ideias contra o regime político. Como exemplo, segue a transcrição de um dos relatos obtidos nas entrevistas acerca de sua atuação na época de repressão:

Eu fazia faculdade, entrei no movimento estudantil e o meu primeiro passo foi me tornar secretária estudantil, militava na UFES pelo partido PCdoB e eles distribuíam tarefas da UNE para os estudantes, como carta da UNE, pichação da UNE, etc.

A estratégia dos militares era, portanto, impedir a formação de grupos revolucionários que propagassem ideias que pudessem de certa forma, contrariar a ideologia implantada pelos governantes. Frente a toda essa repressão ideológica, o movimento estudantil ganhou força com o ingresso de adeptos ao grupo e juntamente com militantes do PCdoB as “[...] lideranças estudantis eram obrigadas a viver na clandestinidade por força da perseguição policial.” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2011, p. 96).

No que tange aos objetivos almejados com a resistência, pode-se depreender um ponto comum nos depoimentos dos anistiados, qual seja o estabelecimento da democracia

no país, como regime político. Por intermédio das manifestações, acreditava-se que seria possível alcançar maior participação popular nas decisões políticas e, conseqüentemente, um governo com maior liberdade de expressão, como demonstrado na seguinte passagem:

Nós tínhamos os chamados objetivos estratégicos e os objetivos táticos. O objetivo tático era a restauração da democracia no país, por meio de eleições livres, representatividade em todos os níveis, direito de voto para todos os cidadãos, inclusive para os analfabetos, mais liberdade, anistia, fim da ditadura militar, fim do AI 5, eram propostas de momento e os objetivos estratégicos, ao longo prazo era o alcançar o socialismo.

Os objetivos elencados pelos entrevistados são frutos da influência ideológica da União dos Estudantes, a qual tinha por “[...] motivações políticas explícitas a defesa da democracia, em solidariedade às lutas operárias, em favor dos Direitos Humanos, contra as ditaduras.” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2011, p. 130).

Contudo, todas essas manifestações contrárias ao regime vigente foram veementemente combatidas com abuso de poder, por parte dos militares, prática de atrocidades físicas aos manifestantes, os quais eram taxados de subversivos, ou mesmo àqueles que o governo supunha serem disseminadores de ideias contrárias ao regime militar, além da censura de todos os meios de comunicação, a qual era realizada por órgãos de vigilância criados pelos governantes, situações essas que serão abordadas nos próximos tópicos.

4.2.3 Danos sofridos

Nas questões acerca dos danos sofridos, procuramos abarcar tanto os danos materiais quanto os danos psicológicos causados pela repressão, além dos prejuízos que essa época trouxe para cada um dos entrevistados. Nesse ponto, houve os mais variados relatos, porém é consenso entre eles a violência física/psicológica e os prejuízos econômicos sofridos.

Os danos relatados passam por torturas físicas, tais como aplicação de choques elétricos, “telefone” (socos na altura dos ouvidos), utilização de sons altos e ausência de luz e vão até as torturas psicológicas, por exemplo, realização de ameaças com entes familiares, utilização de animais como forma de amedrontamento, forçar a pessoa a se despir, dentre outras.

Entre 08 dezembro de 1971 e julho de 1972 estive em prisões do Exército de Belo Horizonte, Rio de Janeiro e Juiz de Fora, e em uma casa de torturas em Petrópolis. As torturas incluíam: ser colocada despida em pau de arara, levar choques elétricos, afogamento, golpes nos ouvidos (telefone sem fio) e nas pernas, injetar líquido que queima no rosto, colocar uma cobra sobre o corpo, ficar em uma “geladeira” (local muito frio, escuro e apertado, ouvindo sons graves e agudos ensurdecedores), sofrer ameaça de novos sofrimentos e de ver seus pais e familiares serem torturados, ter um revólver colocado no ouvido com ameaça de morte, ser espetada por agulhas, ser colocada ao lado de pessoas que conhecia e eram torturadas para acusá-la, ficar sem comer, beber água, ser impedida de dormir, receber visitas constantes de torturadores, brutais ou que fingiam ser “bonzinhos”, fora das sessões de tortura.

Tudo isso era aplicado nas prisões realizadas pelos funcionários do governo, a fim de obter alguma informação dos movimentos. Alguns, mesmo não sofrendo torturas físicas sofriam ameaças de morte e prisões clandestinas por meio de sequestros. Como fica evidenciado nessa passagem, a qual revela a utilização da tortura psicológica realizada naqueles que, foram presos clandestinamente pelo governo militar.

Em 1970, fui preso em pleno exercício de minha atividade bancária, na condição de primeiro vice-presidente do DCE da UFES, e no exercício da presidência, já que o presidente havia sido preso no Congresso de Ibiúna no início de 1968. Fiquei 30 dias preso, sendo que nos primeiros 4 dias a Polícia Federal não informava a minha família onde eu estava. Era transferido à noite de um presídio para outro até que fui parar na penitenciária de Pedra D'Água na Glória. E ao final de 30 dias, sem formar culpa, eles me libertaram e então reapresentei ao serviço.

Dessa forma, as torturas são vistas como uma relação de poder entre o dominado e aquele que domina, uma vez que por meio de práticas cruéis o dominador pretende obter revelações cruciais para a manutenção de seu poder, porém o que muitas vezes ele ouve não é a verdade, mas simplesmente aquilo que deseja (KEHL, 2010, p. 130).

Assim, percebe-se que a utilização da tortura pelos governantes dá-se como forma de controle da população em que, eles visam, o impedimento da disseminação de pensamentos contrários ao governo, chamados de subversivos. O objetivo almejado, então, é a propagação do medo na população com a finalidade de que os indivíduos temam ao governo e não afrontem aqueles que detêm o poder.

Com relação aos prejuízos causados por tais violências, tem-se o econômico, já que muitos perderam seu emprego, outros tiveram que abandonar o curso da faculdade, além dos prejuízos psicológicos. De acordo com um dos entrevistados,

O prejuízo de ordem prática enfrentado, foi o atraso de 6 anos na formação [...], não pude me especializar depois de me formar, pois tive que cair no trabalho, enquanto meus colegas iam para o exterior fazer cursos e outros faziam residência, sem falar nos prejuízos financeiros que ficar 5 anos foragido causam, fora os prejuízos emocionais, de toda ordem, minhas coleções de jornais ficaram perdidas, perdi documentos nas fugas.

Outro entrevistado nos relatou que ficou impossibilitado de prestar concurso público, pois havia um atestado de idoneidade ideológica dentre os documentos exigidos para os candidatos, o qual certamente seria um obstáculo, já que ele estava na condição de perseguido político pelo governo da época.

Além das violências cometidas, os protagonistas desse período de repressão foram responsáveis pela abertura de processos contra aqueles que participavam de manifestações, o que acarretou inúmeros exílios. Muitas dessas vítimas tiveram sua liberdade restringida, pois vivam se escondendo dos funcionários do Estado, com medo que poderia vir a acontecer, caso o governo suspeitasse de algum envolvimento com a oposição. Nesse sentido,

[...] a existência de um grande número de processos abertos contra ativistas do Movimento Estudantil a partir de 1968, que foram interrompidos antes de alcançar julgamento definitivo, na medida em que seus principais réus passavam a responder por delitos mais graves em outros processos (ações armadas, militância em organização revolucionária, etc.), ou se ausentavam do país como exilados ou banidos por ato do presidente da República. (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2011, p. 133).

Diante disso, percebemos o quanto a perseguição política proporcionada pelo governo militar foi prejudicial e refletiu diretamente na vida das vítimas desses acontecimentos. Importante salientar que, apesar de superada tal fase de atrocidades, os prejuízos sofridos refletem no futuro, já que muitos ficaram com sequelas não conseguindo, portanto, retomar inteiramente a sua vida.

4.3 REPARAÇÃO OBTIDA

Houve, portanto, inúmeras violações aos direitos fundamentais dos cidadãos àquela época, haja vista o atentado à liberdade de expressão, já que era proibida qualquer manifestação contrária ao regime vigente, ainda a integridade física, violada em inúmeros casos pelo cometimento do crime de tortura e as violências físicas cometidas pelos funcionários do governo. Infringiu-se, também, a regra da inviolabilidade do domicílio e a liberdade de locomoção, visto que as prisões clandestinas eram efetuadas por meio de sequestros dos indivíduos onde quer que eles estivessem, inclusive, em suas casas.

Pode-se afirmar, então, que a ditadura militar foi um momento de ausência de direitos, já que os direitos inerentes aos indivíduos não eram respeitados sob a alegação de manutenção da ordem social pelos governos militares. Como fica demonstrado na seguinte passagem,

O labirinto do sistema repressivo montado pelo Regime Militar brasileiro tinha como ponta-do-novelo-de-lã o modo pelo qual eram presos os suspeitos de atividades políticas contrárias ao governo. Num completo desrespeito a todas as garantias individuais dos cidadãos, previstas na Constituição que os generais alegavam respeitada, ocorreu uma prática sistemática de detenções na forma de sequestro, sem qualquer mandado judicial nem observância de qualquer lei. (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2011, p. 75).

Desta forma, pode-se depreender que a “[...] nossa formação social é resultado de um processo intensamente truculento, cujas consequências se fazem sentir até o presente, pois suas dores nunca foram inteiramente superadas.” (GINZBURG, 2010, p. 133). O que se pode afirmar é que, essas pessoas buscam até hoje o seu reconhecimento, por meio de reparações junto ao governo, porém isso é apenas uma forma de minimizar o sofrimento ocasionado por aquela época, já que as marcas do passado nunca poderão ser apagadas e os danos, conseqüentemente, se refletirão nos dias de hoje.

Outro ponto abordado nas entrevistas referiu-se à reparação, a qual tratou de entrevistados que possuem a decisão da Comissão da Anistia e os que não possuem, e com base nesses relatos será possível obter uma melhor reflexão sobre a questão.

Em relação à reparação recebida pelos entrevistados anistiados, foi possível visualizar diversificação do acesso à Comissão da Anistia de cada um, já que alguns tiveram acesso por meio do partido PCdoB e pela própria imprensa. Já outros relataram que tiveram conhecimento sobre a Comissão pelos próprios companheiros de luta, ou por suas próprias buscas. Em conformidade, o Relatório Anual da Comissão de Anistia 2008:

A cada sessão realizada, o depoimento dos anistiados revelou pedaços de uma história de violência e arbitrariedades cometidas pelo Estado durante os períodos de repressão política. A cada pedido oficial de perdão, foram resgatados os lares do Estado Democrático de Direito e da Justiça. (BRASIL, 2008a, p. 7).

Além da abordagem realizada sobre o acesso à Comissão, foi trabalhado em cima da avaliação dos próprios entrevistados sobre a decisão proferida ao seu favor. Dessa forma, foi constatado um ponto em comum entre eles, que é a satisfação com o reconhecimento pelo Estado dos erros cometidos no passado. Nesse contexto, é válido demonstrar uma fala de um dos entrevistados em relação a essa satisfação.

O simples fato de ter sido criada a Comissão de Anistia, e ter analisado seu processo e ter reconhecido a culpa do Governo para mim, já é gratificante, pois o Estado reconhece o seu erro. Para mim, só o reconhecimento já é o bastante. (informação verbal).

Assim, é importante destacarmos o valor da reparação para a eficácia da Justiça de Transição, e que a maior parte dos perseguidos políticos não estão interessados na reparação pecuniária, a qual, também, deve ser considerada importante. Mas, sim na atenção dada pelo Estado de investigar, julgar os inúmeros atos de tortura ocorridos no passado e, principalmente, reconhecer o seu erro.

Ademais, foram declarados pelos anistiados suas satisfações sobre a decisão proferida ao ser favor, não, apenas, em relação ao reconhecimento do erro do Estado, e sim a aprovação de forma total da decisão. No entanto, muitos acharam a decisão dada atrasada historicamente, ou seja, foi proferida tardiamente.

Outro ponto abordado foi sobre a necessidade de reparação criminal, sendo que apenas uma dos entrevistados acredita que não há necessidade de reparação criminal:

[...] essa é uma página virada da história. Acho que a lei de anistia corresponde ao que foi passível de ser feito para apaziguar, diminuir resistências daqueles que detinham o poder e interromper uma época de puro terror. Os que torturavam se degradavam, degradando aqueles que prendiam e suplicavam. Não é o caso, porém, de se partir agora para a caça às bruxas. (informação verbal).

No entanto, todos os outros entrevistados acreditam que seja de extrema importância a reparação criminal. Um argumento muito interessante utilizado por um entrevistado sobre a existência de tortura ainda no Brasil seria exatamente pela falta de punição criminal do período da ditatorial. Outro relato em relação a esse questionamento declara que,

O Brasil foi o único que perdoou os torturadores, na Argentina, no Chile todos condenaram os torturadores. Tem que haver punição criminal para os torturadores, pois ocorreu morte de toda uma geração. E além da morte, teve o desequilíbrio

de muitas pessoas. Foi tirada da juventude a manifestação e, ainda, prejuízos nas novas gerações, elas estão despolitizadas. (informação verbal).

Por fim, é válido ressaltar que um dos entrevistados não possui anistia, mas não por falta de conhecimento ou acesso aos seus direitos, pois foi de sua própria escolha não ingressar com o processo para ser anistiado. Essa visão decorre do seu entendimento que a luta era um dever moral e de consciência, assim, não requer uma reparação do Estado. Além disso, entende que o governo tem todo o material das pessoas que foram perseguidas pela ditadura militar, ou seja, não precisa que ele prove algo para o Estado, já que o mesmo possui total conhecimento dos fatos.

4.4 MEDIDAS DE NÃO REPETIÇÃO

No que tange às medidas de não repetição pode-se destacar dois pontos de grande relevância para que não ocorra, de fato, a repetição. Um deles é o conhecimento do fato vivido e o segundo é a memória desse acontecimento, assim, por meio dessas duas referências basilares foi que o questionário se orientou para trabalhar com esse tema.

Nesse contexto, para alguns dos entrevistados o grande desconhecimento das pessoas acerca da perseguição política que houve no Espírito Santo durante o golpe militar pode ser atribuído à mídia, a qual não possui interesse de relatar sobre esse período. Um relato muito interessante de um entrevistado declara um motivo que pode ser agregado a essa falta de interesse da mídia em relação ao tema.

Há um temor muito grande sobre a ditadura, pois muitos protagonistas estão vivos ainda. Assim, o conjunto de força política e econômica apoiou a ditadura tem muita força para pressionar e fazer com que a sociedade não tenha o conhecimento do ocorrido nesse período.

Além da mídia, foram citadas as próprias escolas responsáveis pelo desconhecimento da história da ditadura, pois ao trabalharem com o tema não dão a devida importância a esse momento. Desse modo, um dos entrevistados relata que “[...] é necessário pesquisas nas universidades, debates, elaboração de teses em relação a esse tema.” (informação verbal). Já outra entrevistada vai além das universidades e descreve que é necessário, em primeiro lugar que:

O cidadão aprenda na escola seus direitos e deveres enquanto cidadão político. Para isso precisamos de professores bem formados, com um senso ético agudo, leitores críticos, além de gestores comprometidos com esse projeto e com as futuras gerações. E que a escola se torne um local de estudos e reflexão, o que só ocorre na minoria delas. A opção das elites brasileiras não foi e não tem sido por uma educação básica de qualidade. Uma boa remuneração dos professores atrairia pessoas mais talentosas e estudiosas, voltadas para a formação das futuras gerações. Em seguida que se incentive o estudo da história recente da nação e que se possa investigar exatamente o que ocorreu, não para alimentar rancores, mas para gerar reflexão. (informação verbal).

Dessa forma, é possível argumentar que há muitos interesses políticos e econômicos envolvidos nesse assunto, e que é preciso uma presença mais efetiva da mídia e da educação para o fortalecimento da não repetição.

Foi, ainda, questionado aos entrevistados o que poderia ser feito para o resgate da memória referente aos fatos ocorridos durante o regime militar e, desse modo, evitar que tais atrocidades sejam repetidas. Assim, diversas sugestões e propostas foram dadas por eles, como, por exemplo, a criação de museus que relatem sobre esse período; o fortalecimento das organizações estudantis, civis e instituições democráticas, ou seja, uma mobilização geral para que a democracia saia da representação para ser participativa; a abertura dos arquivos; o apoio as universidades para a implementação de pesquisas e debates; a valorização da própria narrativa de pessoas que vivenciaram esse período.

Com base nesse tópico, é válido, também, fazermos uma ressalva em relação ao direito à memória. Direito esse de grande importância para preservar nossa história e impedir repetições não desejadas. A memória deve ser vista não apenas como uma importante aliada para a efetivação da justiça transição, mas, também, como um Direito inerente ao ser humano, o Estado deve disponibilizar ao cidadão a memória da sua história, para que ele possa ter o conhecimento dos fatos, e assim, desenvolver sua opinião e crítica.

4.5 A EDUCAÇÃO COMO FORMA DE LIBERTAÇÃO DO HOMEM

Este tópico tem o objetivo de ilustrar a importância da educação como forma de libertação da sociedade brasileira, seja ela política ou até mesmo a alienação genérica. Esta abordagem é de grande relevância, tendo em visto a crise educacional que o nosso país vive e o quanto a educação é necessária para a evolução do raciocínio crítico do homem, pois educar não pode ser vista como o simples despejo da teoria, mas sim fazer com que a teoria gere curiosidade e instigue o ser a buscar e questionar o que posto, além disso, foi possível verificar que esse ponto foi o mais abordado pelos entrevistados como medida de não repetição.

É com base nessa falha educacional vivenciada no Brasil e em muitos países da América do Sul e juntamente com a capacidade de desenvolvimento técnico e econômico que é válido analisar o que afirma Santos (1996, p. 15):

Nunca foi tão grande a discrepância entre a possibilidade técnica de uma sociedade melhor, mais justa e mais solidária e a sua impossibilidade política. Este tempo paradoxal cria-nos a sensação de estarmos vertiginosamente parados.

Desse modo, sabe-se que essa discrepância nomeada acima possui relação com a deficiência do sistema educacional, o qual não vem gerando e, muito menos, ampliando o senso crítico do cidadão. Nesse contexto, é importante verificarmos a realidade da nossa sociedade e a partir deste ponto poderemos focar na educação.

É sabido, assim, que as relações travadas no mundo pelo homem, sejam elas pessoais, impessoais, corpóreas ou incorpóreas, são o que distingue os homens dos restos dos animais. Além disso, é preciso que o homem seja visto com o mundo e não apenas no mundo, pois é dessa forma que se realiza a abertura à realidade, ao conhecimento (FREIRE, 2008, p. 47).

Nota-se, entretanto, que a sociedade brasileira não possui essa realidade descrita que a liga ao mundo, à política, à discussão. Dessa forma, grande parte dela ainda está vinculada apenas à sua individualidade, a qual é vivida de repetição sem, ao menos, uma análise crítica, e com isso, dificulta ainda mais o desenvolvimento da politização da sociedade, a educação libertadora.

Assim, deve ser implantada uma educação de libertação, a qual é feita pela história, fato do passado que traga capacidade de revelar o ocorrido e de reanimar os estudantes. Conforme o entendimento do Santos (1996, p. 17) a ocorrência do espanto, e até mesmo, do senso crítico do ser humano será mediante de “[...] imagens desestabilizadoras que será possível recuperar a nossa capacidade de espanto e de indignação e de, através dela, recuperar o nosso inconformismo e a nossa rebeldia.” Neste contexto, esse projeto educacional chamado de “emancipatório” pelo autor descrito acima, tem como o objetivo de banir a falta de senso crítico e, ainda, de formar cidadãos inconformados com os absurdos cometidos e que, desse modo, lutem para reparar o que for possível e não deixar que o passado volte à tona.

Para que tenhamos um melhor entendimento do projeto educativo emancipatório e que consigamos efetivá-lo em nosso país é relevante descrever, primeiramente, o seu conceito. Desse modo, Santos (1996, p. 17) descreve que:

O projeto educativo emancipatório é um projeto de aprendizagem de conhecimentos conflitantes com o objetivo de, através dele, produzir imagens radicais e desestabilizadoras dos conflitos sociais em que se traduziram no passado, imagens capazes de potencializar a indignação e a rebeldia.

Observa-se que esse projeto está ligado ao conhecimento conflitante e não com conhecimento puramente teórico. Ademais, esse projeto vislumbra que a própria educação deva ser inconformista para que gere inconformismo no receptor, assim, a própria sala de aula tem de ser transformar em um espaço que transmita conhecimento crítico, que gere ao estudante opção de ideia e que possibilite um debate entre as ideias e opções escolhidas por cada aluno, ou professor (SANTOS, 1996, p. 18).

Portanto, a importância desse projeto educacional na efetivação da justiça de transição não apenas no Brasil, como também, em todos os países em que vivenciaram este período de tortura, injustiça, autoritarismo e de violência, pois será por meio de relatos de memórias vivas, imagem “desestabilizadora” do passado e a própria teoria conflitante dada farão com que o cidadão saia da alienação e tome a verdade dos fatos dessa época e criem uma conscientização das atrocidades ocorridas, para que não suceda no presente e no futuro.

5 CONCLUSÃO

Ao final desta pesquisa, pôde-se observar a necessidade de resgatar os acontecimentos do passado, neste caso, a história do país contada por pessoas que, sofreram de perto os arbítrios de um governo marcado pelo autoritarismo. A ditadura militar deixou inúmeras marcas na sociedade brasileira, tanto físicas quanto psicológicas e esse sofri-

mento é que motiva as vítimas a buscarem a devida reparação e o reconhecimento, principalmente do governo, de que o Estado cometeu grave erro ao impor sua forma de governar e erradicar qualquer ideia que o contrariasse.

Essa história, portanto, é a nossa identidade, o que nos faz perceber o quanto é importante reviver tal passado, por meio de relatos e arquivos, onde os mínimos detalhes estão guardados. Porém, é imprescindível que essa memória não fique somente arquivada, mas faça parte do cotidiano das próximas gerações. Acreditamos, portanto, que essa história deve ser contada para os novos integrantes do país, com a finalidade de perpetuação da memória e prevenção, por meio das medidas de não repetição, as quais terão o condão de impedir novos arbítrios do governo.

É importante que todos os brasileiros saibam dos acontecimentos que fizeram parte da sua história, pois somente dessa maneira é que será possível identificar e repelir qualquer manifestação de abuso de poder ou mesmo de violências cometidas contra manifestações de ideias, por exemplo. Somente conhecendo o quão sofrível foi essa parte da história, é que se poderá evitar ou mesmo lutar contra qualquer resquício de um governo autoritário e violento.

Diante das entrevistas obtidas durante a realização do presente trabalho, é possível afirmar que, em regra, as vítimas dos militares não querem ficar caladas, uma vez que há a necessidade de contar cada detalhe sofrido, sem tentativas de mascarar as atrocidades cometidas, elas procuram construir uma sociedade que lute pelos seus direitos e pela justiça. É o que fica evidenciado, por exemplo, no ingresso com pedidos de reparação junto à Comissão de Anistia, alguns auxiliados por advogados, outros por conta própria, os quais foram em busca de seus direitos, ou seja, de uma reparação digna.

Contudo, alguns dos entrevistados ainda não se sentem completamente reparados, pois acreditam que a sociedade deve lutar pela verdade, já que nem tudo foi revelado sobre essa época. Ademais, compartilham da ideia de que essa realidade vivenciada deve ser repassada para os jovens com a maior verossimilhança possível, para que essa memória se torne viva entre as próximas gerações, a fim de que o Estado seja compelido a não usar o seu poder para a prática de abusos contra os cidadãos brasileiros.

Por fim, fica o aprendizado de que é possível e, principalmente, preciso aprender a conviver com a diversidade de pensamentos sobre questões sociais, por exemplo, a forma de governo de um país. Essas novas ideias é que fazem o país e a própria sociedade evoluir a cada geração, de forma que cada membro da nação forneça a sua contribuição para a construção de um país, o qual tenha a cara de seus habitantes.

REFERÊNCIAS

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais*. 39. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Relatório Anual da Comissão de Anistia 2008*. Brasília, DF: Comissão de Anistia, 2008a.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, DF, n. 3, jan./jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 153*, de 26 de novembro de 2008. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 26 nov. 2008b.

DANTAS, Fabiana Santos. *Direito fundamental à memória*. Curitiba: Juruá, 2010.

GINZBURG, Jaime. Escritas da tortura. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

KEHL, Maria Rita. Tortura e sintoma social. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARTINS FILHO, João Roberto. *A guerra da memória: a ditadura militar nos depoimentos de militantes e militares*. 2003. Disponível em: <<http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2003/FilhoJoaoRobertoMartins.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Associação Editorial Humanistas, 2006.

OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 2005.

PEREIRA, Valter Pires; MARVILLA, Miguel (Org.). *Ditaduras não são eternas: memórias da resistência ao golpe de 1964 no Espírito Santo*. Vitória: Flor&Cultura, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma pedagogia do conflito. In: SILVA, Luiz Heron da; AZEVEDO, José Clóvis de; SANTOS, Edmilson Santos (Org.). *Novos mapas culturais, novas perspectivas educacionais*. Porto Alegre: Sulina, 1996.

A RELIGIÃO COMO FATOR CULTURAL: AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DO FENÔMENO RELIGIOSO¹

Robison Tramontina*
Julio Cesar Frosi**

Resumo

O tema da religião tem sido polêmico em diversos aspectos, tomando mais espaço nos últimos séculos, a partir da filosofia iluminista e a sua conseqüente emancipação religiosa, notadamente com autores como *Kant*, *Descartes*, *Spinoza*, *Locke*, *Berkeley*, *Hegel*, *Feuerbach* e *Marx*. Desta forma, o presente artigo trata de algumas questões que devem ser levantadas sobre a temática, partindo de alguns breves fundamentos metafísicos relevantes às formas de consciência, sobretudo no tangente ao fenômeno religioso. O texto apresenta o seguinte desdobramento argumentativo: A influência da religião na revolução francesa; conceitos sobre a religião e a questão da verdade; os elementos da religião na visão durkheimiana; religião, multiculturalismo e interculturalidade e o futuro da religião.

Religion as a cultural factor: the practical implications of religious phenomenon

Abstract

The topic of religion has been controversial in many aspects, taking more space in the last centuries, hence the iluminist philosophy and its consequent religious emancipation, particularly with literates such as Kant, Descartes, Spinoza, Locke, Berkeley, Hegel, Feuerbach and Marx. Therefore, this paper manages to raise some questions about the subject, departing from some brief metaphysical elements relevant to the forms of consciousness, notably in regard of the religious phenomena. Therefore, the text below presents the following arguments: 1. Prelude; 2. Influence of Religion in the French Revolution; 3. Notions Of Religion and the Matter of Truth; 4. The Elements of Religion in Durkheim; 5. Religion, Multiculturalism and Interculturalism; 6. The Future of Religion; 7. Conclusion.

* Doutor e Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; professor-pesquisador do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; editor de seção da Revista Espaço Jurídico (B1); tem experiência nas áreas de Filosofia do Direito; atua principalmente nos seguintes temas: fundamentação filosófica dos direitos fundamentais, concepções de direitos humanos a partir das teorias da justiça, argumentação jurídica e epistemologia jurídica; Av. Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, SC; robison.tramontina@unoesc.edu.br

** Advogado; Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Especialista em Direito Constitucional e Direitos Humanos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Xanxerê; julio@frosi.com.br

¹ Este trabalho é resultado do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Sociais do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata das consequências do fenômeno religioso para o ser humano. Apresenta como objetivo demonstrar as consequências práticas do fenômeno religioso no mundo moderno e pós-moderno, ou seja, a sua implicação na vida humana como um fator cultural.

Para obter êxito nessa investigação, faz-se necessário responder as seguintes questões: De onde vem o fenômeno religioso? O que seria realmente Deus? Seria possível provar sua existência? Qual a importância da religião para o homem? Tentaremos responder tais questões, dentre outras, na medida do possível, às conclusões que serão consideradas ao final.

Demonstrar-se-á a justificativa do estudo dentro do próprio conteúdo, eis que é pretendido demonstrar a importância da religião para a vida humana. Ademais, a religião é um dos próprios fundamentos dos direitos fundamentais, o que, entretanto, não será tratado no presente artigo em razão da delimitação temática.

O método utilizado pela pesquisa é o comparativo, especialmente por beneficiar-se de outros métodos, e sendo também bastante comum em pesquisas em áreas de ciências sociais e humanas, além de ser o método utilizado por *Émile Durkheim*, referência utilizada aqui como principal orientação teórica.

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A religião constitui sem dúvida alguma, um fenômeno universal, e com isso também plural, diversificado.² Acompanha a humanidade desde suas origens mais remotas até nossos dias. O fenômeno religioso é universal, pois o homem é por si mesmo um ser religioso, que ou crê em Deus, ou crê em ídolos, que para si fabrica.³ Em todos os tempos, lugares e povos, encontramos o fenômeno religioso.

Para *Marx*, a religião é o “ópio do povo”, pois é a superestrutura do poder econômico. Isso porque a religião diz que é preciso obedecer ao estado, ao patrão, mesmo que eles nos explorem. Não se deve revoltar, é preciso obediência e paciência e, depois, no céu, Deus recompensará. No entanto, o *Marxismo* não dá real esperança nem para este e nem para outro mundo.

Teriam razão, então, aqueles que afirmam a religião como proveniente do medo, da ignorância (*Tito Lucrecio Caro*, *John McCarty*), ou quem sabe do entusiasmo pelos fenômenos da natureza? Para a teoria de fatores intrínsecos (*Frazer*), a religião teria três estágios:

- a) teológico, em que os homens procuram explicar tudo com os deuses, também as leis da natureza;
- b) metafísico, no qual os fenômenos da natureza são explicados com conceitos puramente metafísicos;

² O pluralismo religioso implica na multiplicidade de religiões divididas em grupos religiosos, momento no qual nasce a necessidade do diálogo inter-religioso, bem como a supressão do fundamentalismo religioso, que por sua vez, impossibilitaria o proposto diálogo.

³ Sob a ótica de *Émile Durkheim*. Também podemos citar Sigmund Freud, ou seu colega, Carl Jung (segundo este, ninguém está curado, enquanto não atingir seu enfoque religioso), Cícero (segundo ele, não há povo tão primitivo e tão bárbaro que não admita a existência de deuses).

- c) positivo, em que os fenômenos são estudados cientificamente, explicados por meios naturais. Pode-se também dizer que seriam esses estágios, respectivamente, o religioso, o filosófico e o da ciência positiva.

Entretanto, não se pode esquecer que até mesmo grandes cientistas, como *Einstein* e *Werner von Braun*, acreditavam num Ser Supremo (ROHDEN, 2007, p. 210),⁴ e não podem ser acusados de ignorância científica, implicando, portanto, que cada estágio não seria necessariamente suprimido pelo sucessor.

Há também quem diga que a religião provém da fantasia viva e irrefletida dos primitivos, ou do apetite ilusório da felicidade completa (*Strauss, Stuart Mill, Ziegler*), ou de uma perturbação nervosa, de um estado psicológico doentio da psique humana (*Lombroso, Janet*). Contudo, seria dedutível então que a humanidade inteira é um hospital de doentes nervosos. A fantasia, por si só, também não explica a universalidade do fenômeno religioso, nem seria razoável admitir que a humanidade, depois de todos os progressos técnicos, ainda vive na mesma ilusão de felicidade.

A religião, como forma de conhecimento, geralmente afirma que o homem foi criado por um ser superior que, no caso do cristianismo, é a sua própria imagem e semelhança; o espiritismo, não tão diferente, segue o raciocínio de que ao homem animal lhe foi enxertado uma alma, tornando o ser animal em ser espiritual, ou, da mesma forma, dando vida animal ao ser espiritual; a ciência, contrariamente, visa explicar através de comprovações científicas, a origem do homem, notadamente com a teoria do evolucionismo, mas também é limitada, na visão das demais correntes, por não poder dar sentido à vida; a filosofia, por sua vez, possui várias reflexões acerca disso, motivo da existência da metafísica, que em seu bojo possui referências ao livre-arbítrio, à sabedoria (valor, ligado ao Uno) contraposta ao conhecimento (relação cognocente entre homem e matéria - Verso). No âmbito da metafísica, busca-se antes de tudo a inquietação, reformulação permanente e multiplicação das vias de abordagem dos problemas, com o suporte imprescindível da sabedoria e da razão humana.

A partir da pregação de *Paulo de Tarso* - verdadeiro fundador da religião cristã enquanto corpo doutrinário, e personagem muitas vezes subestimado pela sua influência ao jusnaturalismo e aos direitos humanos - passou a ser superada a ideia de que o Deus único e transcendente havia privilegiado um povo entre todos, escolhendo-o como seu único e definitivo herdeiro. O Evangelho demonstra em várias passagens o inconformismo de Jesus Cristo com essa concepção nacionalista da religião. *São Paulo* afirmara que, diante da comum filiação divina, “[...] já não há nem judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher.” A partir da *Epístola de São Paulo aos Romanos*, onde preceitua que “o poder público foi instituído por Deus”, *São Tomás de Aquino* teorizou que “[...] o poder político se acha afeto a um bem determinado, que é a realização da justiça, de acordo com os princípios revelados por Deus.” (ALTAFIN, 2007, p. 2).

⁴ O que pode ser verificado pela leitura de diversos autores, como, por exemplo, o catarinense Huberto Rohden, que conviveu com Einstein em meados de 1948 em Princeton.

2 INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NA REVOLUÇÃO FRANCESA

A proteção das opiniões e cultos de expressão religiosa, que guarda direta relação com a espiritualidade e o modo de conduzir a vida dos indivíduos e mesmo de comunidades inteiras, sempre esteve na pauta preferencial das agendas nacionais e supranacionais em matéria de direitos humanos e fundamentais.

Em razão da intolerância religiosa na história, uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos foi a liberdade de crença e de culto, alcançando a condição de direito humano fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos.

Para exemplificar o exposto, vale lembrar do protestantismo luterano do século XVI, que teve efeitos positivos para a quebra do paradigma dogmático religioso, que mais tarde, combinado com outros fatores, alavancou o iluminismo. Não se pode olvidar que, no caso da França, o protestantismo começou ainda mais cedo naquele século, com as doutrinas calvinistas, que por sua vez, já se iniciaram (mas sem rótulo, obviamente) antes mesmo de João Calvino. No entanto, Lutero não concordava com a reforma calvinista, pois o protestantismo francês pregava que a Igreja estava tão degenerada que não haveria como reformá-la, devendo assim ser criada uma nova Igreja (SIEYÈS, 2001).

Deve ser lembrado que o calvinismo se tornou religião principal na Escócia, nos Países Baixos e em parte da Alemanha, tendo sido influente na Hungria e na Polônia, havendo fortes efeitos ainda na Inglaterra e, no século XVII, entre os “africânderes” (colonos holandeses, franceses e portugueses) da África do Sul. Contudo, a sua mais importante contribuição, ao menos para o Direito, foi o seu pontapé inicial ao que desencadeou na revolução francesa (SIEYÈS, 2001).

É que as queixas dos plebeus eram tratadas como insubordinação. São estes os cidadãos mais expostos às humilhações dos agentes do fisco e dos demais subalternos em todas as partes da administração pública na França do Século XVIII. As leis se mostram cúmplices dos privilegiados, são feitas para os privilegiados e contra o povo (SIEYÈS, 2001, p. 36-37). Por tais motivos, combinados também com outros fatores como a exploração política e econômica pelos privilegiados sobre o Terceiro Estado, é que a população se rebelou. Não se pode deixar de citar ainda, como fator, a opressão religiosa, já que determinados grupos da época (especialmente em razão do protestantismo) não podiam manifestar suas opiniões ou até mesmo, muitas vezes, obstados de se reunirem em seus templos. Começa o processo de separação entre Estado e Igreja no ocidente, lembrando da influência de autores como *John Locke*, que defenderam esta desvinculação.

3 CONCEITOS SOBRE RELIGIÃO E A QUESTÃO DA VERDADE

O sentido etimológico da religião, atestado por *Cícero*, vem de *relegere* (re-ler), ler de novo, reunir ou reconhecer. Para *Lactâncio* (conselheiro do primeiro imperador romano cristão, Constantino I, por volta de 300 d.C.), deriva de *religare* (re-ligar), ligar o homem novamente a Deus; o homem vai a Deus e Deus vem ao homem. *Agostinho*, diver-

gindo, afirma que vem de *reeligere* (re-eleger), tornar a escolher a Deus (WILGES, 2001, p. 127). A História, no entanto, parece corroborar a posição de *Cícero*.

Carl Jung afirmara categoricamente, baseado em sua prática analítica, “Os seres humanos têm uma necessidade religiosa ingênita.” Da mesma forma, a polarização política e religiosa do século XX mudou a pergunta de *Dostoiévski*, de “O homem civilizado pode crer?” para “O homem incrédulo pode ser civilizado?” E *André Malraux* sentencia, em sua frase mais célebre, que o século XI será religioso, ou simplesmente não haverá século XXI (SMITH, 2001, p. 127).

Isso também porque as religiões sempre estão ligadas ao conceito de verdade, ou seja, elas pretendem alcançar a composição fundamental e inegável do próprio sistema religioso ou talvez o sentido da vida em si.

Entretanto, para alcançar o “conhecimento verdadeiro”, ou a *verdade*, é necessário defini-la. *Verdade* é um atributo de uma posição de caráter lógico cujo oposto seria a *falsidade*. Também pode ser um dado inquestionável (não se deve confundir com dogma), e seu oposto seria a *ilusão*, o *irreal*, a *mentira* (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009, p. 11).

Freud, que era obstinado pela verdade, gostava de dizer que toda verdade é limitada, não existe a verdade cem por cento, assim como não existe álcool cem por cento (DAVID, 2003, p. 16).

Sobre este tema, toda atenção é pouca. A ciência moderna, ao dizer que verdade é tudo aquilo que pode ser comprovado pela experiência, acaba construindo a ideia de que a verdade está na realidade. Mas as hipóteses iniciais e a singularidade de cada pesquisador não condicionariam a experiência, comprometendo-a de algum modo? O homem da ciência não estaria também sujeito aos equívocos que afetam todos aqueles que falam e escrevem? Isso significa que uma teoria, por melhor embasada que seja, nunca poderá oferecer ao homem um saber total e completo de si próprio (DAVID, 2003, p. 17).

Para Platão, o processo de conhecimento está representado pela passagem das sombras e imagens turvas ao luminoso universo das ideias (o notório mito da caverna) (PLATÃO, 1997). Tudo aquilo que não pode ser visto claramente no plano da sensibilidade acaba se transformando em objeto de crença a partir do momento em que temos condição de percebê-lo com nitidez.

As cinco mais relevantes manifestações dos modos de conhecer são: o *Mito*, a *Religião*, a *Filosofia*, o *Senso comum* e a *Ciência*. Cada forma de conhecimento, na medida do possível, complementa ou se sobrepõe à outra. No contexto em que aqui se escreve, são mais relevantes as três primeiras (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009).

O *Mito*, como forma de conhecimento, desempenhava na antiguidade o papel de Ciência, Teologia e Filosofia. Essa modalidade lança metáforas para transmitir seus conteúdos implícitos e, portanto, decifrá-los demanda frequentemente um grande esforço de interpretação. Aparentemente não guarda relação com a realidade histórica, mas pode contar fatos históricos de uma forma diferente, podendo até, como uma fábula ou lenda, ter algum sentido de verdade. A *Religião*, como forma de conhecimento, proporciona conforto e veicula um rígido sistema de padrões morais a serem observados, além de servir de auxílio à realidade física, adversa e inexplicável. A *Filosofia* é uma forma de reflexão crítica diante dos objetos, de ordem suprassensível, ou seja, ultrapassa a expe-

riência, caminhando no mundo das ideias. Para a filosofia, não basta conhecer somente o funcionamento das coisas, mas o significado delas na ordem geral do mundo (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2009, p. 31).

Neste aspecto, vale mencionar ainda que, apesar dos antagonismos históricos, ciência e religião não são necessariamente opostas uma à outra, eis que atuam em planos diferentes, onde uma comparação não faria sentido.

Em reflexão sobre o direito à liberdade religiosa e o direito à liberdade científica, verifica-se que o primeiro consiste em professar qualquer religião ou nenhuma, enquanto o segundo é o direito de não sofrer empecilhos na investigação científica (BOBBIO, 2004, p. 19).

Para o dogmatismo⁵ o problema do conhecimento não é levantado, ou seja, não é considerado um problema. O dogmático não vê que o conhecimento é uma relação entre sujeito e objeto. No período inicial da filosofia grega, os pensadores pré-socráticos, não percebiam o conhecimento como problema, sendo que o modo contrário somente foi levantado com os sofistas, que consideram o dogmatismo impossível no campo da filosofia. A partir deles, todos os filósofos, de certo modo, levantam reflexões sobre o conhecimento (HESSEN, 2000, p. 29-30).

O mesmo também ocorre, como já se discorreu neste Capítulo, acerca da questão da verdade.

4 OS ELEMENTOS DA RELIGIÃO NA VISÃO DURKHEIMIANA

A prática religiosa conhece no exercício de atos de culto um dos seus elementos fundamentais: onde há religião haverá necessariamente culto, sendo o culto um elemento essencial da liberdade religiosa. Com isso, surge a necessidade de proteção dos direitos a comemorar publicamente as festividades da própria religião, feriados religiosos, bem como a liberdade de construção de templos (ADRAGÃO, 2002, p. 19).

Conforme *Durkheim*, os elementos religiosos essenciais do pensamento deveriam encontrar-se nas religiões ditas “primitivas”. O sistema religioso é primitivo quando, em primeiro lugar, se encontra em sociedades cuja organização não é ultrapassada por nenhuma outra e simplicidade, e em um segundo momento, que seja possível explicá-lo sem fazer intervir nenhum modelo tomado de uma religião anterior (SANTOS, 2012).

Para o autor, a compreensão do fenômeno religioso deve ser feita a partir da investigação das formas mais simples de manifestação religiosa, fundamentada na dupla premissa metodológica:

- a) de inspiração cartesiana, consiste em que se conheça algo, é preciso “desmontá-lo”, reduzindo-o a seus elementos fundamentais, ou seja, analisá-lo, decompô-lo, e depois reconstruí-lo;

⁵ Do grego *dogma*, doutrina estabelecida. Deve-se tomar muito cuidado para não incidir em verdades absolutas, especialmente no meio acadêmico.

- b) Deve haver a precedência das coisas simples, para após seja partido às complexas, pois a formação mais simples facilita a investigação, na medida em que é constituída apenas pelos elementos realmente essenciais (SANTOS, 2012, p. 99).

Para o autor, é possível identificar ao menos duas vertentes distintas, que procuram definir a religião a partir de aspectos que não poderiam ser aceitos como elementares.

No primeiro grupo estão autores como *Herbert Spencer* e *Max Müller*, compartilhando a ideia de que a religião é algo de sobrenatural, e diz respeito a uma ordem de coisas que ultrapassam o alcance de nosso entendimento, ou seja, uma espécie de especulação sobre tudo que escapa à ciência e ao pensamento claro. No entanto, *Durkheim* refuta a ideia de religião como algo universal, pois aos crentes das religiões mais elementares não aparece como algo misterioso, mas algo totalmente natural e inteligível (SANTOS, 2012, p. 103).

A segunda corrente apóia-se em argumentos que afirmam que inclusive em grandes religiões, como é o caso do budismo, que não foram edificadas sobre uma ideia de divindade (SANTOS, 2012).

Para desmontar e compreender os elementos dos fenômenos que constituem a religião, identifica-se inicialmente as crenças e os ritos. Os primeiros são definidos como estados de opinião que consistem em representações, enquanto os segundos são modos de ação determinados (SANTOS, 2012, p. 104).

Para *Durkheim*, as crenças são representações que exprimem a natureza das coisas sagradas e a relação que elas mantêm, seja entre si, seja com as coisas profanas. Os ritos são concebidos como regras que determinam como o homem deve se comportar com as coisas sagradas. O rito e a crença, articulados de forma sistemática, constituem uma religião (SANTOS, 2012).

A existência, no entanto, de crenças e ritos, apesar de necessária, não é o suficiente para caracterizar qualquer forma de religião, já que os mesmos elementos se encontram na magia. Deste modo, para diferenciar a religião, adiciona-se o elemento “igreja”, eis que não há vida religiosa sem igreja, de acordo com o sociólogo. Enquanto a religião só existe quando seus membros unidos formam uma igreja, uma unidade moral consistente, a magia não serve de base para a formação de tal coletividade (SANTOS, 2012, p. 105).

Estabelece, o sociólogo, uma ruptura entre as correntes interpretativas existentes até então, o *animismo*, teorizado por *Edward Burnett Tylor* e *Herbert Spencer*, e o naturalismo, com *Max Müller* e *Adalbert Kuhn* como principais expoentes. Para o animismo, o culto religioso teria sido originado pelo culto aos espíritos, ao passo que para o naturalismo, a origem se deve ao culto da natureza (SANTOS, 2012, p. 108).

Embora essa diferença entre as correntes, *Durkheim* defende que ambas se parecem. Em sua opinião, tanto para uns como para outros, é na natureza, seja do homem ou do universo, que se deveria buscar o germe da grande oposição que separa o profano do sagrado. Em ambos os casos acaba sendo a religião o produto de uma interpretação delirante.

Em sua perspectiva, a religião deve estar fundada na natureza das coisas, e corresponder a algo real, não podendo se admitir, portanto, que a sua origem seja explicada como produto de um delírio (SANTOS, 2012, p. 109).

Para um estudo mais aprofundado, *Durkheim* propõe justamente a investigação a fundo do problema da investigação do sagrado, para que se identifique a realidade objetiva por trás desses supostos delírios, e para tanto, deve-se buscar um fenômeno religioso ainda mais elementar que nas duas correntes. Para ele, esse fenômeno mais elementar é o *totemismo*, e por isso se esforça a investigar, a partir de dados etnográficos, as religiões totêmicas de seu tempo, e o totemismo australiano em particular, por ser considerada a forma mais simples dessa configuração (SANTOS, 2012).

Assim, em as *formas elementares da vida religiosa*, os dois últimos livros, II e III, são relacionadas à explicação das crenças e dos ritos, respectivamente.

5 RELIGIÃO, MULTICULTURALISMO E INTERCULTURALIDADE

É incontestável que uma sociedade que acolhe em seu seio uma variedade significativa de culturas distintas produzirá, também, um maior número de formas de ver a vida e isso faz com que as culturas divirjam entre si. E, nessa linha de pensamento, adverte-se que nenhuma cultura ou tradição específica pode presumir ser a única certa, relativizando as outras realidades culturais para estabelecer seu próprio império de valores (LUCAS, 2010, p. 229-230).

Nessa concepção, o fundamento dos direitos humanos numa sociedade multicultural não deve ser tomado a partir de uma forma cultural predominante em determinado local, mas antes necessita vincular-se uma identidade política comum compartilhada por todos os seus cidadãos. Logo, o papel do Estado é garantir com amplidão liberdade e autonomia a todos os cidadãos para que dirijam suas vidas conforme suas escolhas culturais, não devendo se ocupar da institucionalização de formas culturais, pois quando transmutadas em normas obrigatórias a todos, tolhem a capacidade de escolha do indivíduo e comprometem seriamente o intercâmbio cultural (LUCAS, 2010, p. 246-247).

Para *Ludwig Feuerbach*, a religião é negativa apenas no sentido teológico, ou seja, quando a essência humana se torna objetiva e independente na forma de um Deus. Mas não, enquanto é uma primeira forma, embora indireta, de o homem se dar conta de sua essência. O potencial da manifestação religiosa é desvendado quando a diferença entre teologia e antropologia é eliminada, pois, em verdade, Deus pode apenas ser identificado com o homem.

Para *Carl G. Jung*, a religião é importante para o homem, e este tem dentro de si uma força, um dinamismo que o impele para Deus. Se o homem recalca essa energia, por um tempo prolongado, ele se torna neurótico. A psique humana, na sua camada mais profunda, é religiosa, crística e teísta. O arquétipo do fenômeno Deus é o pólo centralizador de toda a vida psíquica e habita no mais profundo da realidade humana. A emergência dessa camada profunda à consciência apresenta-se no fenômeno que chamamos de inspiração e de revelação. *Jung* conseguiu somente curar seus pacientes com mais de trinta anos, fazendo que assumissem a sua antiga fé.

Conforme o estudo de Weber, algumas doutrinas religiosas exercem um efeito acelerador sobre a racionalização da vida econômica, enquanto outras exercem o efeito oposto. O procedimento de seu estudo possui três fases, verificando em cada, um dos seguintes temas:

- a) O efeito das ideias religiosas importantes sobre a ética secular e a conduta econômica do crente médio;
- b) o efeito da formação de grupos sobre as ideias religiosas;
- c) a determinação das características distintivas do Ocidente através de uma comparação das causas e consequências das crenças religiosas em civilizações diferentes (BENDIX, 1986, p. 90).

Deste modo, contrapondo o Oriente com o Ocidente, Weber identifica e explica as singularidades do desenvolvimento histórico do Ocidente, comparando a intelectualidade brâmane e a confuciana, a profecia na Grécia Antiga e na civilização judaica, a ética secular em religiões como o *Taoísmo*, *Budismo*, *Hinduismo*, *Puritanismo* e *Confucionismo*. Há, no entanto, problemas universais que se materializam de forma peculiar nas diferentes sociedades (BENDIX, 1986, p. 90 e ss.).

Portanto, verifica-se que as religiões orientais, como, por exemplo, o *Sikhismo*, não veem qualquer valor a bens materiais e possuem fortes influências na consciência ética do povo, o que as diferenciam das religiões ocidentais, pois estas, apesar de também condenarem o materialismo em sua maior parte, não influencia de forma efetiva a consciência ética da cultura popular.

Durante a Idade Média, no ocidente, a filosofia era serva da teologia, e Deus permaneceu o personagem central dos grandes sistemas metafísicos modernos até *Hegel*. Em *Hegel* temos a última filosofia teísta importante até a pós-modernidade, já que, apesar do idealismo alemão e o romantismo do século XIX, o positivismo lógico banuiu os dois, liberando o avanço da cosmovisão científica (SMITH, 2001, p. 80).

Fora do mundo ocidental, mal podem ser separadas a filosofia e a teologia, e mesmo no ocidente elas foram companheiras durante toda a Idade Média e o cristianismo é o confluente de dois rios, Atenas e Jerusalém. *Tomás de Aquino* compôs a síntese medieval acrescentando a metafísica de *Aristóteles* aos fundamentos da teologia cristã (SMITH, 2001, p. 80).

Há ainda países ocidentais que se relacionam intimamente com o fenômeno religioso. Um exemplo é a Inglaterra, a qual possui uma ligação institucional com a Igreja Anglicana, sendo que no país há, inclusive, clérigos ocupando assentos na Câmara dos Lordes (SANTOS JUNIOR, 2011, p. 93-134).

Os *náhuatl*s (ou náuatles, povos indígenas que se originaram no México em cerca de 500 d.C., como os aztecas), no resultado às discussões sustentadas pelos primeiros doze missionários franciscanos (cf. *Los colloquios y doctrina cristiana*, 1524), mostraram-se perturbados com as afirmações de que seus deuses não eram verdadeiros. Eis que seus progenitores lhes deram suas normas de vida, a doutrina de que os deuses lhe dão o sustento, e a eles pediam água, chuva. Sabiam, portanto, na cultura deles, a quem se deve a vida, o nascer, o crescer, como se deve invocar e rogar (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 19).

O cristianismo apresenta-se ao crente *náhuatl* como uma religião que destrói sua própria tradição, lhe impõe novas referências religiosas sem vínculo algum com as suas. Ele vê o cristianismo como uma religião cuja aceitação implica um completo deslocamento e desestruturação ritual, cültica e simbólica, razão pela qual se vê perturbado e molesto (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 20).

A réplica do sábio mexicana como forma de tentar frear a “agressão” cristã dá fulcro ao diálogo entre sujeitos com distintas confissões religiosas, haja vista a tentativa de libertação da mania agressiva e opressiva de querer sempre converter o outro (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 21).

Conforme os testemunhos à tradição religiosa e profética maia recolhida no *Chilam Balam de Chumayel*, o mais importante documento redigido pelos sábios maias no marco da invasão espanhola de Yucatán, o cristianismo chegou com seu “verdadeiro deus” e foi o princípio da miséria, da discórdia oculta, das brigas com armas de fogo, atropelos, despojos de tudo, escravidão pelas dívidas, rixas e padecimento; eles (os cristãos) ensinaram o medo, acabaram com o Alto Conhecimento, a Sagrada Linguagem e o Divino Ensino. Os estrangeiros vieram para “castrar o sol”, de acordo com o referido documento (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 23-25).

Insiste então o profeta *Chilam Balam*, na ideia de que o cristianismo não dialoga, mas acaba com toda uma ordem religiosa. O cristianismo revela-se como expansão atropeladora de um sistema de crenças que rechaça todo diálogo e toda possibilidade de convivência com outras religiões (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 25). Para estes ameríndios, o cristianismo não oferece um horizonte de esperança nem de salvação, mas é associada de maneira direta e espontânea com o começo de um tempo marcado pela morte.

As civilizações acima descritas previam a volta de seus deuses e a derrocada dos povos cristãos. Além deles, os quêchuas (cf. *Cristóbal de Molina, Relación de Fábulas y Ritos de los Incas*, 1574) insinuavam que seus deuses (guacas) voltarão e os espanhóis, juntamente com seu deus, seriam vencidos, mortos, e suas cidades inundadas, afogadas pelo mar, a serem esquecidas (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 26).

Os quêchuas expressam o sentimento que o cristianismo provoca uma inversão da história de seu mundo, que só poderia ser corrigida com a ajuda e a intervenção direta de seus antigos deuses andinos (FORNET-BETANCOURT, 2007, p. 27).

A religião cristã está pouco acostumada ao diálogo e desenvolve uma forma própria e específica da atividade colonizadora e imperial no interior da política da prepotente expansão dos imperialismos ocidentais.

6 O FUTURO DA RELIGIÃO

Niels Bohr disse uma vez que “A previsão é muito difícil, especialmente quando se refere ao futuro”. Na questão da religião não é diferente, pode-se antecipar, entretanto, dois possíveis cenários, um que o futuro da religião parece brilhante, praticamente assegurado, enquanto outro que pode arrasar a religião para sempre (SMITH, 2001, p. 119). O primeiro merece ser denominado previsão religiosa, e o segundo, previsão secular.

O cenário negativo, sob a ótica religiosa, inicia com a diminuição da urgência do debate, o território comum entre os teístas e ateístas sobre a relevância do debate caiu por terra. A tensão entre a crença e a descrença abrandou. Para alguns, ela já tem material suficiente para justificar a afirmação de que Deus está morto. A questão do ônus da prova já passou para os teístas; e como as provas do sobrenatural são difíceis em qualquer situação, as provas clássicas da existência de Deus simplesmente desabaram.

A religião tem sido marginalizada socialmente e desdenhada intelectualmente (SMITH, 2001, p. 120). Com isso, utiliza-se hoje tipicamente o termo *secularização*, empregado para denotar o processo cultural pelo qual a área do sagrado é paulatinamente reduzida. De outro lado, o *secularismo* é uma posição racional que favorece essa tendência. Diante desses sinais, o futuro da religião não parece promissor.

Não obstante, há o segundo cenário. Se ver é crer, também se pode dizer que crer é ver, pois o crer traz à luz coisas que de outro modo passariam despercebidas. Aquilo que no ocidente se denomina *salvação*, e no oriente, *iluminação*, é realmente uma epifania, com o correspondente encolhimento do ego (SMITH, 2001, p. 121-122).

A previsão secular é feita por olhos que registram dados que estão disponíveis a todos, enquanto a religião enxerga numa nova luz, de maneiras que são indiscutivelmente convincentes, nas quais os argumentos intelectuais são irrelevantes. Pela visão através desses olhos da fé, o futuro da religião está assegurado (SMITH, 2001, p. 121-122).

7 CONCLUSÃO

Todas as explicações sobre a religião que podemos encontrar esclarecem alguma coisa, mas não tudo. Por isso, é preciso unir todos os elementos que supõem da parte do homem um conhecimento e uma adesão viva, um agir racional e voluntário.

Donde provém, portanto, o fenômeno religioso? Da natureza humana, mas esta deve sua existência ao Ser Supremo. O único fundamento universal do fenômeno religioso é o próprio Deus. No entanto, será possível que Deus deve sua existência ao homem?

Ora, se um pássaro tivesse idoneidade para nos dizer como ele imagina seu Deus, certamente o descreveria como um ser plumado, bípede e alado. O ser supremo é, para o pássaro, exatamente o ser do pássaro. Ele simplesmente objetivaria sua essência e definiria seu Deus atribuindo-lhe tudo aquilo que lhe é peculiar, mas infinitamente maior que seu ser, sendo que se trata só de uma questão de predicções.

Vale lembrar o que escreveu o filósofo jônio, *Xenófanes de Colofão*, em algum momento em cerca de 500 a.C., na Grécia: “Mas se mãos tivessem os bois, os cavalos e os leões; E pudessem com as mãos desenhar e criar obras como os homens; Os cavalos semelhantes aos cavalos, os bois semelhantes aos bois; Desenhariam as formas dos deuses e os corpos fariam; Tais quais eles próprios têm.”

Esta objetivação e a tomada de consciência da mesma possibilitam ao homem descobrir o seu Deus, ou seja, que talvez Deus não seja mais que sua essência no mais alto grau de perfeição. Pelo mesmo raciocínio, se Deus é uma produção do homem, cada cultura ou religião possuirá um Deus diferente em relação a outra, podendo ser castigador, protetor, intolerante, amável etc, conforme os atributos do próprio homem e suas atribuições predicativas.

A resposta para tais questões não é cravada em pedra, e não será encontrada de forma definitiva, mas sempre poderá ser lapidada de forma contínua em cima de conceitos *prima facie*. A verdade é uma questão ainda mais difícil para um tema tão complexo tal qual é o fenômeno religioso.

Pela questão do secularismo, como um dos objetos da pesquisa, conclui-se que, enquanto existirem seres humanos, haverá religião, pela simples razão de que o eu é uma

criatura teomórfica, ou seja, uma criatura cuja *morphe* (forma) é *theos*, isto é, tem Deus encerrado nele. Todos os seres humanos têm um vácuo em forma de Deus dentro de seus corações, e a natureza aborrece o vazio, compelindo as pessoas a viverem tentando preencher o vazio que está dentro delas e, buscando uma imagem do divino que se adapte a esse vazio.

Por fim, ocorre que não se pode provar a existência ou não de Deus. Existem sermões na ciência que superam os inscritos em pedra, mas não provas.

REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, P. P. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

BENDIX, R. *Max Weber: um perfil intelectual*. Brasília, DF: UnB, 1986.

BOBBIO, N. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DAVID, S. N. *Freud e a religião*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. 70 p.

FORNET-BETANCOURT, R. *Religião e interculturalidade*. Tradução Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2007.

HESSEN, J. *Teoria do conhecimento*. Tradução João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUCAS, D. C. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. S. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. Sarai-va, 2009.

PLATÃO. *A República*. Tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SANTOS JUNIOR, A. C. dos. *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, v. 11, n. 1, p. 93-134, 2011.

SANTOS, R.; MARTIN, C. Masking hegemony: a genealogy of liberalism, religion and the private sphere. *Debates do NER*, Porto Alegre, ano 13, n. 22, jul./dez. 2012.

SIEYÈS, E. J. Qu'est-ce que le tiers état? In: BASTOS, A. W. (Org.). *A constituinte burguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SMITH, H. *Por que a religião é importante: o destino do espírito humano num tempo de descrença*. São Paulo: Cultrix, 2001.

WILGES, I. *Cultura religiosa: as religiões do mundo*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1989.

A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL

Paulo Antonio Caliendo V. da Silveira*

1 INTRODUÇÃO

O problema do presente texto é tratar *tributação com finalidades extrafiscais* como instrumento de implementação dos direitos sociais no Brasil. Quais são as possibilidades da extrafiscalidade como meio de promoção dos direitos fundamentais? Quais são os princípios que o orientam? Em suma, como o Estado ordena, intervém e promove os direitos fundamentais em Estado Democrático de Direito, por meio do uso de instrumentos tributários.

A tributação historicamente tem sido pensada sob a ótica da fiscalidade, ou seja, como forma de financiamento do Estado e custeio de suas atividades principais. Em período recente o Estado adquiriu novas funções, tais como promover direitos fundamentais prestacionais (educação, saúde, habitação, meio ambiente equilibrado, etc.) e corrigir falhas de mercado. Para além de suas funções clássicas, novas e mais complexas atividades têm se somado, exigindo uma resposta sobre como compatibilizar estas novas funções com o texto constitucional.

As funções clássicas exigiam o financiamento do Estado por meio de tributos e uma proteção passiva dos direitos fundamentais à liberdade e propriedade. As novas funções exigirão uma *atitude positiva* onde a tributação será concebido como uma forma de indução de comportamentos virtuosos ou desestimulador de comportamentos indevidos. A tributação extrafiscal tem sido compreendida como um instrumento de reforma social ou de desenvolvimento econômico; redistribuindo renda ou intervindo na economia.

Ao lado desta aparente virtuosidade da ação do Estado corrigindo falhas sociais ou de mercado, diversas vozes levantaram dúvidas deveras pertinentes: *será que o Estado não poderia sofrer a captura de grupos de pressão e ao invés de produzir uma ação virtuosa transfira recursos públicos para grupos privados (fenômeno rent-seeking)? Será que o Estado não poderia ser capturado por comportamentos oportunistas de redução de compromisso social, de entregas com base na fruição de bens públicos (dilema do carona ou free-rider)? Será que simplesmente o Estado não sabe como escolher bem, não por motivos de má-fé, mas simplesmente porque não detém todas informações do sistema econômico (limitação informacional), acarretando mais danos do que benefícios em sua atuação?*

Estabelecer o uso da tributação extrafiscal é um dos problemas centrais do constitucionalismo moderno. Afinal este instrumento de promoção econômica e social pode ser um grande aliado no sistema de direitos fundamentais.

* Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito dos Negócios pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professor Titular na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Advogado; Avenida Ipiranga, 6681, Partenon, 90619-900, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; paulo.silveira@puccrs.br

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A TRIBUTAÇÃO

A possibilidade de concretização dos direitos fundamentais sociais gerou diversas indagações sobre a sua efetivação, especialmente porque exigem uma ação positiva do Estado. O direito a prestações pode esbarrar na escassez de recursos para o Estado satisfazer todos beneficiários.

O problema da efetivação dos direitos fundamentais irá tentar responder diretamente ao problema posto por Bobbio (1993) sobre a possibilidade se é possível continuarmos a chamar de direitos dispositivos constitucionais que não geram sanções, não são diretamente aplicáveis ou não atribuem diretamente uma pretensão aos seus beneficiários. Nesse caso não estaríamos perante meras *obrigações morais*, *normas programáticas* ou *declarações políticas*?

Tem se consagrado na doutrina a noção de que se deve procurar a máxima eficácia da proteção dos direitos fundamentais sociais, condicionada pelas circunstâncias históricas e sociais da implementação destes direitos.

O dever da administração de buscar ampliar o acesso aos direitos fundamentais não afasta a responsabilidade do particular e da sociedade civil organizada em encontrar meios complementares de garantir uma vida digna autônoma e sem dependência estatal.

O *mínimo fundamental* dos direitos à educação, à saúde, à moradia e à assistência social se constitui em um dos grandes passivos sociais que possui a sociedade brasileira com a sua ampla maioria de nacionais. O grande déficit de cidadania se constitui na gigantesca exclusão social que padece a maior parte do povo brasileiro onde realmente o mínimo existencial está ainda fora da proteção estatal e social.

O uso de recursos fiscais como modo de financiamento dos direitos fundamentais sociais possui limites claros. Procura-se complementar a ação do Estado pela utilização complementar de mecanismos de indução de comportamentos, especialmente por meio de tributos.

3 EXTRAFISCALIDADE: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL

O problema da extrafiscalidade não é novo e nem passou despercebido pelos fundadores da teoria jurídica-tributária, tais como *Emmanueli Morselli*, *Edward Selligman*, *Aliomar Baleeiro*, entre tantos outros. Cabe lembrar que uma das primeiras obras sobre o tema foi escrita por Pugliese (1932), intitulada *As finanças públicas e sua função extrafiscal nos Estados Modernos (La finanza e i suoi compiti extra-fiscali negli stati moderni)*.

O termo, contudo, ganhou força e expressão assumindo ares de onipresença, ou seja, tornou-se um conceito ampliado, inchado, citado como presente em praticamente cada canto onde houvesse uma política pública social ou econômica sendo aplicada, especialmente no setor ambiental. Esta superexposição do conceito ao invés de fortalecê-lo o enfraqueceu, tornou-o ainda mais ambíguo, vago e incerto. De tal modo que esta ampliação semântica exagerada o tornou vazio, no entendimento correto de importantes doutrinadores (CAVALCANTE, 2012, p. 176). Ao tentar abarcar tudo, não significava nada, não se distinguia de outros conceitos, princípios, institutos, desaparecendo, paradoxalmente, na

sua onipresença. De tão relevante, foi chamado para trazer duplos benefícios para cada setor, mas implicou em sua irrelevância, visto que sua incerteza semântica poderia trazer poucos benefícios teóricos. Corretamente aqueles que alertam para o atual estado do conceito acertam em exigir clareza técnica no trato deste.

Em nossa opinião trata-se de um *conceito tecnicamente relevante, constitucionalmente delimitado e econômica e socialmente benéfico*, mas que exige uma reelaboração por parte da doutrina atual, para que a sua complexidade possa voltar a trazer benefícios à teoria jurídica. Torna-se imperioso diferenciar conceitos próximos, sentidos diversos e planos de análise distintas, sob pena de impedir a correta utilização do mesmo. Desse modo, vive a doutrina um grave momento de confusão conceitual sobre a utilização sem critério claro em seus termos tais como: externalidades, efeitos extrafiscais, tributos extrafiscais e princípios atinentes, em um verdadeiro sincretismo teórico, ou seja, com a mistura de temáticas tão diversas como política fiscal, economia pública e Direito Tributário.

As *externalidades* referem-se ao conceito criado pelos economistas Marshall e Cecil Pigou para se referirem aos *efeitos e consequências dos atos dos agentes econômicos, dentre os quais se incluem o governo*. Estes efeitos podem ser benéficos ou prejudiciais, dependendo de como se realizem. Assim, tratam-se de temas relacionados à economia e não diretamente ao Direito. O sistema jurídico recebe estas informações e as processa em sua linguagem própria, característica da normatividade jurídica. A externalidade é evento no mundo econômico que ingressa no Direito como proposição que irá compor determinado fato jurídico ou sentido de norma tributária. Difere claramente da extrafiscalidade, visto que esta remete às *normas jurídicas de competência tributária que visam a ordenação pública, a intervenção econômica ou redistribuição de renda, como o propósito específico de promover os direitos fundamentais previstos no texto constitucional*.

A doutrina alemã procede a uma conceituação semelhante em relação a extrafiscalidade, ao realizar uma distinção das normas de repartição de cargas fiscais (*Lastenausteilungsnormen*) com fins fiscais (*Fiscalzwecknormen*) das normas com fins não fiscais (*Nicht-fiskalzwecknormen*) ou normas interventivas ou dirigentes (*Lenkungsnormen*) (VOGEL, 2001 apud VELLOSO, 2010, p. 294).

O texto constitucional, as normas gerais em Direito Tributário e o CTN não estabeleceram um conceito legal ou constitucional explícito sobre a extrafiscalidade, de tal modo que este deve ser construído a partir do sentido dos dispositivos constitucionais. Tal situação implica em aumento de incerteza sobre este conceito, bem como na insegurança sobre a sua utilização abusiva ou insuficiente. Na ausência de delimitação constitucional clara a preferência do intérprete deve estar na prevalência da esfera da liberdade sobre a esfera da intervenção, bem como na proteção contra as normas que exijam sacrifícios indevidos.

Diversos são os conceitos utilizados para definir a extrafiscalidade, dentre os quais podemos citar conceitos mais restritivos e outros mais amplos. O *conceito restritivo* da extrafiscalidade a compreende como fenômeno que se refere às normas jurídicas que autorizam competência tributária ordenadora, interventiva ou redistributiva, enquanto, a seu *conceito ampliado* o compreende como dimensão finalista do tributo incorporando os efeitos extrafiscais das normas tributárias na própria natureza dos tributos. Esta última

concepção tomada em toda a sua radicalidade permitiria a ampliação da ação indutora do Estado, para além dos limites expressamente previstos no texto constitucional.

Entendemos que o CF/88 optou claramente por uma *interpretação restritiva* deste conceito.

São elementos caracterizadores da extrafiscalidade: *fim constitucional pretendido; meio utilizado e técnica adotada*. Dessa forma, o fim constitucional pretendido deve estar expresso no texto constitucional e objetiva a realização das finalidades da Ordem Constitucional ou Social (família, cultura, meio ambiente, etc.). Não é a destinação do recurso ou a técnica utilizada que determina a natureza da norma extrafiscal, mas a sua finalidade constitucional. A extrafiscalidade econômica, assim, pretende realizar determinado desiderato constitucional previsto na ordem econômica (art. 170 da CF/88); a extrafiscalidade ambiental os objetivos para a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88) (CAVALCANTE, 2012), entre outros.

O meio a ser utilizado é dado pela *ordenação, intervenção* ou pela *redistribuição* de renda. A *ordenação*, ou seja, o uso de mecanismos administrativos-fiscais de proteção do interesse público foi um dos primeiros meios extrafiscais estudados pela doutrina. Seligman (1913, p. 402-403) que foi um dos fundadores teóricos das finanças públicas norte-americanas observou com precisão este fato. Em sua época existiu um grande debate no continente europeu e nos EUA sobre as receitas públicas e a classificação dos tributos e as suas funções. Antecipando em muito os debates posteriores observava o autor em seu clássico “*Ensaio sobre a Tributação*” (*Essays in Taxation*) sobre a distinção entre o poder de tributar (*power to tax*) e o poder de polícia (*police power*), onde afirmava que a distinção das receitas não deveria decorrer de sua função precípua, se arrecadatória (*primarily for revenues*) ou regulatória (*for regulation*); mas se almeja benefícios específicos (*special benefits*) ou gerais (*common benefits*), em uma distinção que se tornaria famosa posteriormente com os estudos de Gianinni (1957).

Um exemplo de extrafiscalidade com finalidade ordinatória está na progressividade extrafiscal do IPTU progressivo como instrumento de política urbana, previsto no art. 182, § 4º, inc. II da CF/88. Neste caso, o imposto tem por objetivo punir o mal uso da propriedade urbana, mediante não utilização, subutilização ou não edificação, conforme a política urbana. A tributação neste caso não pretende realizar uma intervenção na economia, mas adequar os comportamentos perante as normas objetivas do ordenamento jurídico.

A *intervenção* ocorre por meio de mecanismos indutores ou desestimuladores de determinados comportamentos de agentes econômicos. A *redistribuição* de renda ocorre por meio da transferência fiscal de recursos entre indivíduos, em uma modalidade reformadora da realidade social. Podemos afirmar que enquanto os meios ordinatórios querem preservar e manter a ordem constitucional, os meios interventivos pretendem corrigir determinadas *falhas de mercado* e os meios redistributivos visam à *reforma social*, corrigindo as *falhas sociais*.

Existem diversas *técnicas* utilizadas com o propósito de alcançar os fins constitucionais, aplicando os meios previstos em lei. As técnicas são instrumentos normativos vinculados ao meios e fins constitucionais e devem, portanto, infirmar ou confirmar estes,

sob pena de inconstitucionalidade. São exemplos de técnicas:¹ a utilização de alíquota progressiva, seletivas, isenções fiscais (COELHO, 2003, p. 218-219), reduções de alíquota, aproveitamento de créditos fiscais, depreciação acelerada, dentre tantos outros (TÔRRES, 2011, p. 85-115). O instrumento técnico permitirá a indução de determinados comportamentos tornando a carga fiscal menor ou desincentivando tornando-a mais gravosa.

Cabe diferenciar a existência de tributos com *finalidades extrafiscais* dos *efeitos extrafiscais* dos tributos, visto que são temas diversos. Todos os tributos possuem efeitos fiscais e extrafiscais, visto que da imposição tributária sempre decorrerá um efeito (*externalidade*) positivo (*incentivadora*) ou negativo (*desincentivadora*) sobre a ordem econômica e social. Já reconhecia Morselli (1947, p. 7) que ao lado dos instrumentos exacionais conviviam instrumentos extrafiscais que buscavam não um ingresso ou entrada pública (*entrata*), mas de produzir uma modificação qualquer na ordem econômica e social, como fim imediato da norma tributária. No direito alemão se diferenciam os tributos com preponderante finalidade extrafiscal (*Lenkungsabgaben*),² dos tributos com finalidade fiscal (*Lenkungssteuer*), que visam igualmente atingir fins fiscais e extrafiscais e os tributos com efeitos extrafiscais (*Lenkungswirkung*). Todos os tributos de uma forma ou outra irão possuir efeito extrafiscal, sendo o mais notório deles a redução de bem-estar individual pela redução da renda ou patrimônio (*Wohlfahrtsverlust*).

Relatava Morselli os grandes debates existentes na época sobre a aceitação ou negação das finalidades político-sociais do tributo, nos debates entre Sax, Wagner, Kammer e Schaeffle. Para Morselli a ciência jurídica deveria ter em conta os fins sociais, econômicos e políticos da norma, como uma exigência metodológica (“*il tener uconto degli scopi social, politici, economici ecc.dei tributi, nela trattazione propriamente scientifica della finanza, non fuori di essa (...) forma una esigenza metodologica*”). Tal entendimento não significa abdicar da autonomia do Direito Tributário perante a economia ou a ciência das finanças, pelo contrário seria uma forma de fortalecer o papel prescritivo do Direito sobre a realidade social. As normas jurídicas deixam de serem entendidas como objetos ideais e passam a serem compreendidas como comandos pragmáticos-normativos. Para Morselli uma tentativa de separação além de ser artificial era igualmente danosa ao Direito Tributário, dado que o estudo exclusivamente fiscal é inseparável dos outros problemas correlatos, tais como os econômicos, sociais e políticos “[...] *assolutezza ai problemi esclusivamente fiscali della finanza, nel mentre che gli altri problemi (social, politici, economici, ecc.) sono altrettanto reali e normali, e quasi sempre inseparabili dai primi.*” (MORSELLI, 1947, p. 8).

Existem tributos, entretanto, que possuem finalidade extrafiscal claramente definida no ordenamento jurídico, de tal modo que este incorpora estas características como parte de sua estrutura normativa. Como exemplo poderíamos citar o IOF, o IPI, o II e o IE

¹ Artigo 2.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais de Portugal: “2 - São benefícios fiscais as isenções, as reduções de taxas, as deduções à matéria colectável e à colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedeçam às características enunciadas no número anterior.”

² O STF irá julgar no ADI 4.002 a possibilidade do aumento das alíquotas do IOF, com finalidade nitidamente fiscal, por força do Decreto n. 6.339/08 e 6.345/08. Mantém-se o questionamento: podem tributos nitidamente extrafiscais serem utilizados com finalidade arrecadatória?

que possuem como finalidade relevante regular determinado setor econômico (mercado financeiro, industrial ou comércio exterior). Estes impostos não possuem natureza extrafiscal, dado que sua natureza não difere dos demais impostos, contudo, estão sujeitos a um *regime constitucional extrafiscal* próprio que lhes justifica o fato de serem exceção ao princípio da legalidade, da anterioridade e da periodicidade mínima, bem como utilizarem-se de instrumentos de técnica fiscal de incentivo ou desincentivo aos seus respectivos setores (seletividade, ex-tarifário, entre outros). Dessa forma, podemos considerá-los como *impostos com finalidade estruturalmente extrafiscal*.

Igualmente relevante é a distinção sobre os distintos planos de análise: *economia pública*, *política tributária*, *Direito Tributário* e *técnica fiscal*. O estudo da extrafiscalidade, apesar de conectado com diversos planos do conhecimento, não recebe o mesmo sentido e estrutura de modo uniforme. Cada um destas dimensões possui seu próprio objeto, problema, linguagem e método, sendo natural que a extrafiscalidade receba significações diversas. A *economia pública* irá se preocupar especialmente com os *efeitos fiscais* das normas tributárias sobre a criação, distribuição e redistribuição de bens. A *política tributária* irá verificar quais são as finalidades constitucionais e como encontrar mecanismos para alcançar estas finalidades. Ao *Direito Tributário* caberá o estudo das normas de competência extrafiscal, enquanto a técnica fiscal irá questionar sobre os eficientes mecanismo indutores, redistributivos ou ordenadores do bem estar social.

4 FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA EXTRAFISCALIDADE

A ideia de que o Estado deve adotar uma postura ativa de atuação na economia e como reformador social é algo relativamente recente. Os juristas seguiram de modo geral o entendimento dos economistas neoclássicos e políticos liberais de que a intervenção do Estado na economia é prejudicial. Esta crença restou unânime até a grande crise de 1929 onde a segurança nos mercados foi irremediavelmente abalada. O Estado havia sido chamado para reorganizar a economia e manter a estabilidade social, em breve a noção de que as falhas de mercado deveriam ser corrigidas por meio de uma atividade positiva, planificadora e interventiva do Estado deixaram de ser heréticas e passaram a ser o *mainstream*. Começava a revolução *keynesiana*.

Parte importante dessa revolução inicia-se com a *teoria das externalidades*. O conceito de externalidade era o equivalente na microeconomia aos novos conceitos *keynesianos* em macroeconomia. Ele permitia fundamentos para intervenção nas transações privadas em praticamente todos os setores. O autor mais significativo desta tendência será *Cecil Pigou*, mas não seria o único economista significativo, outros que poderiam ser citados são *Marshall* e *Joan Robinson*.

A ideia de externalidades negativas (custos sociais) inicia com o debate intitulado das “caixas vazias” (*empty boxes*) em que *Pigou* defendia que o ingresso de novas empresas em setores industriais altamente competitivos provocava ou o aumento ou a redução dos custos industriais (*cost industries*), gerando um desarranjo produtivo e consequente perda de bem-estar geral.

Pigou neste caso repetia o argumento de outro economista, *Marshall* (1922) de que o incremento ou decréscimo de custos em indústrias competitivas era ineficiente, porque o ingresso de novas firmas impunham benefícios ou danos às firmas existentes. Para este autor estes custos eram “*externos para a firma, mas internos para a indústria*” (*external to the firm but internal to the industry*) (PIGOU, 1962, p. 6).

O conceito de *Marshall* ficou esquecido até que Pigou (1962) ampliou o seu sentido e alcance para abranger uma ampla variedade de conflitos entre o produto líquido privado e social (*divergence between private and social net product*). Ao analisar a questão da eficácia social defendeu que³ o ingresso de uma nova firma em um setor competitivo implica em uma divergência entre o produto privado marginal líquido (*marginal private net product*) e o produto social marginal líquido de investimento (*marginal social net product of investment*).

Um exemplo simplificado para este caso foi dado pelo próprio Pigou (1962) em sua obra *The Economics of Welfare* (1920) em que utiliza como exemplo um caso de uma via congestionada, em que novos veículos implicam em novos custos externos para os automóveis já presentes na estrada, ou seja, mais congestionamento. Neste caso não se cogita da possibilidade do uso de arranjos contratuais entre os motoristas como forma de reduzir a ineficiência, devendo se apelar a instrumentos públicos de ordenamento.

Para combater esta ineficiência Pigou (1962) defendia a utilização de incentivos (*bounties*) para as indústrias que entram reduzindo custos e tributos (*taxes*) para aqueles que ingressam aumentando custos. Esta discussão se provou ser muitas vezes árida e vazia e não é a toa que se denominou de “*caixas vazias*” (*empty boxes*), dada a sua dificuldade em categorizar quais os setores industriais que mereciam incentivos ou taxaço. Sua consequência geral foi fornecer fundamentos para a intervenção estatal como instrumento de correção de falhas de mercado, identificadas como externalidades negativas (*custo social*).

Um corolário da assunção da divergência entre o produto privado e o produto social de um conflito interfirmas era o entendimento de a correção para esta ineficiência deveria ser estatal. Não acreditava Pigou (1962) que os arranjos privados pudessem fornecer uma solução adequada e mais, provavelmente a solução seria pior.

Na sua obra Pigou (1962) irá apresentar uma interessante listagem de externalidades positivas, tais como: o aumento de valor de propriedades pela construção de estradas na sua adjacência, plantio de florestas para o clima, pesquisa científica, entre outras. São exemplos de externalidades negativas: os danos provocados pelas faíscas de trens na vegetação adjacente aos trilhos de ferrovias, fábricas que destroem o conforto de comunidades, certos tipos de investimento estrangeiro que impactam as taxas de câmbio, entre outros.

Além da descoberta de ineficiências (externalidades) em praticamente todos os setores privados (“*negative externalities are ubiquitous*”) Pigou (1962) desdenha da possibilidade de sua solução por meio de arranjos privados, preferindo a atuação estatal como

³ Conforme o autor: “[...] the values of the marginal private net product and of the marginal social net product of investment are both equal to one another and also stand at a sort of central level representative of industries in general [...] investment and output must be carried to a point at which the value of the marginal private net product of investment there conforms to this central value.” (PIGOU, 1962, p. 5).

forma de superação de divergências privadas por meio de extraordinários incentivos ou desincentivos (“*extraordinary encouragements*” or “*extraordinary restraints*”).

Em determinados casos o custo de atuação privada é excessivo ou não existe suficiente interesse individual para mover toda uma cadeia de arranjos privados, neste caso caberá ao Estado atuar, conforme ele escolha (*if it so choose*) (PIGOU, 1962, p. 195).

Pigou (1962) irá, contudo, se deparar com a situação em que as externalidades podem permanecer mesmo na situação em exista atuação estatal. Neste caso as falhas de mercado se encontram com as falhas de governo, visto que o Estado não é onipotente e nem infalível, bem como a sua atuação não é sempre virtuosa, podem existir situações em que a atuação estatal obedece a interesses egoísticos, mesquinhos, totalmente distintos dos interesses públicos e do bem comum.

Pigou (1962) irá ressaltar inclusive o papel do voto na superação dos interesses gerais por interesses setoriais e de grupos, fazendo inclusive que os interesses maiores sejam absorvidos por interesses menores. Trata-se de um compreensão absolutamente diversa da que caracterizava a esfera do político como a superação dos interesses sociais contraditórios, na verdade seria somente mais uma camada em que a luta entre estes interesses se realizaria. Ele irá continuar a defender, contudo, a visão da supremacia geral da esfera pública na superação dos custos sociais.

A teoria de do autor irá sofrer múltiplos ataques. De um lado James Buchanan irá desmascarar a aparente neutralidade idealística da esfera governamental e de outro *Ronald Coase* o axioma da inevitável eficiência da solução estatal. *Buchanan* na sua obra seminal *The Calculus of Consent* irá defender o entendimento da vantagem metodológica da aplicação de instrumentos teóricos da teoria do agente racional em mercado para a compreensão da tomada de decisões públicas.

Coase (1960, p. 1-44) irá proceder a uma profunda crítica a tese de Pigou em sua famosa obra *O problema do custo social* (*The Problem of Social Cos*). Esta obra deu origem a diversas interpretações sobre as teses fundamentais ali defendidas e que receberam a denominação de *Teorema de Coase*. Dentre os diversos aspectos apresentados pelos intérpretes podemos destacar essencialmente o desconforto de *Coase* com a ampliação excessiva das medidas de proteção governamental de caráter corretivo. Segundo o autor geralmente tais medidas tem como causa uma ação governamental e não uma ausência de atuação pública. De outro lado, tais ações produzem resultados prejudiciais e não benéficos (COASE, 1960, p. 15).

Por diversas vezes dirige seu ataque ao que denomina superestimação das vantagens da regulação governamental (“*over-estimate the advantages which come from governmental regulation*”) (COASE, 1960, p. 13). Esta interpretação é tão relevante que é válida a sua leitura no original:

O tipo de situação que os economistas tendem a considerar como carentes de ações governamentais corretivas é, de fato, com freqüência, o resultado da ação governamental. Tal ação não é, necessariamente, insensata. Contudo, há o perigo real de que a intervenção estatal extensiva no sistema econômico possa levar a

uma ampliação excessiva da proteção dos responsáveis pelos efeitos prejudiciais. (COASE, 1960)⁴

Pela leitura nota-se que não há no autor uma negação absoluta da necessidade de atuação do Estado, mas uma desconfiança com a crença absoluta de Pigou (1962) de que a regulação governamental seja sempre a melhor solução. Sua tese parte do crítica ao entendimento, amplamente aceito em sua época, que as falhas de mercado deveriam ser resolvidas mediante mais regulação estatal. Segundo ele:

Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (seja o trabalho de um mercado ou de um departamento de governo), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e uma escolher entre arranjos sociais, devemos atentar para o efeito total.

Segundo Coase (1937):

[...] um outro fator que deve ser levado em consideração é o fato de que as operações de troca em uma economia de mercado e mesmo transações organizadas dentro de uma mesma firma são freqüentemente tratadas diferentemente pelo Governo ou outros organismos ou agências regulatórias.⁵

Um exemplo citado pelo autor se refere à cobrança do imposto sobre as vendas (*sales tax*), que pode significar inclusive um fator determinante no tamanho das firmas em uma economia de mercado, visto que as empresas podem concentrar operações internas para evitar a incidência desta tributação (COASE, 1937, p. 393).⁶

A doutrina tem identificado neste texto a tese de que: “[...] se os agentes afetados por externalidades puderem negociar a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, poderão chegar a uma solução negocialmente mais favorável.” (COASE, 1937). O famoso Teorema do autor nunca foi diretamente escrito pelo autor, recebendo diversas redações e enfoques. Após a leitura poderíamos inclusive questionar se não há a sugestão de uma *Curva de Coase* em que a regulação estatal seria eficiente até determinado ponto e onde além deste tornar-se-ia excessiva, contraproducente e ineficiente, a semelhança da *Curva de Lafer*.

Questiona igualmente Coase (1960) as vantagens da utilização extrafiscal dos tributos, como forma de correção de falhas de mercado, segundo o autor geralmente os economistas tratam da solução tributária de modo superficial e não homogêneo. Assim:

⁴ “[...] the kind of situation which economists are prone to consider as requiring corrective government action is, in fact, often the result of government action. Such action is not necessarily unwise. But there is a real danger that extensive government intervention in the economic system may lead to the protection of those responsible for harmful effects being carried too far.” (COASE, 1960, p. 15).

⁵ Assim: “[...] another factor that should be noted is that exchange transactions on a market and the same transactions organised within a firm are often treated differently by Government or other bodies with regulatory power.” (COASE, 1937, p. 393).

⁶ Desse modo: “If we consider the operation of a sales tax, it is clear that it is a tax on market transactions and not on the same transactions organised within the firm” e “[...] of course, to the extent that firms already exist, such a measure as a sales tax would merely tend to make them larger than they would otherwise be.”

A mesma falha pode ser encontrada nas propostas para a solução do problema dos efeitos prejudiciais através da utilização de tributos ou recompensas. Pigou confere considerável importância a esta solução, embora ele seja, como sempre, lacônico nos detalhes e seletivo na sua fundamentação. Os economistas modernos tendem a pensar exclusivamente em tributação e de uma forma bastante precisa. O tributo deveria ser igual ao prejuízo causado e deveria, por isso, variar de acordo com a quantidade do prejuízo gerado. Como não se propõe que a renda adviniente do pagamento de tributos seja destinada àqueles que sofreram o prejuízo, tal solução não se equipara àquela na qual se obriga o causador do dano a indenizar os indivíduos por ele prejudicados, embora os economistas, de maneira geral, pareçam não atentar para isso e tendam a tratar as duas soluções como se fossem idênticas.

Considerando que o Direito Tributário atua sobre a realidade social e econômica devemos evitar um duplo erro: *autonomia absoluta e sujeição metodológica*. Nem o Direito Tributário deve desconsiderar o contexto onde se posiciona e as diversas interfaces com a Economia e Política, mas igualmente não deve esquecer que possui um método e um objeto próprio e distinto destes subsistemas sociais.

Os estudos econômicos têm demonstrado, portanto, uma clara limitação da tributação extrafiscal como forma de correção de externalidades, falhas de mercado e como substituto da ação livre da sociedade na busca de soluções voluntárias.

5 REGIME CONSTITUCIONAL DA EXTRAFISCALIDADE

A ideia de tributos com finalidade indutora já existiam entre os primeiros teóricos do Direito Tributário, dentre os quais podemos destacar os estudos de Gianinni (1957):

[...] *la finalidad del impuesto es procurar un ingreso al Estado, pero es necesario decir que tal finalidad no constituye siempre el único motivo de la imposición; de hecho, la utilización del impuesto se presta también para la consecución de fines no fiscales.*

A doutrina já diferenciava os *efeitos extrafiscais* dos tributos dos tributos com *finalidade extrafiscal*, dado que se compreendia que todos os tributos possuem um efeito extrafiscal, alguns em maior e outros em menor grau, contudo, todos eles produzem consequências sobre a tomada de decisão dos agentes econômicos, induzindo ou repelindo condutas. Outra situação bastante diversa é o uso intencional da tributação com a finalidade precípua de premiar ou punir condutas com vistas a uma finalidade pública. Os tributos, igualmente, não possuem natureza fiscal ou extrafiscal, estas são funções do tributo, ou seja, instrumentalizações que a ordem constitucional admite para que determinada imposição fiscal busque precipuamente recursos públicos para o *financiamento* de direitos fundamentais ou a *promoção* destes mediante a indução de condutas.

Historicamente a tributação é estudada como a forma de retirada de patrimônio privado com o intuito do financiamento do interesse público, sendo que este poderia adotar diversos objetivos: o custeio do Estado (Estado Liberal), das políticas públicas (Estado Social) ou mesmo dos direitos fundamentais (Estado Democrático de Direito). Outra questão bastante diversa é a noção de que o Estado deve incentivar ou desincentivar com-

portamentos visando realizar os objetivos constitucionais. Afinal, até que ponto estaria o Estado autorizado a utilizar a tributação como instrumento extrafiscal?

A tributação foi durante séculos um campo claro de delimitação do poder de tributar, sendo que no sistema constitucional brasileiro foram estabelecidos limites claros à atuação das competências tributárias, por meio do princípio da legalidade estrita, da repartição rígida de competências, da tipicidade e da definição dos elementos componentes da regra-matriz de incidência tributária.

Outro elemento importante é o fim a ser alcançado: a *promoção dos direitos fundamentais sociais ou econômicos*, ou seja, o objetivo almejado não é a apenas a indução de condutas econômicas vinculadas à Ordem Econômica, mas igualmente aqueles previstos na Ordem Social (família, meio ambiente, lazer, cultura e educação).

A título de exemplo podemos citar o Estatuto dos Benefícios Fiscais de Portugal que não conceitua diretamente o fenômeno da extrafiscalidade, contudo, a indica como critério determinante para a concessão de incentivos, de tal forma que: “1 - Consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem.” (TRIPOD, 2001).

Cabe questionar: quais são os princípios que regem a extrafiscalidade?

Uma tentação simplificadora seria imaginar que os tributos com função fiscal estão submetidos ao *princípio da isonomia*, enquanto que a extrafiscalidade é limitada pelo *princípio da proporcionalidade*. Este entendimento decorre da compreensão de que o princípio da proporcionalidade trata da correta adequação entre os meios escolhidos e os fins pretendidos pela norma tributária. Assim, se as finalidades são extrafiscais então a proporcionalidade indicaria os parâmetros para a correta utilização de meios e técnicas extrafiscais na promoção dos direitos fundamentais. Tal argumento é falso. *Tanto a fiscalidade, quanto a extrafiscalidade se submetem inquestionavelmente ao princípio da isonomia*. A eleição de uma norma de incentivo fiscal de um setor econômico sem a correta justificativa discriminatória será afastado por ofensa ao princípio da igualdade e não pela ofensa à proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, contudo, possui importante função de controle normativo no caso de restrições de direitos fundamentais, por meio da aplicação dos critérios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Um erro comum está em afirmar que o país vive um *Estado Permanente de Ponderação*, com ausência de segurança sobre a hierarquização axiológica (KIRCHHOF, 1996, p. 3-11) fundada pela CF/88, enxergando em cada conflito principiológico um momento de ponderação de princípios e regras. Igualmente seria falso afirmar-se que a ponderação possui um papel menor na interpretação sistemática. Inúmeros exemplos poderiam ser citados, para contrariar este entendimento: o julgamento sobre a possibilidade do aborto de fetos anencéfalos, cotas sociais e raciais, entre tantas outras. Poderíamos alegar que estas decisões são equivocadas, mas nunca que elas não são fruto de uma nova forma de interpretação constitucional.

Outro questionamento errôneo é sobre o método mais importante na interpretação sistemática sob o neoconstitucionalismo: a *subsunção ou a ponderação*? Novamente

impõe-se uma falsa questão que permite qualquer resposta. Tanto a subsunção, como proteção da hierarquização axiológica original, quanto à ponderação como forma de *re-hierarquização axiológica* são fundamentais sob o neoconstitucionalismo, desde que respeitem os seus princípios fundamentais, as cláusulas pétreas e os limites ao poder de reforma constitucional. Portanto, é inegável que o neoconstitucionalismo utiliza o binômio hierarquização (subsunção) e re-hierarquização (ponderação) como forma de manutenção do *consensus* constitucional original de uma sociedade complexa e plural em um mundo dinâmico e em transformação.

A Corte Constitucional Alemã (BVerfG), por exemplo, faz uso do interessante *método de concretização da ordenamento axiológico*” (*Methode Konkretisierung einer Wertordnung*) para encontrar soluções conforme a Constituição a partir de enunciados abstratos ou gerais (*abstrakten Sätzen*) previstos no texto constitucional (HONSELL, 2009).

Mantém-se, contudo, o questionamento: existe algum *sobreprincípio que regule a extrafiscalidade*?

Em nossa opinião *a extrafiscalidade recebe proteção multidimensional*, ou seja, na definição de seus fins, meios e na técnica utilizada, cada qual com seus princípios relevantes. O princípio mais próximo para orientar a diretriz geral os limites gerais para o uso de mecanismos de regulação extrafiscal é o *princípio da subsidiariedade*.

Este princípio pouco lembrado para tratar da correta correlação entre meios e finalidades é muito mais adequado que o princípio da proporcionalidade para indicar quando o uso da extrafiscalidade é adequada e necessária e quando ela invade ilegitimamente a esfera privada. Este princípio tal como a proporcionalidade implica na assunção de que deve existir uma adequação entre os meios utilizados e os fins práticos a serem alcançados na esfera político-administrativa, contudo, a sua diferença está na sua orientação clara sobre a oportunidade e conveniência da atuação estatal para moldar comportamentos privados. O princípio da proporcionalidade analisa tão somente se a atuação estatal foi proporcional, razoável ou excessiva. A subsidiariedade propõe-se a orientar sobre quando esta atuação é desejável e não tanto sobre a sua modulação normativa-aplicativa. *A subsidiariedade irá claramente estabelecer uma hierarquia axiológica sobre o uso da atuação estatal como forma de consecução do interesse geral.*

A proporcionalidade serviria como critério da modulação normativa-aplicativa das normas tributárias no caso de restrição de direitos fundamentais, de tal modo que os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito serviriam como critérios de aferição da correta correlação entre meios e fins pretendidos (estados de coisas). Contudo, seria um instrumento inadequado para verificar-se a conveniência e competência de normas indutoras de comportamentos privados. Seu sentido e alcance não auxiliaria a responder sobre a (in) adequação ou (des)necessidade da instituição de um regime especial para premiar ou induzir o setor automobilístico. Sua utilidade estaria restrita tão somente com instrumento de controle ou correção na aplicação excessiva de normas, mas não para determinar o seu conteúdo.

O critério da necessidade nos informa, de modo geral, que a atuação extrafiscal é auxiliar e deve ocorrer somente de modo subsidiário,⁷ quando outros meios não-fiscais não possam ser utilizados. Igualmente merece destaque o fato de que estes somente poderiam ser lançados quando a própria sociedade não regular corretamente seus interesses ou quando a regulação não seja prejudicial ou ineficiente. Assim, o critério da necessidade tem o seu conteúdo essencial vinculado a noção de subsidiariedade, ou melhor, o *conteúdo essencial do critério da necessidade decorre do princípio da subsidiariedade*.

Nossa compreensão decorre da assunção de que se trata de um entendimento errôneo o pressuposto de que os interesses privados (direitos individuais) possam sempre entrar em conflito com os interesses públicos e, portanto, o princípio da proporcionalidade seria sempre chamado a determinar a necessidade de determinada medida ou a mediar este conflito (MEISTER, 2012, p. 15-16). *A proteção dos direitos individuais, da autonomia da vontade e da livre iniciativa é essencialmente um interesse público*.

Trata-se de um erro comum acreditar-se que o sistema constitucional não determinou casos explícitos de hierarquização axiológica, onde o papel da proporcionalidade irá circunscrever-se à correção e controle dos excessos. *O sistema constitucional adotou como norma geral a subsidiariedade para determinar o sentido e alcance da aplicação da extrafiscalidade*.

O *núcleo essencial* do princípio da subsidiariedade decorre da valorização axiológica da *solução próxima ao cidadão*, ou seja, no entendimento que a solução mais eficiente de problemas no fornecimento de bens e serviços públicos não está longe dele. Assim, nada melhor que tentar encontrar soluções mais próximas possíveis do interessado. Trata-se de uma solução eficiente, visto que pode ser mais consistente, por determinar diretamente o problema junto ao cidadão e menos custosa, visto que não existem muitos graus de decisão ou uma menor burocracia entre o poder decisório e o beneficiário das políticas públicas.

O termo subsidiariedade tem sua origem na filosofia, especialmente na tradição grega e em *Dante Alighieri*, mas será com a *Encíclica Quadragesimo Anno*, elaborada pelo *Papa Pio XI*, que surgiu a sua formulação moderna, para proteger a autonomia individual ou coletiva contra toda intervenção pública injustificada.

Aquele importante princípio, que não pode ser desprezado ou mudado, permanece fixo e inabalável na filosofia social: Como não se pode subtrair do indivíduo e transferir para a sociedade aquilo que ele é capaz de produzir por iniciativa própria e com suas forças, assim seria injusto passar para a comunidade maior e superior o que grupos menores e inferiores são capazes de empreender e realizar. Isso é nocivo e perturbador também para toda a ordem social. Qualquer atuação social

⁷ No mesmo sentido entende Velloso (2010, p. 314) que: “[...] a despeito de se tratar de um controle complexo, é aconselhável empreendê-lo antes que o da necessidade da medida ante meios fiscais alternativos, pois a tributação extrafiscal é, em princípio, meio subsidiário perante as medidas não fiscais: as finalidades alheias à imposição devem ser buscadas, em regra, mediante os institutos e formas dos respectivos ramos jurídicos, e não do Direito Tributário.” Igualmente afirma corretamente o autor que: “[...] o recurso à criação de normas tributárias extrafiscais deve ser uma solução de ultima ratio - e não a regra.” (Velloso, 2010, p. 314). Não cabe, contudo, em nosso entender, à proporcionalidade realizar o exame de necessidade dos fins pretendidos, mas ao controle de que os meios utilizados são os menos gravosos e menos restritivos à liberdade e igualdade.

é subsidiária, de acordo com a sua natureza e seu conceito. Cabe-lhe dar apoio aos membros do corpo social, sem os destruir ou exaurir [...] Quanto mais fiel for o respeito dos diversos graus sociais através da observância do princípio de subsidiariedade, tanto mais firmes se tornam a autoridade social e o dinamismo social e tanto melhor e mais feliz será o Estado. (PIO XI, 1931).

João Paulo II (1991) também desenvolve o princípio de subsidiariedade, dizendo:

Uma comunidade de ordem mais elevada não deve interferir na vida interna de uma comunidade de ordem inferior, privando-a de suas funções, porém deve sustentá-la em caso de necessidade e ajudar a coordenar sua atividade com as atividades dos demais membros da sociedade, sempre com vistas ao bem comum.

Esta noção foi incorporada na doutrina e no Direito Europeu no Artigo 5º (3º-B), do Tratado CE, bem como no décimo segundo considerando do preâmbulo do Tratado da União Europeia. Este comando é nominado como princípio da subsidiariedade no Direito Europeu, tal como podemos ler no Preâmbulo do Tratado da União Europeia, que determina da seguinte forma:

RESOLVIDOS a continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos de acordo como princípio da subsidiariedade.

Artigo 5.

[...] Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo como princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção prevista não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.

O *princípio da subsidiariedade* estabelece uma determinada autoridade local deva possuir autonomia perante uma entidade central, determinando uma repartição de competências com preferência pela solução mais próxima ao cidadão. Em relação a extrafiscalidade a subsidiariedade nos informa que o uso de mecanismos de indução deve ser restritivo, excepcional e somente adequado aos casos claramente justificáveis de uma atuação positiva do Estado.

Cabe ressaltar que o princípio da subsidiariedade não se constitui em princípio explícito ou claramente aceito no Direito Constitucional brasileiro, o que não significa que possa ser depreendido do texto constitucional.

O princípio da subsidiariedade possui *duas eficácias claras*: como limitação de competência discrimina as competências definidas pelo Tratado para a Comunidade e para os Estados-Membros e como exclusão de competência impede a atribuição de qualquer nova competência. Trata-se de um princípio que se aplica para modular a aplicação da distribuição de competências nos domínios que sejam partilhados entre as duas esferas, mas não se aplica às competências exclusivamente comunitárias ou exclusivamente nacionais.

No Direito Constitucional brasileiro o princípio não se encontra claramente disciplinado, contudo, se analisarmos o texto constitucional veremos claramente uma restrição das competências tributárias estabelecendo uma atuação subsidiária na ordem econômica. Determina o art. 173 que:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

De igual modo estabelece o texto constitucional que a ordem econômica é fundada na “[...] na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, [...]”

O texto constitucional quando trata das normas de indução econômica afirma que o uso de funções estatais de incentivo devem estar previstas em lei e possuem eficácia meramente indicativa para o setor privado, assim dispõe a CF/88 que:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, *na forma da lei*, as *funções* de fiscalização, *incentivo* e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O art. 174 da CF estabelece um regime constitucional claro para as normas indutoras, com as seguintes características:

- a) *não existe no sistema constitucional nacional uma cláusula geral autorizativa de instituição de tributos com finalidade extrafiscal*, devendo esta atuação estar prevista em lei e possuir justificativa relevante para que supere a exigência de que função estatal deva ser meramente *indicativa*;
- b) a atividade indutora do Estado na Ordem Econômica, inclusive por meio de tributos extrafiscais, é *subsidiária* à atuação privada, ou seja, *acessória e auxiliar*, sob pena de desvalorização dos preceitos básicos do ordenamento nacional;
- c) no caso de ponderação ou conflito entre a necessidade da atuação estatal e da livre iniciativa deverá ser privilegiada a esfera privada de atuação dos agentes privados na Ordem Econômica, inclusive com o direito público subjetivo de não terem as suas escolhas formais ou substancialmente induzidas indevidamente, inclusive por meio da extrafiscalidade.

Não há como se admitir no modelo constitucional brasileiro a existência da assunção *pigouviana* de que a existência de ineficiências (externalidades) em todos os setores privados *implique lógica e necessariamente* na impossibilidade de solução por meio de arranjos privados, exigindo e justificando sempre a atuação estatal como forma de superação de divergências privadas por meio de extraordinários incentivos ou desincentivos (“*extraordinary encouragements*” or “*extraordinary restraints*”). A tese contrária (competência autorizativa indutora irrestrita) somente pode ser defendida com elevado grau de politização e alargamento do sentido do texto constitucional.

Note-se que a atribuição de normas de competência fiscal ou extrafiscal deve ocorrer de modo expresso, tal como no art. 170 da CF/88, que determina a utilização de tratamento favorecido das micro e pequenas empresas e no tratamento diferenciado para a defesa do meio ambiente. Assim:

Art. 170 [...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. (BRASIL, 2003).

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1995).

Outro setor claramente eleito pelo texto constitucional é o de exigência do *adequado tratamento ao ato cooperativo* (art. 146, inc. III, alínea “c” da CF/88). Salvo a defesa ambiental, microempresas e cooperativas, são taxativos os demais casos de autorização constitucional expressa, indicando uma vedação constitucional para uma autorização genérica à extrafiscalidade.

Assim poderíamos questionar quais seriam os princípios e regras que regem os limites formais e materiais ao poder de tributar com finalidade extrafiscal?

6 POSSIBILIDADES CONSTITUCIONAIS DA EXTRAFISCALIDADE

O sistema constitucional admite expressamente as seguintes discriminações legítimas:

- a) no combate às desigualdades sociais;
- b) desigualdades regionais;
- c) em função do tipo de empresas;
- d) incentivos sociais para grupos: família, criança, lazer;
- e) extrafiscalidade econômica.

Em nosso sistema constitucional as únicas *discriminações legítimas* são aquelas derivadas de formas de incentivo a determinados grupos sociais e ao combate de desigualdades sociais e econômicas.⁸ Do mesmo modo, a extrafiscalidade econômica pode recomendar, em prol da aplicação eficaz do princípio da neutralidade fiscal que determinados comportamentos econômicos recebam um tratamento favorecido em prol de uma melhor regulação ou intervenção no mercado. Assim, pode ser coerente que um determinado setor econômico seja mais fortemente tributado do que outro em função de uma lógica econômica de desen-

⁸ Para um panorama abrangente do regime aplicável ao ICMS veja-se Melo (2009).

volvimento.⁹ Este entendimento poderia justificar que as importações fossem mais ou menos tributadas, conforme fosse conveniente ingressar ou não mais produtos estrangeiros, para combater a inflação ou a desindustrialização do país, conforme o caso.

Poderíamos afirmar que a extrafiscalidade antes de afastar o princípio da isonomia tributária se constitui em um mecanismo de correção ou de ajuste fino utilizado pelos instrumentos de política fiscal para garantir o objetivo constitucional de combate às desigualdades sociais, econômicas ou regionais. Igualmente deve ser considerados preferencialmente as formas de estímulo lineares, horizontais ou uniformes perante as formas seletivas, verticais e discricionárias de setores econômicos. A política econômica antes de pensar em apoiar determinado setor econômico (p. ex.: naval) deveria apoiar a todos e permitir que o mercado delimitasse quais os setores mais competitivos. O auxílio seletivo deveria ser uma *exceção* claramente delimitada e justificada, como por exemplo na indústria nascente de *software* ou espacial.

Em face dessa concessão seletiva, vertical e discricionária diversos setores tentaram junto ao Judiciário a extensão de benefícios com base no princípio da isonomia. Invariavelmente seus pedidos foram negados com base no entendimento de que a extrafiscalidade possui um juízo discricionário de conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo. Digno de nota é julgamento que fundamentou a Súmula 448 do STJ, determinando que: opção pelo Simples de estabelecimentos dedicados às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental é admitida somente a partir de 24/10/2000, data de vigência da Lei n. 10.034/2000. Neste caso entendeu a corte que:

[...] não há falar-se, pois, em ofensa ao princípio da isonomia tributária, visto que a lei tributária - e esse é o caráter da Lei n. 9.317/96 - pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria [...] Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no §1º do art. 145 da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo. (BRASIL, 2010).

Outro julgamento relevante é encontrado no pleito do setor industrial para a extensão de benefício fiscal concedido ao setor financeiro. Neste caso entendeu o STF que:

⁹ RMS 37652/MS. Decidiu-se nesse caso que: “5. O princípio da igualdade defendido pela recorrente deve ser relativizado pelo princípio da capacidade contributiva, de modo que seja atribuído a cada sujeito passivo tratamento adequado à sua condição, para minimizar desigualdades naturais. 6. A ordem pleiteada não pode ser concedida, pois, caso a postura extrafiscal do Estado não fosse permitida, a recorrente teria o direito ao benefício fiscal em questão e passaria a uma situação de maior vantagem em relação às demais pequenas empresas do setor de carnes. 7. É plenamente razoável e proporcional a restrição imposta pelo § 1º do art. 13-A do Decreto Estadual n. 12.056, de 2006, do Estado do Mato Grosso do Sul, que exclui os grandes frigoríferos exportadores do regime diferenciado do crédito presumido, até porque já possuem isenção de ICMS nas exportações devido à previsão constitucional. 8. A extensão dos benefícios fiscais, por via jurisdicional, encontra limitação absoluta no dogma da separação de poderes.”

3 - Fosse o caso de se reconhecer eventual violação ao princípio da isonomia, de qualquer forma, tem-se por inviável a extensão de benefício fiscal a categoria não contemplada na norma, em atenção ao Princípio da Separação dos Poderes, pois agiria o Poder Judiciário, nesse caso, como legislador positivo. (BRASIL, 1995).

O princípio da proporcionalidade tem sido chamado para proteger a esfera da liberdade perante o dito interesse público, especialmente perante o fato que este deve ser claramente justificado. O dever de proporcionalidade será neste caso entendido como critério de *controle normativo aplicativo* da atuação governamental toda vez que houver uma atuação discriminatória, que puser em risco a proteção dos direitos fundamentais individuais (LARENZ, 1991, p. 141). Outra concepção diversa da proporcionalidade a entende como instrumento de aplicação de outras normas em qualquer situação. Esta concepção amplíssima da proporcionalidade a entende como instrumento eficaz de outras normas, que precisariam sempre recorrer a ela para poderem incidir corretamente. Não partilhamos do entendimento que a proporcionalidade venha a ser uma condição para a aplicação das normas de direito público, visto que retiraria conteúdo direto das demais normas, gerando novamente um *Estado Permanente de Ponderação*.

Afinal, caberia questionar se princípio da isonomia, por exemplo, somente pode ser concretizado quando aplicado por meio da proporcionalidade, da ponderação e da solução de conflitos mediante moderação? Não teria a isonomia conteúdo essencial e próprio e próprio capaz de permitir a sua aplicação direta? Cremos que em casos de conflito claro com a capacidade contributiva ou livre concorrência a proporcionalidade deve ser chamada, mas não se trata de uma função essencialmente aplicativa, mas especialmente corretiva e de controle.

O princípio da capacidade contributiva possui natureza essencialmente fiscal, ou seja, pretende distribuir os encargos fiscais na comunidade em conformidade com a capacidade econômica que cada um possua para suportar os tributos. A extrafiscalidade por sua vez pretende impor a tributação com base em outros critérios, especialmente a regulação, a promoção, o incentivo e o desincentivo de determinada conduta. Assim, extrafiscalidade está relacionada ao estímulo de políticas de governo, tais como o incentivo a certa política industrial, familiar, econômica, entre outras.

A extrafiscalidade amplia os interesses da tributação de tal modo a mudar a estrutura da sociedade, enquanto que o princípio da capacidade contributiva divide o esforço fiscal conforme a estrutura social vigente. Desse modo, a justiça fiscal somente pode ser combinada com a justiça social quando houver uma coordenação coerente entre a aplicação do princípio da capacidade contributiva e da extrafiscalidade, especialmente da distribuição de rendas e da diminuição das desigualdades sociais. O princípio da capacidade contributiva concretiza a justiça fiscal segundo uma situação existente, enquanto que a tributação extrafiscal, que objetiva a redistribuição de renda, busca mudar a estrutura social e alcançar a sociedade como “*deve ser*”.

Na extrafiscalidade a modulação na aplicação normativa ocorre por meio da conformidade entre as finalidades extrafiscais almejadas e *capacidade econômica* do beneficiado/afetado. O tributo neste caso, geralmente, tem a função de substituir um gasto public (*tax expenditure*) e geralmente os governos entendem este como uma despesa

pública (TRIPOD, 2001).¹⁰Dessa forma, um incentivo fiscal teria o mesmo efeito de um subsídio, ou seja, de um auxílio financeiro direto ao contribuinte.¹¹O que interessa ao caso não é se o contribuinte tem *capacidade contributiva* para suportar um determinado ônus fiscal, mas se possui *capacidade econômica* para alcançar as finalidades econômicas propostas normativamente.

A extrafiscalidade afasta em determinadas situações o princípio da capacidade contributiva, visto que determinado setor é incentivado e outro não, mesmo que possuam a mesma condição contributiva. Deve a extrafiscalidade respeitar o princípio da capacidade contributiva? Cremos que sim, fundamentalmente no plano geral, ou seja, no momento de escolha do setor a ser incentivado, do alcance da diferenciação e das técnicas utilizadas de tal modo que não ocorram distinções de tratamento injustificadas e que prejudiquem a aplicação do princípio da capacidade contributiva como princípio norteador da tributação da renda. Novamente tanto o princípio da subsidiariedade (limitação de competência), da isonomia (limitação material) e da proporcionalidade (correção pelo exame de necessidade) serão chamados à concretização dos valores constitucionais.

7 CONCLUSÃO

A *extrafiscalidade* deve ser compreendida como um mecanismo adicional e complementar para a concretização dos direitos fundamentais sociais, especialmente por substituir uma ação positiva direta do Estado por um instrumento indutor de comportamentos.

A extrafiscalidade pode ser eficazmente utilizada como indutora no combate às desigualdades sociais; regionais; em função do tipo de empresas; de incentivos sociais para grupos: família, criança, lazer; bem como no incentivo à economia.

O princípio mais próximo para orientar a diretriz geral os limites gerais para o uso de mecanismos de regulação extrafiscal é o *princípio da subsidiariedade*.

A *subsidiariedade estabelece claramente uma hierarquia axiológica* sobre o uso da atuação estatal como forma de consecução do interesse geral, determinando esta atuação como limitada e subsidiária.

O *núcleo essencial* do princípio da subsidiariedade está na valorização axiológica da solução próxima ao cidadão, ou seja, no entendimento que a solução mais eficiente de problemas no fornecimento de bens e serviços públicos está próxima ao cidadão e não longe dele. Assim, nada melhor que tentar encontrar soluções mais próximas possíveis do interessado. Trata-se de uma solução eficiente, visto que uma solução próxima pode ser mais consistente, por determinar diretamente o problema junto ao cidadão e menos custosa, visto que não existem muitos graus de decisão ou uma menor burocracia entre o poder decisório e o beneficiário das políticas públicas.

¹⁰ Artigo 2.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais de Portugal: “3 - Os benefícios fiscais são considerados despesas fiscais, as quais podem ser previstas no Orçamento do Estado ou em documento anexo e, sendo caso disso, nos orçamentos das Regiões Autónomas e das autarquias locais.”

¹¹ A doutrina alemã considera os benefícios fiscais como formas de subvenções indiretas ou ocultas (indirekte oder versteckte Subventionen), conforme lembra Velloso (2010 p. 309). Veja-se Kreussler (1972).

A proporcionalidade serviria como critério da modulação normativa-aplicativa das normas tributárias no caso de restrição de direitos fundamentais, de tal modo que os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito serviriam como critérios de aferição da correta correlação entre meios e fins pretendidos (estados de coisas). Contudo, seria um instrumento inadequado para verificar-se a conveniência e competência de normas indutoras de comportamentos privados.

REFERÊNCIAS

- ALABERN, Juan Enrique Varona. *Extrafiscalidad y Dogmática Tributária*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- ARAMAYO, Maria Silva Velaverde. *Benefícios y minoraciones en Derecho Tributário*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução a Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forrense, 2002.
- BIRK, Dieter. *Steuerrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria della Norma Giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 1993.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n. 6*, de 15 de agosto de 1995. Brasília, DF, 15 ago. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n. 42*, de 19 de dezembro de 2003. Brasília, DF, 19 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1021263/SP*. Relator: Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. Brasília, DF. Julgado em 03 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200800029439&pv=000000000000>>. Acesso em: 20 out. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 178.932-8/SP*. Relator. Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, Diário da Justiça, 07 abr. 1995.
- CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário: três modos de pensar a tributação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina.

- CAVALCANTE, Denise Lucena; GRUPENMACHER, Betina Treiner. *Novos Horizontes da Tributação: um diálogo luso-brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.
- CAVALCANTE, Denise Lucena. Sustentabilidade financeira em prol da sustentabilidade ambiental. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; GRUPENMACHER, Betina Treiner. *Novos Horizontes da Tributação: um diálogo luso-brasileiro*. São Paulo: Coimbra, 2012.
- COASE, Ronald. The Nature of the Firm *Economica. New Series*, v. 4, n. 16, nov. 1937.
- COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3 Oct. 1960.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria Geral do Tributo, da Interpretação e da Exoneração Tributária (O significado do art. 116, parágrafo único, do CTN)*. São Paulo: Dialética, 2003.
- DOMINGUES, Jose Carlos (Coord.). *Direito Tributário e Políticas Públicas*. São Paulo: MP, 2008.
- ELALI, André de Souza Dantas. *Tributação e regulação econômica*. São Paulo: MP, 2007.
- FRENZ, Walter. *Die Verhältnismäßigkeit von Steuern*. GewArch, 2006.
- GIANINNI, Acchile Donato. *Instituciones de derecho tributario*. Traducción Fernando Sainz de Bujanda. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1957.
- GOMES, Nuno Sá. *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*. Lisboa: Centro dos Estudos Fiscais, 1991.
- GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- HONSELL, Heinrich. *Wächter oder Herrscher. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts zwischen Recht und Politik*. Heft 36, 4. Sept. 2009/S.
- JACHMANN, Monika. *Steuergesetzgebung zwischen Gleichheit und wirtschaftlicher Freiheit*. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Boorberg, 2000.
- JOÃO PAULO II. *Encíclica Centesimus Annus*, n. 48, 15 maio 1991. (Catecismo da Igreja Católica, n. 1.883).
- KIRCHHOF, Ferdinand. *Besteuerung im Verfassungsstaat*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2000.
- KIRCHHOF, Paul. *Die Steuerrechtsordnung als Wertordnung*. *Steuer und Wirtschaft: StuW; Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften*, 1996, 1.

KIRCHHOF, Ferdinand. *Grundriß des Steuer - und Abgabenrechts*. 2. Aufl., C.F. Müller: Heidelberg, 2001.

KREUSSLER, Horst. *Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.

KUBE, Hanno. *Finanzgewalt in der Kompetenzordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Tradução e apresentação Luis Díez -Picazo. Madrid: Civitas, 1991.

LA ROSA, Salvatore. *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*. Milano: Giuffrè, 1968.

LECHELER, Helmut. *Das subsidiaritätsprinzip: Strukturprinzip einer europäischen Union*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

LIPPROSS, Otto-Gerd. *Allgemeines Steuerrecht*. 11. Aufl. Münster: Alpmann Schmidt/ Köln, 2009.

MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira. *Os benefícios Fiscais: sistema e regime*. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Margarida Solema D'Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

MEßERSCHMIDT, Klaus. *Umweltabgaben als Rechtsproblem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986.

MEISTER, Moritz; KLATT, Matthias. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012.

MELO, José Eduardo Soares de. ICMS. *Teoria e Prática*. São Paulo: Dialética, 2009.

MORSELLI, Emanuele. *Compendio di Scienza delle Finanze*. Padova: CEDAM, 1947.

MOSCON, Cledi de Fátima Manica. *Igualdade em benefícios fiscais: as coordenadas do Direito ao tratamento igualitário em minorações fiscais*. 2008. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Lisboa, 2008.

PIGOU, A. Cecil. *The economics of welfare*. London: MacMillan, 1962.

PIO XI. *Quadragesimo Anno*, n. 79, 15 de maio de 1931.

PUGLIESI, Mario. *La finanza e i suoi compiti extra-fiscali negli stati moderni*. Padova: CEDAM, 1932.

QUADROS, Fausto. *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 1995.

- RAGA GIL, José T. El Estado de bienestar ante el principio de subsidiariedad. In: SÁNCHEZ MACÍAS, José Ignacio; CALVO ORTEGA, Rafael; RODRÍGUES LÓPEZ, Fernando (Org). *Economía, Derecho y Tributación - Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*. Salamanca: Universidade de Salamanca, 2005. (Coleção Aquilafuente, 92).
- RIBEIRO, Maria de Fátima. Reflexos da tributação no desequilíbrio da livre concorrência. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; GRUPENMACHER, Betina Treiner. *Novos Horizontes da Tributação: um diálogo luso-brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.
- SANTOS, Antônio Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o Princípio da Subsidiariedade - Gênese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa: Assoc. Acadêmica Fac. de Direito, 2001.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SELIGMAN, Edwin Robert Anderson. *Essays in Taxation*. Macmillan & co., ltd. 1913.
- STADIE, Holger. *Allgemeines Steuerrecht*. Otto Schmidt: Köln, 2003.
- TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Steuerrecht*. Otto Schmidt: Köln, 2010.
- TIPKE, Klaus. *Von der formelen zur Materiellen Tatbestandslehre*. Steuer und Wirtschaft, 1993.
- TÔRRES, Heleno. *Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Ed. USP, 2009.
- TÔRRES, Heleno Taveira. Desenvolvimento, meio ambiente e extrafiscalidade no Brasil. In: PIRES, Manuel. *Extrafiscalidade*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TRIPOD. *Decreto-Lei n. 198/2001*, de 03 de julho de 2001. Estatuto dos Benefícios Fiscais. Portugal, 2001. Disponível em: <<http://poketrainers0.tripod.com/lellocontabilidades/ebf.htm>>. Acesso em: 20 out. 2013.
- VELLOSO, Andrei Pithen. *Princípio da Isonomia Tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- VILHENA, Maria do Rosário. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina, 2002.
- VINHAS, Marcos Andre. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Rio Janeiro: Renovar, 2004.

Paulo Antonio Caliendo V. da Silveira

VOGEL, Klaus. Die Steuergewalt und ihre Grenzen. *FS 50 Jahre BVerfG*, Bd. 2, Tübingen 2001.

WALDHOFF, Christian. Die Zwecksteuer. *Verfassungsrechtliche Grenzen der rechtlichen Bindung des Aufkommens von Abgaben*. StuW, 2002.