

ROGERIO GESTA LEAL

# Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Dimensões Teóricas e Pragmáticas dos Direitos  
Fundamentais Sociais*



Editora Unoesc



ROGERIO GESTA LEAL

ISBN 978-85-8422-049-6

# Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Dimensões Teóricas e Pragmáticas dos Direitos  
Fundamentais Sociais*



Editora Unoesc

**Editora Unoesc**

Coordenação  
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Gilvana Toniélo, Giovana Patrícia Bizinela, Bianca Regina Paganini  
Projeto Gráfico e Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

|       |   |
|-------|---|
| L435d | Leal, Rogério Gesta.<br>Dimensões teóricas e pragmáticas dos direitos fundamentais sociais / Rogério Gesta Leal. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. - (Série Direitos Fundamentais Sociais)<br>128 p. ; il. ; 30 cm.<br><br>ISBN 978-85-8422-049-6<br><br>1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. I. Título. II. Série |
|       | Doris 341.27  |

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*  
*Campus* de Chapecó  
Ricardo Antonio De Marco  
*Campus* de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
*Campus* de Videira  
Antonio Carlos de Souza  
*Campus* de Xanxerê  
Genesio Têo

Pró-reitor de Graduação  
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria  
Alciomar Marin

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti  
Débora Diersmann Silva Pereira  
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro  
Glauber Wagner  
Eliane Salete Filipim  
Carlos Luiz Strapazzon  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Maria Rita Nogueira  
Daniele Cristine Beuron

**Comissão Científica**

Riva Sobrado de Freitas (Unoesc, Brasil)  
Guido Smorto (Palermo, Itália)  
Simone Pajno (Palermo, Itália)  
Miguel Ángel Aparicio Pérez (Barcelona, UAB)  
Rosalice Fidalgo Pinheiro (Unibrasil, Brasil)  
Daury Cezar Fabriz (FDV, Brasil)  
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)  
Pedro Grandez (PUC-Lima, Peru)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

# SUMÁRIO

## PARTE I

### CAPÍTULO I

OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO DO ESTADO ..... 7

### CAPÍTULO II

CONSTITUIÇÃO E HERMENÊUTICA: DEMARCAÇÕES TEÓRICO-APROXIMATIVAS AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS. .... 37

### CAPÍTULO III

BASES FILOSÓFICAS E POLÍTICAS DA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO ..... 57

## PARTE II

### CAPÍTULO IV

O PROBLEMA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL ENQUANTO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL E SUA CONTRA-PRESTAÇÃO EM FACE DA INCAPACIDADE FINANCEIRA DO USUÁRIO..... 81

### CAPÍTULO V

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GESTANTE NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UM ESTUDO DE CASO. .... 97

### CAPÍTULO VI

ELEMENTOS JURÍDICO-ARGUMENTATIVOS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL: UMA PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL. .... 111



## APRESENTAÇÃO

O presente livro é a coletânea de algumas reflexões (e artigos, alguns já publicados anteriormente) que venho fazendo junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOESC, em nível de Mestrado, mais especialmente envolvendo o tema da das Dimensões Teóricas e Pragmáticas dos Direitos Fundamentais Sociais, e como os Tribunais têm tratado a matéria.

Desde o ano de 2011 venho pesquisando também estas questões, particularmente em face do Projeto de Pesquisa Institucional sobre A Decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais, vocacionado já para o Mestrado em Direito da UNOESC, o que me leva a propor agora aprofundamentos das bases teóricas e pragmáticas destes elementos.

Para tanto, divido o trabalho em duas partes:

- (a) A primeira, fazendo diálogos com alguns teóricos importantes que tem tratado do que se pode chamar de Teoria dos Direitos Fundamentais;
- (b) A segunda, verificando, com esteio nas teorias de base eleitas, como os Tribunais tem atuado no âmbito da efetivação destes Direitos.

Espero que todos tenham uma boa leitura.

Rogério Gesta Leal



PARTE I

**CAPÍTULO I**

*Os direitos humanos e fundamentais na  
perspectiva da evolução do estado*



## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendemos neste texto esboçar um esboço histórico das relações entre Direitos Humanos e Fundamentais e a evolução do Estado, a partir de alguns referenciais teóricos previamente identificados, verificando em que medida os distintos modelos e experiências estatais influenciarem e ainda influenciam a efetividades destes Direitos.

## 2 O ESTADO LIBERAL DE DIREITO

Muito se tem falado sobre o Estado enquanto instituição jurídica e como fenômeno político e filosófico da Era Moderna. À luz de Foucault, na cotidianidade de um possível espaço público que denominamos de Sociedade, subsiste um certo poder visível e invisível capaz de interferir, influenciar e condicionar a realidade material da convivência humana. Tal poder, ao longo da história do Ocidente, vem se estendendo para todas as esferas da vida, geralmente, sob a forma de uma organização política.

Para alguns teóricos do Estado, esta figura estranha, e por vezes insondável, surge como uma extensão da natureza humana, necessariamente concebida como manifestação espontânea do indivíduo racional e intrinsecamente social.<sup>1</sup>

Para outros, entretanto, o surgimento do espaço social, e mesmo do Estado, está ligado ao florescer de uma cultura de produção calcada na exploração de mão-de-obra diferenciada e marginalizante, e, portanto, serve, tão-somente, para reproduzir determinadas estruturas sociais voltadas para interesses profundamente privados e minoritários no âmbito da coletividade.<sup>2</sup>

No nosso entender, é impossível enfrentar estas questões voltadas ao surgimento do Estado, enquanto instituição jurídica e política, sem passar, ao menos, periféricamente, e a título de exemplificação histórica, pelo legado histórico da filosofia clássica grega .

Os textos de Platão<sup>3</sup> dão conta de que o fenômeno social e político das relações sociais vão ser mediados por um determinado modelo de poder que se institucionaliza, gradativamente, a partir da idéia de competências naturais de agir e de obedecer ordens advindas de lugares oficiais da representação popular/divina.

O poder político entendido, principalmente, com a contribuição dos Sofistas, como prove-niente de um processo histórico e mundano de constituição do social, mediado por mecanismos de gestão operacional dos interesses sociais e privados, vai ser criticamente localizado num tempo e num espaço específico (BATIFFOL, 1982).<sup>4</sup> Neste tempo e espaço, a então cultura grega<sup>5</sup> já proclamava como injusta a desigualdade do cidadão, decompondo o *mythos*, o *logos* e a *pólis* dos velhos

<sup>1</sup> Esta é a posição de grande parte da filosofia política clássica da Grécia e mesmo Romana. Ver, como neste sentido, desenvolvemos algumas considerações críticas no texto Leal (1997).

<sup>2</sup> Um dos textos clássicos que enfrenta esta reflexão é o de Engels (1984); assim também o texto de Melossi (1992).

<sup>3</sup> Em especial nos textos: *Górgias*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1984; *As Leis*. Paraná: Universidade Federal do Paraná, 1975; *A República*. Paraná: Universidade Federal do Paraná, 1984; *Protagoras*. Paraná: Universidade Federal do Paraná, 1984.

<sup>4</sup> Registra que os Sofistas arruinam os postulados fundamentais da *pólis*; plantam dúvidas nos espíritos, insinuam a descrença nos valores, levantam mais problemas que resolvem, aniquilando a tradição mítica então operante na cultura da época, apagando o culto dos heróis e afrouxando as tradições domésticas; fazem da crença, na origem divina das leis, um anacronismo pueril.

<sup>5</sup> Principalmente a Sofista. É de se ver que, enquanto a lei natural e a lei positiva no pensamento tradicional e filosófico predominante da Grécia do século VI e V a.C. se encontram entrelaçadas desde o ponto de partida, a Sofística parte do pressuposto da injustiça essencial das leis, que têm sempre por fundamento o interesse daqueles que a elaboram, e, portanto, são batizadas como expressão da tirania e não como símbolo de realeza e majestade: a idéia de justiça está atrelada à crença de que se apresenta como um bem para quem manda e um mal para quem obedece. Neste sentido a obra de Rommen (1989).

tempos, sustentando que nenhum Deus instituiu a cidade/Estado, mas que foi obra exclusiva de homens, e contrapondo ainda aos valores absolutos da verdade, da justiça e da virtude valores meramente contingentes.

Destarte, entende-se, pois, que as leis são forjadas pelo espírito objetivo humano<sup>6</sup> - medida de todas as coisas -, na condição de cidadão (ser que vive nos limites territoriais da cidade/Estado), e o ordenamento jurídico, enquanto somatório das tradições, usos, costumes, arbítrio deste ou daquele tirano, exprimirá uma certa síntese valorativa, condicionamento de todo o Direito, que por isto mesmo se apresenta como variável no espaço e no tempo, refletindo sempre o ethos social e político vigente em cada pólis.

A cidade/Estado, desde a filosofia da Sofística, é forjada a partir de um processo de constituição da Lei, que, por sua vez, evidencia-se como um instrumento formal de manejo do poder político; daí surge a figura do cidadão, sujeito de direitos e obrigações previamente definidos na norma (direito subjetivo formal).

Fazendo outro registro histórico, porém, mais moderno, uma das mais inquietantes contribuições da filosofia política moderna à questão da constituição e fundamento do Estado é dada por Hegel (HABERMAS, 1991; HEGEL, 1989). O pensador alemão retoma a antiga tese Aristotélica sobre a fundamentação eminentemente política do Estado como instância máxima da racionalidade e sociabilidade humana.

Se o Estado é concebido, no início da Idade Moderna, como a única saída para a civilização - tida aqui sob a ótica dos conquistadores e imperadores -, é também idealizado como produto da razão e de uma Sociedade racional, contraposta diretamente a uma Sociedade pré-estatal ou anárquica e desarmoniosa (HEGEL, 1989, p. 51).<sup>7</sup> O modelo de organização social mediado pelo Estado em um determinado espaço físico, vem instituir um cenário de representação oficial do poder, a partir do qual se busca legitimar/legalizar o que Marx e Engels denominam como a violência concentrada e organizada da Sociedade (BOBBIO, 1987).<sup>8</sup>

O problema central que a teoria política, ao menos a contemporânea, vai ter de enfrentar, considerando estes elementos, é como reconciliar o conceito de Estado como uma estrutura de poder impessoal e legalmente circunscrita com novo plexo de direitos, obrigações e deveres dos indivíduos. Em outras palavras, como o Estado soberano deverá se relacionar com o povo soberano, que é reconhecido, a partir de uma perspectiva rousseauiana, como a fonte legítima dos poderes do Estado.<sup>9</sup>

Esta problemática se agudiza, na verdade, desde quando a concepção de democracia no nascedouro da Idade Moderna atrela-se à figura do indivíduo/cidadão e às condições de possibilidades do seu desenvolvimento econômico, pois o papel do cidadão/produtor é o mais elevado a que um indivíduo pode aspirar; o exercício do poder pelos cidadãos, nos estritos termos da Lei, é a única forma legítima na qual a liberdade pode ser sustentada por este modelo.

<sup>6</sup> Apesar de Platão, no diálogo Protagorás, consignar que no pensamento sofista, o justo e bom é o que, como tal, se afigura ao Estado, na medida em que este o assim entender. Veja-se que o mito de Protagorás não implica uma contradição com sua medida relativista e antropológica. O Zeus de Protagorás é o *Logos*, a razão humana, que está na terra e não no céu, que nada tem a ver com o Zeus da mitologia; é puramente alegórico.

<sup>7</sup> Hegel chama esse período de Sociedade pré-política. Ver também Bobbio (1991).

<sup>8</sup> Bobbio (1987, p. 21).

<sup>9</sup> É de se assinalar que, para Rousseau, a soberania [...] *não pode ser apresentada, pela mesma razão que não pode ser alienada... os deputados do povo não são, e não podem ser, seus representantes; eles são meramente seus agentes; e eles não podem decidir nada em termos finais.* (ROUSSEAU, 1988, p. 141).

E quando falamos em formas de exercício da soberania ou do poder soberano que pressupõe a participação efetiva do indivíduo no processo de decisão política dos temas que lhe dizem respeito, concluímos que a esfera política e individual está imersa em uma dimensão mais ampla, que é a da Sociedade como um todo, e que inexistem decisões políticas que não estejam condicionadas ou, inclusive determinadas, por aquilo que acontece na Sociedade civil (ANDRADE, 1993).

Sob este ponto de vista, todo o grupo social está obrigado a tomar decisões que vinculam a todos os seus membros, com o objetivo de prover a própria subsistência, e, como estas decisões grupais são tomadas por indivíduos- por representação ou não -, para que sejam aceitas como coletivas, mister é que sejam levadas a termo com base em regras que estabeleçam quais os indivíduos autorizados a tomar decisões vinculatórias para todos os membros do grupo e à base de quais procedimentos.

Entretanto, é preciso lembrar com Morais (1995), que estas instituições não se reduzem à dimensão simbólica, mas só existem no simbólico, pois são legitimadas por significações que encarnam sentidos reconhecidos pelas comunidades. Aqui, podemos trabalhar com o conceito de hegemonia Gramsciano (GRAMSCI, 1984), que caracteriza a liderança cultural-ideológica de uma classe sobre as outras. A constituição desta hegemonia é um processo historicamente longo, que pode e deve ser preparada pela classe que lidera um bloco histórico - enquanto ampla e durável aliança de classes e frações. Qualquer modificação da estrutura social, sob essa perspectiva, deve proceder de uma revolução cultural que, progressivamente, incorpore camadas e grupos ao movimento racional de emancipação.

Neste aspecto, novamente Bobbio (1987, p. 164) é esclarecedor:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.

Um governo ou Sociedade democrática é aquele, então, que conta e mesmo define, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, elegidas pela própria Sociedade, através de suas formas de participação/representação.

Assim, uma vez existindo instrumentos eficazes de reflexão e debate público das questões sociais vinculadas à gestão de interesses coletivos- e muitas vezes conflitantes-, e ainda contando com os fundamentos da organização política e social do homem, erigidos com o advento dos movimentos emancipacionistas do final do século XVIII- os direitos liberais de liberdade de opinião, de reunião, de associação -, forja-se um núcleo de direitos invioláveis, que representam os pressupostos necessários para o funcionamento dos mecanismos, predominantemente, procedimentais que caracterizam um regime democrático.

O enfrentamento teórico de temas como a soberania, legitimidade do poder, participação popular nas decisões políticas do Estado, resgata a reflexão sobre a democracia e sua associação com a tutela dos interesses, efetivamente, públicos e majoritários do corpo social (vontade geral).

Ao abordarmos esta polêmica, direta ou indiretamente, temos de falar das formas com que o Estado, na Modernidade, estabelece ou tenta estabelecer sua mediação política, isto é,

inicialmente pela ordem jurídica, pois, desde Weber (1993), é possível reconhecemos a forma específica de legitimidade do Estado moderno como sendo a sua reivindicação para que as suas ordens sejam reconhecidas como vinculatórias porque são legais, isto é, porque emitidas em conformidade com normas gerais e apropriadamente promulgadas.<sup>10</sup>

Esta figura do Estado com poder de mando, como poder com força imperativa para criar um conjunto de regras de comportamento, postulá-las como obrigatórias e fazê-las cumprir, evidencia o estreito relacionamento que ele mantém com o direito.

Já desde o Estado Moderno, pois, é possível percebermos o surgimento de um discurso ideológico que pretende assegurar uma certa lógica aos poderes instituídos, fazendo com que as divisões e as diferenças sociais apareçam como simples diversidade das condições de vida de cada cidadão, e a multiplicidade de instituições forjadas pelo e no Estado, longe de representar pluralidades conflituosas, surgem como conjunto de esferas identificadas umas às outras, harmoniosas e funcionalmente entrelaçadas, condição para que um poder unitário se exerça sobre a totalidade do social e apareça, portanto, dotado da aura da universalidade, que não teria se fosse obrigado a admitir, realmente, a divisão efetivada da Sociedade em classes.<sup>11</sup>

Por outro lado, as garantias constitucionais asseguradas pelas Constituições deste modelo de Estado têm sua tônica centrada nos direitos individuais, consistindo, em boa parte, verdadeiras limitações de agir. Assim se apresentam a liberdade da pessoa, a igualdade, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento, de associação e reunião, a garantia da propriedade, o direito à herança, todos indicando limites e delimitando âmbitos diante dos quais o Estado deve se deter.

Lembra Chauí (1989, p. 21) que: “Para ser posto como o representante da Sociedade no seu todo, o discurso do poder já precisa ser um discurso ideológico, na medida em que este se caracteriza, justamente, pelo ocultamento da divisão, da diferença e da contradição.”

É do Estado de Direito que estamos falando aqui, tendo como características as fornecidas por Diaz (1975), como:

- a) império da lei: lei como expressão da vontade geral;
- b) Divisão dos Poderes: legislativo, executivo e judiciário;
- c) Legalidade da Administração: atuação segundo a lei e suficiente controle judicial;
- d) Direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

Deve-se considerar por oportuno, e de outro lado, que também nos países do denominado common law, desde a revolução de Cromwell, encontram-se demarcados os pressupostos do rule of law, sintetizados em três pontos por Dicey (1981):

- a) a ausência de poder arbitrário por parte do Governo;
- b) a igualdade perante a Lei;

<sup>10</sup> Vai-se retomar este tema mais adiante, quando da crítica a este modelo, entretanto, é oportuno lembrar a posição de Poggi (1981, p. 139): [...] a forma motivadora de tal noção é relativamente frágil porque não evoca um poderoso ideal substantivo, um padrão universalmente compartilhado de validade intrínseca mas, pelo contrário, refere-se a considerações puramente formais e sem conteúdo de correção processual.

<sup>11</sup> Veja-se que, se tal divisão fosse reconhecida, teria o Estado de assumir-se a si mesmo como representante de uma das classes da Sociedade.

- c) as regras da Constituição são a consequência e não a fonte dos direitos individuais, pois, os princípios gerais da Carta Política são o resultado de decisões judiciais que determinam os direitos dos particulares em casos trazidos perante as cortes.

É o império da lei que se impõe, devendo significar que o legislador mesmo se vincule à própria lei que cria, tendo presente que a faculdade de legislar não é instrumento para uma dominação arbitrária. Esta vinculação do legislador à lei, entretanto, para os bons homens dotados de boas intenções, só é possível, na medida em que ela seja constituída com certas propriedades/pressupostos: moralidade, razoabilidade e justiça (DICEY, 1981), por exemplo.

Entretanto, a história nos mostra que:

*La validez simplemente formal de las leyes establece el contraste entre ley y justicia, así como dentro de la recta razón de la ordenación legal con miras al bien común y la voluntad del legislador; o en otros términos, entre el imperio de la ordenación racional y el imperio de la voluntad del hombre. (HURTADO, 1996, p. 245).*

Esta leitura do Estado de Direito como condições e possibilidades de governos regidos pelos termos da Lei, não é suficiente quando se pretende enfrentar os conteúdos reais da existência de Sociedades dominadas pelas contradições econômicas e culturais e de cidadanias esfaceladas em sua consciência política e direitos fundamentais<sup>12</sup>.

Em outras palavras, esta Democracia formal, ao designar um único e verdadeiro padrão de organização institucional baseado na liberdade tutelada pela lei, na igualdade formal, na certeza jurídica, no equilíbrio entre os poderes do Estado, abre caminho à conquista da unanimidade de um conjunto de atitudes, hábitos e procedimentos, os quais, geralmente, refletem a reprodução do status quo. Em tal quadro, compete ao Estado de Direito, tão-somente, regular as formas de convivência social e garantir sua conservação, onde a economia se converte numa questão eminentemente privada e o direito, por sua vez, se torna predominantemente, direito civil, consagrando os princípios jurídicos fundamentais ao desenvolvimento capitalista, como os da autonomia da vontade, da livre disposição contratual e o da *pacta sunt servanda* (VERDÚ, 1985).<sup>13</sup>

É bom lembrar as palavras de Farias:

Ao regular as relações e os conflitos sociais num plano de elevada abstração conceitual, sob a forma de um sistema normativo coerentemente articulado do ponto de vista lógico-formal, a lei nada mais é do que uma ficção a cumprir uma função pragmática precisa: fixar os limites das reações sociais, programando comportamentos, calibrando expectativas e induzindo à obediência no sentido de uma vigorosa prontidão generalizada de todos os cidadãos, para a aceitação passiva das normas gerais e impessoais, ou seja, das prescrições ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto. (FARIAS, 1998, p. 34).<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Ou, como quer Cademartori (1999, p. 20) [...] *esta configuração do poder político leva a uma necessária reflexão sobre a possível centralidade do princípio da legalidade como instância de esgotamento do âmbito jurídico.*

<sup>13</sup> Com muita lucidez, atesta que [...] *el liberalismo vio el Estado de Derecho desde la perspectiva que afirma los derechos y libertades fundamentales porque tales derechos era, a la sazón, considerados como los valores principales que convenía reconocer y tutelar.*

<sup>14</sup> No mesmo texto, o autor adverte para o fato de que este recurso usado pelo sistema estatal vigente, valendo-se de normas crescentemente indeterminadas e conceitualmente abstratas termina por representar, sob a fachada de um formalismo jurídico dotado de funcionalidade legitimadora, a concentração dos processos decisórios no interior da ordem burocrática institucionalizada pelas esferas de poder oficiais, voltada à articulação, negociação e ajuste dos interesses dos grupos sociais e frações de classe mais mobilizadas.

Para Gomez (1984), contrariamente ao que defende a doutrina do Estado de Direito, o jurídico é, antes de mais nada, político; o direito positivo não é uma dimensão autônoma do político e um fundamento do Estado, mas uma forma constitutiva do mesmo e submetido a suas determinações gerais. Diz o autor que o culto da lei e a separação dos poderes se interpõem como véu ideológico que dissimula e inverte a natureza eminentemente política do direito.

Aliás, no Brasil, alguns constitucionalistas<sup>15</sup>, resistindo à própria idéia de politização do chamado Estado de Direito, vêem, de forma negativa, a Lei como um instrumento político, um meio para a realização de uma política governamental, motivo porque não se legitima por um conteúdo de justiça, e sim, por ser expressão da vontade política do povo ou do governo. Assim, a politização das leis fere, não raro, a racionalidade do Direito, gerando leis irracionais. (GOMEZ, 1984).

Com tal perspectiva, eminentemente formalista e neutral, há uma tendência ainda majoritária de se reduzir o modelo de Estado de Direito a uma vinculação e controle do ordenamento jurídico vigente, sem, portanto, dar-se atenção às ações estatais (inclusive ao processo legislativo) como um fórum de enfrentamento ideológico e político, mas, tão-somente, técnico; ou perceber-se que, do mesmo modo que no Estado denominado de Direito, o próprio Direito e a Lei representam uma forma condensada das relações de força entre os grupos sociais que determinam a sua origem, seu conteúdo e a lógica de seu funcionamento (GOMEZ, 1984).

Apesar de todas estas características que podemos evidenciar no Estado de Direito, ele vai trazer alguns traços importantes de Estado Constitucional de Direito que podem ser apresentados de acordo com Ollero (1979, p. 130): (a) legalidade da Administração Pública, estabelecendo-se os recursos e mecanismos de controle correspondentes; (b) reconhecimento e garantia dos Direitos Humanos que passam a figurar como Direitos Fundamentais uma vez que se incorporam em muitos textos constitucionais; (c) controle de constitucionalidade das leis como garantia frente ao despotismo do Legislativo

### 3 ESTADO SOCIAL DE DIREITO E DIREITOS HUMANOS

A participação do Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público na vida social é, indiscutivelmente, grande em todos os momentos da cultura ocidental, em especial, para abordarmos um outro momento importante do Estado, nos primeiros anos do século XX, quando adquiriu um conteúdo econômico e social, para realizar, dentro de seus quadros, a nova ordem de trabalho e distribuição de bens (o Estado Social de Direito). O Estado Social de Direito correspondia a essa necessidade, opondo-se à anarquia econômica e à ditadura para resguardar os valores da civilização (NETO, 1979, p. 42).

Impende registrar que desde os princípios do século XIX, as profundas contradições e desigualdades verificadas no centro da Sociedade capitalista, originou uma poderosa reação às concepções liberais até então vigentes, oportunizando uma revisão profunda na tese do absentismo estatal ou do Estado Mínimo.

A *mão invisível do mercado* não foi suficiente para gerenciar a romântica e ilusória perspectiva de que as relações de produção e a lógica do capital, fossem suficientes para dar conta de um desenvolvimento social harmônico e pacífico dos trabalhadores e capitalistas (SMITH, 1986).

<sup>15</sup> Como Filho (1988). Na mesma linha de reflexão vai Ferreira (1990); Russomano (1978); Franco (1968); Bastos (1990); Cretella Jr. (1988).

A Sociedade Industrial que se forma, enseja demandas sociais diferenciadas - eminentemente urbanas - , bem como a realização de grandes obras e serviços públicos, fazendo com que o Estado se afigure como um grande fornecedor de bens materiais e assistenciais, principalmente visando gerenciar as profundas e tensas relações e conflitos sociais advindos do modelo de produção e concentração de capital e riqueza, em face do conseqüente processo de marginalização e exclusão social das categorias sociais menos privilegiadas.<sup>16</sup>

Este ciclo histórico, progressivamente, vai impondo ao Estado outras missões e fins até então descartados pelo Estado Liberal de Direito, exigindo do Poder Público o atendimento às demandas comunitárias cada vez mais crescentes. Os problemas sociais que surgem aqui, bem como a falta de capacidade de resolução por parte dos particulares, impulsionam a reflexão sobre o alargamento dos deveres estatais para muito além de suas atribuições de garantir, simplesmente, uma ordem jurídica estável e proporcionadora de relações sociais da mesma natureza<sup>17</sup>.

Assim, os limites das ações estatais são ampliados a um campo maior, mais extenso, a ponto de abarcar atividades anteriormente consideradas fora da sua alçada, passando a constituir exercício regular e de competência própria, principalmente, as que dizem respeito à atividade econômica e funcionamento de certos mercados.<sup>18</sup>

De qualquer sorte, parece que é a partir da Primeira Guerra Mundial, e depois da Segunda Guerra também, que esta tendência do Estado participar mais ativamente do cotidiano de sua comunidade toma corpo, adotando uma política mais intervencionista para ordenar recursos e procedimentos econômicos voltados à sobrevivência civil, no sentido tanto da distribuição dos alimentos e do controle da distribuição da mão-de-obra, como da produção de determinados produtos estratégicos à economia nacional e aos interesses da guerra (AGESTA, 1986).

Passam então os Poderes Públicos instituídos, a avocar, para si, a responsabilidade de uma tutela política mais eficaz, de natureza mais coletiva e indeterminada no âmbito das satisfações econômicas básicas de sua população, e uma gradativa intervenção ou direção na vida econômica dos setores produtivos, com o objetivo explícito de reajustar e mitigar os conflitos nas estruturas sociais respectivas.

Dentre estes poderes, o que toma mais relevo é o Poder Executivo, eis que mais próximo dos reclames sociais cotidianos e sensível aos efetivos problemas estruturais da comunidade que gerencia. Esta primazia do Executivo implica críticas sobre os demais poderes, em especial ao Parlamento, no sentido de tê-lo como ineficaz e lento nos procedimentos necessários à implementação de prerrogativas e direitos individuais e coletivos (HELLER, 1984).

Todavia, ao se exigir no Estado Social de Direito, um movimento mais ativo e contundente dos poderes instituídos no sentido de propiciar maior bem-estar à Sociedade e, historicamente, este Poder tem se revelado como sendo o Executivo, importa lembrar, junto com Díaz (1979)<sup>19</sup>, que isto não pode

<sup>16</sup> É interessante, neste sentido, a visão do novo Estado Industrial apresentada por Galbraith (1987, p. 67 e ss).

<sup>17</sup> Como bem informa Picó (1997, p. 05) [...] Las transformaciones generales de la sociedad industrial dan lugar al nacimiento de grupos sociales que reclaman derechos, legislación proteccionista, libertades, etcétera, y el Estado se apresta con orientación pragmática a solucionar estas crisis con intervenciones de compensación.

<sup>18</sup> Na esfera, por exemplo, da regulação do trabalho de menores, já em meados do século XIX, regulando alguns direitos sociais dos trabalhadores, já organizados em sindicatos e representações de classe. Neste sentido o trabalho de Hobsbawm (1996, p. 116-213).

<sup>19</sup> Díaz nos diz que [...] *En los todopoderosos Estados totalitarios el poder ejecutivo es en verdad incontrolado por los órganos representativos de carácter popular y democrático, pero es perfectamente controlado, claro está, por los grandes grupos capitalistas y las elites del poder.*

ser confundido com o exercício de um Poder incontrolado, mas com o exercício partilhado das ações estatais, exigindo-se que elas possuam um significativo grau de transparência e visibilidade.

Por todos estes motivos é que esta nova formatação dada ao Estado Moderno, enquanto Social de Direito, vem ao encontro de várias conquistas sociais e políticas dos movimentos sociais e da capacidade de organização e mobilização dos indivíduos e suas representações oficiais ou informais, apresentando-se mesmo como um avanço em face do Estado Liberal de Direito. Porém, a tentativa de atender a tamanha responsabilidade não foi cumprida por este Estado, eis que, romanticamente, acreditou que seria possível compatibilizar dois projetos sociais, econômicos e políticos: o capitalismo como forma de produção e a implementação do bem-estar social.<sup>20</sup>

No aspecto jurídico e político e em termos históricos, o modelo de Estado Social de Direito é recepcionado pela Constituição de Bonn, em 1949, qualificando a Alemanha como um Estado Democrático e Social de Direito, que busca, fundamentalmente, a justiça e o bem-estar social (KLEIN, 1970)<sup>21</sup>, mesmo que de forma mais discursiva e formal<sup>22</sup>.

Se percebe, em especial na Alemanha do pós-guerra, uma consciência política bastante forte da população e de suas manifestações representativas-parlamentares, no sentido de firmar postulados contrários ao regime anterior do III Reich, levando-nos a concluir que o *Sozialer Rechtsstaat* não pode ser tido e concebido, tão-somente, sob o ponto de vista formal - caracter do Estado Liberal de Direito -, mas há que se entendê-lo em sentido material, implementador de políticas públicas que atendam às demandas sociais emergentes (MENGER, 1982).

Uma nova ordem constitucional (*verfassungsmässige Ordnung*) se inaugura neste período, em que os direitos humanos, até então consagrados pelos movimentos políticos e revolucionários do período anterior e deste, passam a ser incorporados pelas constituições, na forma de direitos fundamentais, servindo, num primeiro plano, de limites aos poderes instituídos.

### O Estado Social de Direito

*Concede a los derechos fundamentales, en cuanto normas constitucionales, una significación especial que reside en la aceptación de valores y de un determinado sistema cultural que legitima a la constitución como expresión de un concreto sistema de poder, a la vez que limita el arbitrio de todos los órganos del Estado, tanto en la legislación como en la administración. Según la doutrina de Smend los derechos fundamentales son un elemento de integración material. (FORSTHOFF, 1990, p. 76).*

Como diz Verdú (1982), trata-se do intento louvável de converter em direito positivo, velhas aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado Social de Direito; são postulados, insertos em constituições rígidas, que obrigam

<sup>20</sup> Abendroth (1996, p. 16), diz que em termos históricos, a fórmula do Estado Social de Direito, parece ter surgido já na Revolução de 1848 em Paris, referindo-se principalmente ao direito ao trabalho, configurado como direito fundamental e regulamentado pelo Poder Público. Depois disto, esta fórmula desapareceu por muito tempo, voltando a reaparecer com os fatos acima narrados. Textualmente refere o autor que o Estado [...] *creara centros de producción que fuesen administrados por los trabajadores empleados en ellos com fórmula cooperativa y en concurrencia com el capitalismo privado de la primeira época.*

<sup>21</sup> Como quer Klein (1970, p. 398), no art. 28,1, da Carta de Bonn estabelece que a ordem constitucional dos *Länder* deve ajustar-se necessariamente aos princípios do *republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates*. Em outros termos, que *Die Bundesrepublik ist ein demokratischen und sozialen Bundesstaat*, nos termos do art. 20,1 do mesmo diploma constitucional.

<sup>22</sup> Não esquecendo aqui das constituições denominadas de sociais logo nos primeiros anos do século XX, como a Mexicana, Soviética, de Weimar, Richard (1993), faz um crítico balanço deste tempo, dizendo que a Lei Fundamental de Bonn acolhe a de Weimar, dando relevo à expressão *social* para o Estado.

como direito, imediatamente, vigente, à legislação, administração e à justiça, salvaguardados por Tribunais Constitucionais.

Estes postulados, direta ou indiretamente, fazem menção a algumas premissas do direito natural anteriormente vistas, tais como a dignidade do homem e os direitos humanos invioláveis e inalienáveis. Porém, uma vez incorporados nas Cartas Políticas dos países, oferecem aos seus tribunais e mesmo aos demais poderes instituídos, bases jurídicas e meta-jurídicas para fundamentar suas decisões, calcadas em considerações políticas, filosóficas e sociais bem específicas<sup>23</sup>.

O desafio do Estado Social de Direito é, de alguma forma, garantir justiça social efetiva aos seus cidadãos, no sentido do desenvolvimento da pessoa humana, ao mesmo tempo que se respeite o ordenamento jurídico. Significa dizer que este Estado encontra-se marcado por preocupações éticas voltadas aos direitos e prerrogativas humanas/fundamentais, devendo: “[...] *D’instruire le progrès, de s’en faire le responsable effectif afin de dégager les moyens d’assurer la promotion sociale de la société, d’en éradiquer les sources du mal, misère et oppression, qui l’empêchent de correspondre à son idéal.*” (DONZELOT, 1997, p. 175).

De outro lado, as garantias jurídico-sociais-constitucionais estabelecidas pelas Cartas Políticas deste período não consistem em limitações estatais, mas, fundamentalmente, em parcerias e participação dos Poderes Públicos na tarefa de dar efetividade aos novos direitos e garantias estabelecidas à cidadania. Abandona-se, pois, aquela idéia de liberdade e igualdade garantidas mediante uma limitação de ação do Estado frente à Sociedade, eis que tal concepção 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<sup>24</sup>.

Diante da Sociedade pluralista que se conforma nos umbrais do século XX, em que múltiplos e diferentes grupos sociais estão em constante enfrentamento ou desenvolvendo ações conjuntas, a própria figura típica do indivíduo, tomado como centro das atenções do Estado Liberal, cai por terra, sendo considerados, agora, como pertencentes àqueles grupos, o que amplia a visão de responsabilidades e possibilidades do governo, da Sociedade e do Estado, no sentido de atender demandas cada vez mais complexas e setoriais.

Por tudo isto, no Estado Social de Direito, as garantias e os direitos sociais conquistados e elevados à norma constitucional, não podem ficar relegadas em uma região ou conceituação meramente programática, enquanto promessa de um futuro promissor, a serem cumpridas pelo legislador infraconstitucional, mas impõe-se uma vinculação direta e orgânica frente aos Poderes instituídos. Não sendo assim, aquelas conquistas não seriam eficazes e, tampouco, estariam qualificando, valorativamente, este Estado como Social de Direito<sup>25</sup>.

As ações concretas que este Estado desenvolve para dar cabo de suas novas funções passam, necessariamente, por todos os seus Poderes instituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), exigindo procedimentos e normas que dêem conta daquelas demandas. Estamos falando das práti-

<sup>23</sup> Interessante notar que o art. 147 da Constituição de Hesse, de dezembro de 1946, prevê a possibilidade de exercício do direito de resistência civil frente a atos dos poderes públicos inconstitucionais.

<sup>24</sup> *La participación como derecho y pretensión supone un Estado que ayuda, reparte, distribuye u adjudica, que no abandona al individuo en su situación social sino que acude en su ayuda mediante subsidios. Tal es el Estado social* (IRIBARNE, 1995, p. 167).

<sup>25</sup> É neste sentido que o artigo 1,3 da Constituição de Weimar prescreve a imediata vigência das disposições normativas que regulam os direitos fundamentais, vinculando a todos os Poderes Estatais (MENGER, 1983, p. 07).

cas administrativas, legislativas e judiciais do Estado Social do Direito (FORSTHOFF, 1990)<sup>26</sup>, todas voltadas, necessariamente, à consecução do interesse coletivo (PASOLD 1988).

O atendimento de tantas demandas sociais pelo Estado, reclama deste um aparelhamento mais eficaz, principalmente administrativo, eis que é na porta dos Poderes Executivos, como já referimos, que vai se localizar o maior número de manifestações e solicitações para soluções a problemas existentes. Daqui advém a necessidade de se instituir mecanismos e instrumentos de gerenciamento público da nova realidade social.

Da mesma forma, o Estado Social necessita angariar recursos para a implementação de suas ações ou políticas públicas, oportunidade em que vai buscá-los junto à iniciativa privada, em especial pela forma de tributos e políticas fiscais. Aqui, os impostos não têm, exclusivamente, a função de proporcionar recursos ao Estado para dar conta de seus gastos, mas atuam como meios para modificar, socialmente, a capacidade aquisitiva dos cidadãos e, por vezes, como instrumentos de desconcentração de capital.

É assim que, tanto o Direito Constitucional como o Direito Administrativo, no âmbito do Estado Social de Direito, apresentam características e aspectos diferenciados, tais como: um direito administrativo interventor no sentido de minimizar os efeitos das tensões e desigualdades sociais provocadas pelo modelo de desenvolvimento econômico imposto pelo mercado; adoção de políticas públicas protetivas de determinadas categorias sociais marginalizadas e excluídas deste modelo; incentivo a determinadas atividades produtivas - geralmente atendendo a pequenos produtores - no sentido de viabilizar seu ingresso paulatino na cadeia das relações de produção. Diante disto,

*La tradicional estructura del Derecho Administrativo, derivada esencialmente de la noción de la ley y de principio de la legalidad de la administración, está en gran parte superada; la exigencia de la legalidad de los actos administrativos postula nuevas garantías jurídicas respecto de la actividad de la administración que, con mejor o peor fortuna, tratamos de deducir del principio de igualdad, del derecho al libre desarrollo de la propia personalidad, de las demás garantías constitucionales de los derechos fundamentales y de la idea de solidaridad social. (USEROS 1985, p. 36).*

Um dos grandes problemas que temos de enfrentar, neste particular, ao menos para sinalizar o que ele significa em termos de pensarmos o Estado Social de Direito, é a necessária intervenção dos Poderes Públicos em diversos segmentos sociais e institucionais para garantir um mínimo de efetividade aos direitos humanos e fundamentais.

Em razão do alto grau de desconsideração da pessoa humana e dos seus direitos mais básicos, o funcionamento da Sociedade capitalista sempre trouxe consigo a perspectiva da violação da cidadania em todas as suas dimensões, em nome da manipulação do capital. Para administrar ou alterar a lógica deste sistema, o Estado Social de Direito pretende intervir nas relações sociais privadas visando estabelecer critérios e mecanismos de controle destas violações, tanto em nível de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, como instituindo ações estatais inter-

<sup>26</sup> Informa Forsthoff (1990, p. 98), que “[...] casi todas las instituciones de nuestro Derecho público, que han transformado al Estado en un Estado social, son obra de la legislación y de la administración. Se han creado y existen desde hace años o decenios sin que las constituciones hayan tomado nota de ello. No es, pues, por el ámbito constitucional, sino por el de la administración por donde el Estado social há penetrado en la teoría del Derecho público.”

ventivas em vários campos e segmentos, como: tributos, poder de política sanitária, intervenção na propriedade privada.

Outra forma encontrada por alguns países para diminuir/eliminar a agressão àqueles direitos foi, exatamente, tentando programar/planejar/planificar os rumos do desenvolvimento e a forma com que ele se dá. Estamos nos referindo, por exemplo, às medidas legislativas e executivas adotadas pela U.R.S.S. no que tange à sua economia, chegando a impor pena de morte para aquele que não pagar os impostos em tempo de guerra, e demais intervenções nos setores produtivos na Sociedade (AGESTA, 1986).

Por óbvio que estes modelos de Estados não se apresentam de forma acabada ou definitiva, mas apontam para uma direção que exige um envolvimento, por parte dos Poderes Públicos, mais efetivo diante da comunidade, requerendo, inclusive, que isto ocorra mediante uma adequada relação entre fins a serem alcançados e os meios para tanto, tema da planificação e do planejamento interventivo que acabamos de referir (CAPELLA, 1997).

Significa dizer que uma planificação, sem o devido planejamento e discussão prévia das metas que se pretende atingir, com as pessoas afetadas por este processo, não tem sentido alternativo algum, eis que, simplesmente, se afigura como adoção de meios objetivos para se chegar às finalidades estabelecidas/impostas. Por sua vez, os próprios fins eleitos os são, na exata medida dos pressupostos ideológicos e políticos que o constituem, de acordo com a ordem vigente (quer seja revolucionária, democrática, popular, burguesa, totalitária).

Coloca-se, aqui, o problema das *formas e dos procedimentos* utilizados pelo Estado para garantir e implementar os direitos e garantias fundamentais conquistados pela civilização no Ocidente, uma vez que se afiguram com igual ou maior importância do que a ação pública assistencial que, por vezes, reduziu e reduz a idéia do Estado Social de Direito<sup>27</sup>.

O que temos visto, é que grande parte dos Estados Sociais, enquanto administradores dos interesses públicos, destacam em maior grau o aspecto técnico-burocrático desta administração, reduzindo o âmbito do político a uma dimensão desideologizada e axiologicamente neutra, eis que os fins da nova Sociedade do Bem-estar não necessitam de clarificação ou reflexão maior alguma, centrados que estão no ideal de garantir a todos os cidadãos um lugar ao sol no mercado das relações de produção que passa a integrar, e não mais desintegrar, o espaço social e individual da cidadania<sup>28</sup>.

Ledo engano. Na verdade, o que vemos é a imposição de procedimentos meramente formais dos poderes instituídos, fundados no permissivo legal prévio, parece que autorizando as decisões e políticas públicas à revelia dos reais interessados. Como adverte Crozier (1997, p. 87):

*Le développement des grandes organisations complexes de l'âge moderne paraît généralement extrêmement dangereux. Nous y voyons une menace pour la liberté de l'individu et un obstacle à la participation.*

<sup>27</sup> Aqui acompanhamos as profundas críticas que Röpke (1984, p. 39), oportunidade em que faz uma crítica a esta redução do Estado Social de Direito a um Estado Assistencial, minimizadora dos problemas sociais existentes, impondo ao Estado responsabilidades que, na verdade, atinjam a todos os segmentos sociais, mas cujo benefício está direcionado, arbitrariamente e por políticas fiscais duras, para determinados grupos mais privilegiados.

<sup>28</sup> A administração burocrática do Estado de Bem Estar, em regra, é realizada sem levar em conta as particularidades que envolvem as pessoas ou grupos que são atingidos (e portanto não participam muito na deliberação das ações públicas), impondo-se a política dos cargos e organogramas funcionais da Tecno-burocracia. Neste sentido a obra de Archibugi (1998, p. 32).

*Si les organisations modernes étaient gérées comme celles d'autrefois - et il arrive qu'elles le soient - la concentration des organisations constituerait effectivement un très grand risque.*<sup>29</sup>

Assim, este Estado, enquanto administrador, responde sempre em nome de terceiros, que deveriam ser os cidadãos, *como na empresa o administrador administra em nome dos acionistas*. (PEREIRA, 1983)<sup>30</sup> Rapidamente, o Estado Social de Direito passa a assumir a forma de uma grande empresa privada e seus agentes políticos, excelentes gestores de interesses privados que foram incorporados pelo novo fornecedor de serviços e produtos desejados e induzidos à população (PEREIRA, 1981).<sup>31</sup>

Como nos mostra Díaz (1975), a administração parece pretender substituir a política, pois um Estado fortemente intervencionista e planificador, como os modelos que referimos há pouco, necessita de um aparato organizativo e burocrático considerável. Todavia, para atender a um plexo de prerrogativas que não são valoradas como se pertencentes às demandas da maior parte quantitativa das pessoas sob sua jurisdição, mas, ao contrário, tidas como legítimas porque legalmente estabelecidas por norma jurídica vigente. Neste sentido é que o tema dos Direitos Humanos e Fundamentais correm o risco - e não raro - de serem preteridos por projetos econômicos e políticos das elites dominantes do aparelho administrativo que se tornou o Estado.

Diante desta problemática, o Estado Social de Direito não vai conseguir responder, adequadamente, às demandas de participação efetiva e cotidiana da cidadania, na definição de políticas públicas e prioridades políticas emergentes, exigindo-se outras formas de viabilização e compromisso com a Sociedade. Daí, surge a necessidade de readequação do Estado e do Governo à nova era, valorando, ainda mais, o conteúdo efetivamente democrático das instituições públicas representativas e, quiçá, criando outras novas.

#### 4 O ESTADO DE DIREITO X DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOVOS DESAFIOS

Creemos importante ter presente que a ideia de Estado de Direito é fruto de todo um processo de desenvolvimento de outros modelos de Estado e Sociedade, como anteriormente vimos. Tal fato se revela importante, em face dos elementos políticos, econômicos e sociais que estão envolvidos na matéria.

Se o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito não conseguiram, ao menos ao longo de toda sua história, dar conta das progressivas e constantes demandas sociais, em especial no âmbito do ideal de liberdade e igualdade sempre retomados, da limitação do poder, da proteção e da implementação dos direitos humanos e fundamentais<sup>32</sup>, há que se avaliar quais as novas possibilidades para o presente século.

<sup>29</sup> No mesmo sentido o autor defende com detalhamento maior esta sistemática em seu livro chamado *Le Pehénomène Bureaucratique*, de 1997.

<sup>30</sup> É interessante, neste particular, verificar como Pereira (1983) delimita o perfil do administrador burocrático, outorgando a ela características que podem tranqüilamente serem aplicadas ao Estado Social Administrador de Direito.

<sup>31</sup> Pereira (1981, p. 155) diz que: [...] *a tecnoburocracia estatal preza e faz questão de dialogar com seus associados burgueses, os quais precisam aprovar ou pelo menos ser comunicados de suas políticas*.

<sup>32</sup> É preciso lembrar que, em regra, as constituições sociais-democratas, por exemplo, não exprimem senão o difícil compromisso existente entre as forças constitutivas da Constituição real; além disto, estas Constituições proclamam sempre objetivos de ordem social, além de intentar que se mantenha inalterada a estrutura sócio-econômica capitalista.

O próprio período do constitucionalismo social, veio a contribuir, significativamente, para o avanço deste debate, eis que desbravador dos Direitos Humanos no âmbito de sua mais efetiva normatização, outorgando-lhes o *status* de Direitos Fundamentais.

Pelos motivos que expusemos anteriormente, podemos concluir que não há a menor possibilidade de se desconsiderar as experiências estatais anteriores, pois elas serviram e servem de propulsão para novas modalidades e experiências políticas. Significa dizer que qualquer idéia de Estado Democrático de Direito, que possamos esboçar, evidenciará, necessariamente, caracteres dos modelos anteriores (VERDÚ, 1975)<sup>33</sup>.

Em especial, a crise do Estado Social que eclode a partir da década de 1960, mais especialmente em seu final, denuncia já a contestação de um modelo cultural e político que se encontra exaurido, principalmente, na Europa e nos Estados Unidos e que pressionam, de dentro para fora, os países chamados desenvolvidos, tratando dos temas que envolvem os direitos civis, a não violência, a soberania dos povos e dos Estados, ao mesmo tempo em que percebemos, nitidamente, o alargamento de um processo de transnacionalização das relações econômicas que outorga, para algumas grandes empresas, um poder que ultrapassa o até então vigente no âmbito dos poderes políticos tradicionais instituídos (FARIAS, 1998).

Soma-se a isto, a chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973, quando o mundo capitalista, em geral, direciona-se para uma longa e profunda recessão, combinando baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação. Como bem assevera Anderson (1995), a partir daqui as ideias, neoliberais passam a tomar terreno, principalmente atribuindo responsabilidade maior à crise que se apresenta ao modelo de organização e intervenção keynesiana estatal (principalmente no que tange aos seus gastos sociais), ao poder dos sindicatos e do movimento operário, artífices da corrosão das bases da acumulação capitalista.

Diante deste cenário, o Estado Social já não consegue exercer o governo, causando um sério desgaste em sua legitimidade, levando-o a uma séria: Implosão decisional, derivada de uma sobrecarga de expectativas sob as condições de um pluralismo associativo que politiza exageradamente todos os *issues* sociais e coloca, portanto, uma clara diferença entre reivindicações e capacidade de controle e direção estatal das mesmas (PORTANTIERO, 1987).

Impõe-se, assim, uma valoração, tanto da Sociedade que se apresenta neste final da década de 1960, como do Estado que é demandado, registrando-se como certo, todavia, tão-somente a eliminação, sob todas as suas formas, da idéia de Poder Político arbitrário e comprometido com políticas pouco visíveis à comunidade (ZAGREBELSKY, 1999).<sup>34</sup>

Vejamos como se dá esta valoração para alguns teóricos contemporâneos.

## 5 O ESTADO DE DIREITO PARA ELÍAS DÍAZ

Elías Díaz se afigura como um dos grandes marcos teóricos do Constitucionalismo contemporâneo em Espanha deste século, tendo polemizado, dentre outros temas, sobre as feições do Estado e suas novas responsabilidades. Em dois momentos particulares, no livro *Teoria General del*

<sup>33</sup> [...] *En el Estado Democrático de Derecho sobreviven elementos del Estado social de derecho: regulación y garantías de derecho económicosociales, justicia constitucional; reconocimiento de los partidos políticos y sindicatos libres* (VERDÚ, 1975, p. 144).

<sup>34</sup> [...] *el valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del Machtstaat y del Polizeistaat.*

*Estado del Derecho*, Madrid: Edicusa, 1973, e no livro *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid: Edicusa, 1976, o autor se preocupa em demarcar quais as necessárias feições que o Estado precisa tomar para viabilizar uma Sociedade efetivamente democrática.

Analisando a forma como o capital vem tomando conta das relações sociais e políticas de seu tempo, Díaz está convencido de que o movimento dos Direitos Humanos e Fundamentais se impõe como resistência e luta da civilização ocidental, em busca de uma qualidade e dignidade de vida não conquistada pela maior parte da população, como acreditava nas promessas do liberalismo clássico. A Constituição e o Estado devem, a partir desta realidade, projetar garantias e ações concretas para se alcançar aquele desiderato.

Acredita o autor que, em face das considerações já referidas, a democracia política exige como base e pressuposto, uma democracia sócio-econômica. Sin ésta, aquélla es insalvable, y las decisiones se hacen en esa situación antidemocráticas en los dos sentidos: vienen adoptadas por la oligarquía capitalista y responden a intereses predominantes de esa oligarquía (DÍAZ, 1975).

Desta forma, democracia e capitalismo - ou neocapitalismo - não são termos/realidades conciliáveis e, frente a esta incompatibilidade, crê Díaz ser impositiva a viabilidade de uma Sociedade democrática, a partir da relação democracia e socialismo. Não que a ideia de socialismo do autor esteja centrada, integralmente, nas experiências já consumadas pelos movimentos políticos e sociais estabelecidos no Leste Europeu, mas buscando encontrar, constantemente, um ponto de equilíbrio entre interesses individuais e coletivos, bem como tendo presente que os segundos é que vão mais ao encontro da comunidade, como um todo.

Tal tarefa não é fácil, e sequer ocorre naturalmente, em razão da existência de uma racionalidade histórica humanitária do mercado e do modelo de (des)organização social que ela induz. Pelo contrário, o movimento neoliberal que se forma no Ocidente, nestas últimas décadas, prega, sem escrúpulo algum, uma nova mediação social levada a cabo pelo mercado, diminuindo as funções do Estado, principalmente no que tange a gastos sociais e intervenções econômicas.<sup>35</sup>

De qualquer sorte, para Díaz (1975), a linha que, em seu tempo ele chamava de neocapitalismo, tomava em direção ao socialismo em países de democracia liberal e o crescente processo de despersonalização e institucionalização jurídica do poder nos países de democracia popular, apontavam para um Estado com as características de Democrático, não deixando de considerar a situação dos países do terceiro mundo ou em desenvolvimento<sup>36</sup>.

Apesar de não existir uma fórmula mágica e única de quais os moldes que o Estado Democrático de Direito deve assumir ou respeitar, eis que cada realidade social e política deve apontar suas demandas e formas de solucioná-las em cada caso concreto, para Díaz, algumas diretrizes do modelo socialista desde logo se impõem: (a) a supremacia da lei como elemento vinculante das ações estatais e dos poderes instituídos; (b) o cumprimento e a proteção dos direitos fundamentais do cidadão; (c) o controle dos atos estatais por instituições e mecanismos de representatividade social efetiva, sem, entretanto, dar ensejo às formas arbitrárias de dirigismo estatal.

<sup>35</sup> Nesta nova realidade, o que importa é a estabilidade monetária, sendo necessária uma disciplina orçamentária, com profundas contenções de gastos com o bem-estar e a recuperação da *taxa natural* de desemprego, criando um exército industrial de reserva de trabalhadores; impõem-se, no mesmo sentido, reformas fiscais para beneficiar grandes patrimônios e rendas, restaurando ou maximizando uma desejável, e também natural, desigualdade social.

<sup>36</sup> O autor considera, como tais os países que: (1) não se constituem em nenhum tipo de Estado de Direito, mas absolutos e ditatoriais; (2) não se encontra nenhuma preocupação em formalizar juridicamente as regras de funcionamento do poder político, a não ser como forma de mascarar uma ditadura efetiva de grupos capitalistas hegemônicos. (DÍAZ, 1975, p. 132).

Na verdade, o pressuposto de base que informa a reflexão do autor sobre o Estado de Direito, é o seu conceito de Sociedade Democrática, a saber:

*Aquella capaz de instaurar un proceso de efectiva incorporación de los hombres, en los mecanismos del control de las decisiones, y de real participación de los mismos en los rendimientos de la producción [...]*

*La democracia exige participación real de las masas en el control de las decisiones y en los rendimientos de la producción; sin esa participación real no hay sociedad democrática (DÍAZ, 1975, p. 141-143).*

Por óbvio, que tal modelo de Sociedade só se efetiva em razão de políticas públicas direcionadas e instrumentos para tanto, implantadas e geridas pelas formas de representação política existente, e não em face do movimento natural das relações de força que se enfrentam no seu cotidiano, porque se assim fosse, com certeza, o que imperaria é a perspectiva de classe/categoria social dominante (em termos econômicos, por certo).

De outro lado, sinaliza Díaz para o fato de que esta participação popular no exercício dos atos de governo, tem de se dar de tal forma que não se apresente, tão-somente, como uma ficção jurídica e institucional, garantia formal que, em verdade, se utiliza das massas contra seus próprios interesses, para dar uma imagem democrática a comportamentos arbitrários.<sup>37</sup>

Insiste o autor que, tanto em suas manifestações liberais (Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito), como em suas manifestações totalitárias (Estado Facista e Estado Nazista), o capitalismo forjou modelos sociais e de democracia insuficientes, entendendo que o Estado de Direito, com feições nitidamente socialistas não-autoritárias, deve, agora, apresentar as novas perspectivas de desenvolvimento e mesmo constituição de um novo espaço social e político, pautado por aqueles princípios anteriormente referidos e na crença de que a democracia deve ser pensada como objetivo constante e entendida como processo sempre aberto no tempo (DÍAZ, 1975).

Apesar de Díaz não vislumbrar, na sua amplitude, os problemas que a complexidade das relações econômicas e sociais do final deste século XX apresentam, envolvendo questões como a crise do modelo de Estado Nacional, a Globalização e as conseqüências das novas relações de forças estabelecidas entre capital, trabalho, cidadania e Estado, é imperioso reconhecer que ele contribui, em muito, na demarcação geral dos contornos teóricos e práticos que devem informar o debate sobre o Estado e os Direitos Humanos, temas que vamos retomar mais adiante.

## 6 O ESTADO DE DIREITO E OS DIREITOS HUMANOS EM ANTONIO E. PÉREZ LUÑO

Seguindo os passos de Elías Díaz, Antonio Enrique Perez Luño, catedrático de Filosofia de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Sevilha, há tempo que vem enfrentando o tema dos Direitos Humanos e Fundamentais e as questões atinentes ao Estado e à Constituição.

Em duas obras fundamentais este autor nos apresenta uma leitura sobre as imbricações e desafios que envolvem os temas supracitados, em especial o dos Direitos Humanos, numa perspectiva de prerrogativas a serem garantidas e implementadas pelo Estado, o que inclusive carac-

<sup>37</sup> *Al definir la sociedad democrática en relación com el hecho de la participación real de todos los hombres, se quiere aludir indudablemente a la insuficiencia de la llamada democracia formal. Esta, a pesar del calificativo, que desde algunas radicales perspectivas se interpreta como sinónimo de dicha democracia ficticia, por supuesto, no se identifica ni mucho menos com ella. (DÍAZ, 1975, p. 147).*

teriza o Estado como de Direito, a saber: *Los Derechos Humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*, Madrid: Tecnos, 1979; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.

Nestes textos, e indo além de Díaz, afirma o autor que as tentativas de superação da versão liberal do Estado de Direito, colocam em questão, necessariamente, o desafio de se definir o que pode ser englobado no termo Estado de Direito, ou, em outras palavras, até que ponto esta adjetivação do Estado tem afetado e demarcado sua substantividade<sup>38</sup>.

Não se trata, pois, tão-somente, de nomenclaturas diferenciadas para velhos temas, mas a idéia de Estado de Direito faz evocações de natureza histórica, remetendo os referenciais jurídicos do termo para o campo do político e do social, notadamente marcados pelo viés dos direitos conquistados pelos movimentos sociais e populares e tendo neles o objeto fundante da sua possibilidade.

Identifica Luño, todavia, a existência mais contemporânea de, no mínimo, duas acepções do termo sob comento:

(1) Uma de caráter técnico<sup>39</sup>, dando conta dos mecanismos ou condições jurídicas de fato que informam o Estado enquanto pessoa jurídica de direito público, cujas características são: (a) a limitação da atividade dos órgãos estatais em face das normas permissivas e proibitivas existentes; (b) a garantia dos direitos públicos subjetivos, pelo simples princípio da legalidade e não vinculados com qualquer exigência jusnaturalista; (c) o controle jurisdicional das ações estatais.

A partir desta perspectiva, meramente formal, a noção de Estado de Direito se revela vazia de sentido e conteúdo, e qualquer Estado, enquanto constituído por um conjunto de regras jurídicas sistematizadas, pode ser considerado de Direito; não esqueçamos que qualquer forma de Estado Moderno, a princípio, tem, como requisito informador, disposições normativas - grande conquista da própria burguesia no processo de superação da Idade Média (CASTRO, 1997).

(2) Uma outra acepção se dá no plano ideológico, eis que sustenta o autor que a estrutura jurídica do Estado de Direito não pode ser tomada como uma forma adaptável a qualquer conteúdo, mas tem exigências materiais diretamente vinculadas a determinadas posições de caráter nitidamente político (LUÑO, 1995). Desde este plano ideológico la fórmula Estado de Derecho há sido un caballo de batalla para la lucha, en ocasiones ideal y utópica, por el perfeccionamiento de la realidad empírica del Estado (LUÑO, 1995).

Tomando estes referenciais, Luño insiste no fato de que a única forma democrática de se justificar o Estado de Direito contemporâneo, é a partir de elementos e conceitos explicativos que busquem prescrever como devem ser empregadas, para tanto, as categorias discursivas e axiológicas conformadoras deste instituto. Tal emprego, por certo, significa uma luta contra todas as formas de arbitrariedade política, violação das prerrogativas sociais, Direitos Humanos e Fundamentais e pelo controle do Estado por um direito também qualificado por seus conteúdos políticos e filosóficos recém indicados.

Com tal mister, destarte, é preciso reconhecer, com o autor, a existência de uma tensão permanente entre as garantias formais que integram e estão definidas pelos Direitos Humanos e

<sup>38</sup> Afinal, *no deja de producir cierta perplejidad la observación de cómo una estructura fundada en la ideología liberal ha sido utilizada luego para perseguir fines sociales contrapuestos a aquellos para los que se creó*. (LUÑO, 1995, p. 237).

<sup>39</sup> Já mencionamos tais características em momento anterior, porém, neste contexto, é importante tê-las presente para percebermos que crítica mais pontual o autor estabelece.

Direitos Fundamentais do Estado de Direito e as exigências materiais que se impõem aos poderes instituídos, e, em especial, à jurisdição estatal, para efeitos de legitimação e mesmo, fundamentação do poder que possui.

Assim é que os dados normativos do Estado de Direito contemporâneo devem estar associados, inevitavelmente, às ações estatais e materiais que se destinam à implementação/garantia daqueles direitos, sob pena da fragilização do princípio da legalidade deste Estado<sup>40</sup>.

A base, pois, de uma definição do Estado de Direito pode ser encontrada no âmbito da correlação entre seu componente axiológico, que se identifica com a luta por uma denominada *justiça social* - entendida por Luño como o resultado das exigências que a razão prática revela, em cada momento histórico, como imprescindíveis à convivência social baseada nos direitos fundamentais de liberdade e igualdade - e sua estrutura técnico-formal, cujo principal objetivo é a criação de um clima de segurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal.

E bem adverte sobre este tema o autor, eis que, não raro, vimos em história recente - na experiência soviética - a sobreposição do âmbito axiológico-ideológico sobre o técnico-formal, em termos de funções e responsabilidades do Estado, resultando equívocos quando da demarcação de como se dá o exercício do poder estatal, muitas vezes violando as próprias prerrogativas que sustenta defender. Em verdade, está Luño preocupado, acertadamente, com os mecanismos e instrumentos efetivos e cotidianos com os quais aqueles direitos e garantias fundamentais vão se incorporar no dia a dia da cidadania e dos operadores do direito, pois os meios qualificam os fins e mesmo os define como democráticos ou totalitários .

Utilizando-se de referências teóricas de Díaz e de Norberto Bobbio, Luño (1995), por fim, sustenta que a velha aspiração iluminista de imprimir na lei os valores da justiça e da certeza, constituem, sem dúvidas, um dos grandes fundamentos do Estado de Direito contemporâneo. Em outras palavras, a lei aqui significa a: *Expresión de racionalidad histórica producto de una voluntad mayoritaria auténticamente democrática, esto es, democrática no sólo en términos jurídico-políticos, sino también socio-económicos.*

## **7 A CONTRIBUIÇÃO DE NORBERTO BOBBIO PARA O TEMA DOS DIREITOS HUMANOS E O ESTADO DE DIREITO**

Uma das mais argutas e sensatas reflexões política, filosófica e jurídica, envolvendo, em especial, o tema do Estado e os Direitos Humanos de nosso tempo, provém do pensador italiano Norberto Bobbio.

Em suas diversas obras<sup>41</sup>, encontramos contribuições indispensáveis para o debate a que nos propomos neste trabalho, principalmente porque elas se alinham no marco teórico eleito anteriormente.

A despeito de Bobbio (1995b) reconhecer que a definição do Estado contemporâneo é tarefa árdua, e quiçá impossível em termos absolutos, eis que envolve um grande número de problemas que diz respeito às formas cada vez mais complexas de relações sociais que se apresen-

<sup>40</sup> *De ahí paulatina crisis y desacralización de las ideas de legalidad y de la seguridad jurídica: y de ahí, también, la necesidad de relajar las exigencias del Estado de Derecho con las de la justicia social, que se manifiestan con especial intensidad en las Constituciones de la trasguerra.* (LUÑO, 1995, p. 243).

<sup>41</sup> Para nossa avaliação temática, estaremos utilizando, em especial, as seguintes obras de Bobbio: 1987; 1990; 1992; 1995; 1994; 1980; 1995; 1990.

tam, e mesmo como opera, em razão disso, a racionalidade interna do sistema político, impõe-se aferirmos que possibilidades existem em termos de aproximação conceitual da categoria Estado de Direito.

Sem dúvidas, que tal aproximação passa pelo tema da relação que se estabelece entre Sociedade e Estado e suas formas de explicitação. Neste particular, interessa relevar como os Direitos Humanos e Fundamentais se incorporam no processo de definição desta Sociedade democrática e Estado democrático.

Para Bobbio, os Direitos Humanos se apresentam à cultura do Ocidente como mecanismos de contenção, controle e valoração do poder político instituído. Em outros termos:

Seja qual for o fundamento dos direitos do homem - Deus, a natureza, a história, o consenso das pessoas - são eles considerados como direitos que o homem tem enquanto tal, independentemente de serem postos pelo poder político e que portanto o poder político deve não só respeitar mas também proteger. Segundo a terminologia kelseniana, eles constituem limites à validade material do Estado. (BOBBIO, 1987, p. 100).<sup>42</sup>

Todavia, ao longo desta mesma história, dificuldades surgem, como já vimos anteriormente, no que tange à possibilidade de definirmos o que entendemos por Direitos Humanos, tema a ser acordado para viabilizar o estudo de suas dimensões mundanas e práticas em face do Estado e da própria Sociedade.<sup>43</sup>

Para Bobbio, este acordo já está, de uma certa forma, consolidado no tempo e espaço da cultura ocidental, tendo nos Direitos Humanos aquelas prerrogativas políticas e jurídicas conquistadas pelos movimentos sociais que se colocam como condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana e para o desenvolvimento da própria civilização.

Estes direitos se apresentam de uma forma tão variável, mutável, que é impossível tentar limitá-los em algumas conquistas juridicamente positivadas ao longo das últimas décadas, eis que: *L'elenco dei diritti dell'uomo si è modificato e va modificandosi col mutare delle condizioni storiche, cioè dei bisogni e degli interessi, delle classi al potere, dei mezzi disponibili per la loro attuazione, delle trasformazioni tecniche, ecc.* (BOBBIO, 1990b, p. 11).

Frente a este elenco, cada vez maior de expectativas, vários desafios se impõem, tanto à Sociedade civil como ao Estado, tensionando as relações de força que se desenvolvem à margem do controle, seja deste Estado, seja da Sociedade Civil. Estamos falando das demandas, na maior parte das vezes conflitantes, que exurgem no cotidiano dos cidadãos, em busca de melhores empregos, de condições de vida, de educação, de serviços públicos, e que, em regra, não obtêm respostas satisfatórias dos poderes instituídos ou das representações políticas oficiais.

A despeito, porém, da multiplicidade de fundamentos que possamos atribuir a estes Direitos Humanos - no que concordamos com Bobbio (1990b)<sup>44</sup> - , importa reconhecer que as suas progressivas positivações em corpos normativos estatais, sinalizam uma particularidade, sem pre-

<sup>42</sup> Mais adiante, o autor vai sustentar que [...] o tema do fim do Estado está estreitamente ligado ao juízo de valor positivo ou negativo que foi dado e continua a se dar a respeito desta máxima concentração de poder possuidora do direito de vida e de morte sobre os indivíduos que nele confiam ou que a ele se submetem passivamente.

<sup>43</sup> *La prima difficoltà deriva dalla considerazione che diritti dell'uomo è un'espressione molto vaga. Abbiamo mai provato a definirli? E se abbiamo provato, quale è stato il risultato?....Diritti dell'uomo sono quelli che appartengono, o dovrebbero appartenere, a tutti gli uomini, o di cui ogni uomo non può essere spogliato.* (BOBBIO, Norberto. 1990b, p. 08).

<sup>44</sup> *Non si dovrebbe parlare di fondamento, ma di fondamenti dei diritti dell'uomo, di diversi fondamenti secondo il diritto le cui buone ragioni si desidera difendere.* (BOBBIO, 1990b, p. 12).

cedentes em seu histórico: o reconhecimento institucional não pode ser meramente formal, eis que, tão-somente, se afigura como o registro de lutas e sacrifícios de gerações. Significa dizer, em outras palavras, que: *“il problema di fondo relativo ai diritti dell’uomo è oggi no tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. É un problema non filosofico ma politico.”* (BOBBIO, 1990b, p. 17).<sup>45</sup>

O caminho que Bobbio vê, para tal proteção ou efetivação, passa pelas instituições estabelecidas pela Democracia (liberal), agora portadoras de outros significados e sentidos, todos, necessariamente, voltados para um socialismo democrático, em que as regras de organização e funcionamento da Sociedade e do Poder Político sejam estabelecidas pelo constitucionalismo contemporâneo (ele também fruto de uma efetiva democracia representativa<sup>46</sup>), fundamentalmente (MOUFFE, 1996).<sup>47</sup>

Os Direitos Humanos e Fundamentais, assim, são colocados pelo autor, independente de seus fundamentos, como pressupostos necessários para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático. Em outros termos, as normas constitucionais que declaram estes direitos, não se apresentam, tão-somente, como regras do jogo, mas como regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo num Estado e numa Sociedade que se pretende Democrática (BOBBIO, 1994).

## 8 A PERSPECTIVA GARANTISTA DOS DIREITOS HUMANOS E DO ESTADO DE DIREITO

De acordo com o que vimos até o presente momento, num Estado de Direito caracterizado como democrático, o direito implica em um instrumento de defesa e garantias fundamentais, externo a ele e por ele garantidos.

Partindo de tais axiomas - e não há nada de revolucionário aqui - , pode e deve o direito positivo, em especial o constitucional, apresentar-se como um meio para realizar os valores meta-jurídicos insertos no seu texto, oportunizando a valorização das diferenças sociais através de um critério/finalidade de perseguir a igualdade substancial e social, no intento de minimizar e compensar as desigualdades através de ações institucionais e políticas.

Assim, os Direitos Humanos e Fundamentais se constituem na garantia social da ação de todos para assegurar, a cada um, o seu usufruto na garantia externa e extra-jurídica de tais direitos, ancorados em prévias e sempre conquistadas acepções de democracia e de justiça social.

Todavia, como bem lembrou Bobbio, se estes direitos têm tamanha força e significação jurídica e política, ainda o grande combate é fazê-los efetivos e operacionais junto ao cotidiano de uma cidadania cada vez mais violada e afastada deles. Para tanto, não podemos crer que o

<sup>45</sup> Em seguida, sustenta Bobbio, com absoluto discernimento que: [...] *Non si tratta de trovare il fondamento assoluto - impresa sublime ma disperata - ma, di volta in volta, i vari fontamenti possibili. Senonché anche questa ricerca dei fontamenti possibili - impresa legittima e no destinata come l'altra all'insuccesso - non avrà alcuna importanza storica se non sarà accompagnata dallo studio delle condizioni, dei mezzi e delle situazioni incui questo o quel diritto possa essere realizzato.*

<sup>46</sup> Importa lembrar que o conceito de democracia em Bobbio é a que se caracteriza por possuir um conjunto de regras (primárias ou básicas) que definam quem está autorizado a tomar decisões coletivas e quais os procedimentos que devem ser aplicados. Tais regras do jogo têm como escopo garantir a maior e mais efetiva participação dos cidadãos nas decisões que afetem a Sociedade. (BOBBIO, 1994, p. 26).

<sup>47</sup> Neste texto, o autor faz uma crítica a Bobbio no sentido de que o autor italiano não consegue, em seu esforço teórico de pensar a democracia a partir de uma perspectiva procedimental, liberar-se dos postulados individualistas que alimentam o modelo da Sociedade liberal, dificultando pensar as possibilidades desta democracia no âmbito do pluralismo social e jurídico. Porém, para os efeitos deste trabalho, é relevante concordar com Bobbio sobre a importância das regras de funcionamento da democracia estarem assentadas em determinadas premissas que se articulam com aqueles Direitos Humanos.

Estado Liberal ou Mínimo possa contribuir, mas, pelo contrário, entendemos que apenas com um modelo de Estado promovedor de tais direitos é que podemos vislumbrar uma mínima possibilidade de implementação daquelas *promessas*.

Significa dizer, com Streck (1999), que somente um Estado Democrático de Direito pode ter como objeto a incorporação efetiva da questão da igualdade material como um conteúdo próprio a ser buscado efetivar, via o asseguramento mínimo de condições mínimas e reais de vida ao cidadão e à comunidade.

Se esta tarefa deve ser, fundamentalmente, do Estado, eis que ele é detentor de mandato popular originário para tanto e, sob a perspectiva do contratualismo rousseauiano, só existe em razão daquelas demandas, portanto, permanentemente vinculado a elas (USHÔA, 1997; ROUSSEAU, 1979), cumpre perquirir sobre como poderíamos esboçar uma alternativa jurídico-política para efetivamente cobrar e viabilizar o cumprimento destas obrigações do Estado. É para tentar atender estas questões que têm se esboçado, ao longo dos últimos anos, reflexões políticas que poderíamos nominar de garantistas no cenário jus-filosófico do Ocidente, em especial, a partir das contribuições teóricas de Ferrajoli.

Como quer Cademartori,

De fato, na esteira do pensamento iluminista dos Séculos XVII e XVIII, o Garantismo parte da noção meta-teórica da centralidade da pessoa e de seus direitos fundamentais, bem como da anterioridade lógica da Sociedade em relação ao Estado, que é visto como produto e servo daquela. Elaborado por Luigi Ferrajoli e outros juristas, a partir dos últimos anos da década passada na Itália, o Garantismo dá ainda seus primeiros passos, mas desde já apresenta-se como uma teoria suficientemente promissora para alimentar as esperanças daqueles que acreditam que o Estado de Direito ainda pode ser eficazmente realizado. (CADEMARTORI, 1999a, p. 37).<sup>48</sup>

Por não termos como objeto o tratamento epistemológico e filosófico da Teoria do Garantismo, desenvolvida, particularmente, por Ferrajoli em seu clássico *Diritto e Ragione* (Roma: Laterza, 1997), vamos, tão-somente, nos apropriar dos contributos que o autor desenvolve para pensar o Estado de Direito e os Direitos Humanos.

É de Ferrajoli a primeira aproximação temática que temos do garantismo:

Secondo un primo significato, garantismo designa un modello normativo di diritto: precisamente, per quanto riguarda il diritto penale, il modello di stretta legalità, proprio dello stato di diritto, (1) che sul piano epistemologico si caratterizza come un sistema conitivo o di potere minimo, (2) sul piano politico come una tecnica di tutela idonea a minimizzare la violenza e a massimizzare le libertà, (3) e sul piano giuridico come un sistema di vincoli imposti alla potestà punitiva dello stato a garanzia dei diritti dei cittadini. (FERRAJOLI, 1997b, p. 891).

A ideia de Estado e de sistema jurídico que o garantismo tem sustentado, se centra no conceito de validade do Poder Político e do Ordenamento Jurídico, isto é, na necessidade de se questionar sobre o plano de existência ou vigência destes institutos, que respeita a validade formal

<sup>48</sup> Neste mesmo texto, Cademartori alerta para o fato de que, a partir do garantismo, [...] o juízo de vigência vem a ser um juízo de fato e de direito, enquanto o juízo de validade é apenas de direito. Esta diferença torna os juízos de vigência um pressuposto lógico dos juízos de validade. Porque a existência é predicada unicamente a um fato - o ato normativo em sua forma empírica. Já os significados das normas, estes não existem por si mesmos, no sentido de que não existe um referente empírico independente de sua forma ou enunciação. (1999<sup>a</sup>, p. 39).

da norma e do poder e o de validade propriamente dito, respeitante às suas validades materiais/substanciais<sup>49</sup>. Neste particular, os Direitos Humanos e Fundamentais se afiguram como os pressupostos efetivos e necessários a partir dos quais se vai aferir a real validade do Poder Político e de seu ordenamento jurídico, tendo-se condições de valorar, objetivamente, as políticas públicas e ações estatais (legislativas e jurisdicionais também e principalmente) em face de tais elementos, eis que, em regra, este Poder Político, hoje, encontra-se profundamente deslegitimado<sup>50</sup>.

Com esta perspectiva, Ferrajoli sustenta que a legalidade positiva ou formal do Estado Constitucional e Democrático de Direito mudou de natureza em face da Idade Moderna: já não é só condicionante, mas também é ela própria condicionada por vínculos jurídicos não só formais, como também substanciais<sup>51</sup>. Significa dizer: o direito contemporâneo não programa, somente, as suas formas de produção através de normas procedimentais sobre a formação das leis e dos outros atos normativos; programa, ainda, os seus conteúdos substanciais, vinculando-os, normativamente, aos princípios e aos valores inscritos nas constituições, em especial nos seus Princípios Gerais, pelos Direitos Humanos e Fundamentais contemplados, mediante **técnicas de garantia** que é obrigação e responsabilidade da cultura jurídica elaborar (FERRAJOLI, 1997b).

De tal sorte, sustentamos que os Direitos Humanos e Fundamentais são deveres positivos impostos ao Estado, ao mesmo tempo que direitos de liberdade e correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele em razão dos interesses públicos reais- equívulendo a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e das ações praticadas, além de exprimirem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado de Direito.

Uma tal dimensão substancial do Estado de Direito traduz-se numa dimensão substancial da própria democracia, e os direitos fundamentais, de fato, formam a base da moderna igualdade, que é precisamente uma igualdade em direitos<sup>52</sup>, na medida em que exibem duas características

<sup>49</sup> *Possiamo grosso modo associare questi due significati di stato di diritto alla due nozioni che elaborate del principio di legalità: alla legalità in senso lato, o validità formale, che richiede soltanto che di ogni potere siano legalmente predeterminati i soggetti titolari e le forme di esercizio; e alla legalità in senso stretto, o validità sostanziale, che esige altresì che ne siano legalmente preordinate e circoscritte, mediante obblighi e divieti, le materie di competenza e i criteri de decisione* (FERRAJOLI, 1997a, p. 897).

<sup>50</sup> Neste sentido, Ferrajoli faz uma análise extremamente crítica da atual crise do Estado contemporâneo, denunciando três aspectos dela: (1) Crise de Legalidade, identificando-a como a crise do valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, que se exprime na ausência ou na ineficácia dos controles, e portanto na variada e espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder. Tal crise, revela uma crise constitucional, evidenciada pela progressiva erosão do valor das regras do jogo institucional e do conjunto dos limites e dos vínculos por elas impostos ao exercício do poder público. De outro lado, há uma (2) Crise de Inadequação Estrutural das formas de Estado de Direito às funções do Welfare State, agravada pela acentuação do seu caráter seletivo e desigual, em consequência da crise do Estado Social. A deteriorização da forma da lei, a incerteza gerada pela incoerência e pela inflação normativa e, sobretudo, a falta de elaboração de um sistema de garantias dos direitos sociais, comparável, pela capacidade de regulação e de controle, ao sistema das garantias tradicionais disponíveis para a propriedade e a liberdade, representa de fato, não só um fator de ineficácia dos direitos, mas também o terreno mais fecundo para a corrupção e para o arbítrio. Por fim, há uma evidente (3) Crise do Estado Social manifestada pelo deslocamento dos lugares de soberania, com a alteração do sistema de fontes jurídicas, o que gera um enfraquecimento do constitucionalismo. O processo de globalização econômica deslocou para fora das fronteiras dos estados nacionais as sedes das decisões tradicionalmente reservadas à sua soberania, tanto em matéria militar, de política monetária e de políticas sociais. Com estas novas fontes de produção jurídica - como as do Direito Europeu Comunitário (diretivas, regulamentos), e depois do Tratado de Maastricht, decisões em matéria econômica e até militar são subtraídas do controle parlamentar e, simultaneamente, a vínculos constitucionais, quer nacionais quer supranacionais.

Para o autor, esta tríplice crise do Direito corre o risco de gerar uma crise da democracia, pois elas se apresentam, em última análise, como uma crise do princípio da legalidade, sobre o qual se fundam quer a soberania popular, quer o paradigma do Estado de Direito, permitindo a reprodução no âmbito dos próprios ordenamentos jurídicos de formas neo-absolutistas de poder público, isentas de limites e de controles e governadas por interesses fortes e ocultos (FERRAJOLI, 1997b, p. 91).

<sup>51</sup> *Garantismo anche é un secondo significato, designando una teoria giuridica della validità e dell'effettività come categorie distinte non solo tra loro ma anche dall'esistenza o vigore delle norme* (FERRAJOLI, 1997a, p. 892).

<sup>52</sup> Importa registrar, aqui, o que o garantismo e nós entendemos por igualdade. Assim como estávamos falando de liberdade formal e material, democracia formal e material, acreditamos que podemos falar de uma igualdade formal, que pressupõe que os homens sejam considerados como iguais precisamente prescindindo do fato de que são distintos; e de uma igualdade substancial, que parte do pressuposto de que os homens devam ser considerados tão iguais quanto seja possível e que, por conseguinte, não devemos prescindir do fato de que são social e economicamente desiguais. Chamam-se diferenças, neste particular, as diversidades do primeiro tipo, e

estruturais que os diferenciam de todos os outros direitos, a começar pela propriedade: em primeiro lugar, a sua universalidade, pois respeitam a todos e em igual medida, contrariamente aos direitos patrimoniais; em segundo lugar, a sua indisponibilidade e inalienabilidade, quer ativa ou passiva, que os subtrai ao mercado à decisão política.

Os direitos fundamentais, precisamente porque igualmente garantidos a todos e subtraídos à disponibilidade do mercado e da política, formam a esfera do *indecidível que* e do *indecidível que não*; e operam como fatores não só de legitimação, mas também, e sobretudo, de deslegitimação das decisões ou das não-decisões. (FERRAJOLI, 1997b, p. 98).

Ou as decisões e práticas dos poderes instituídos contemplam as promessas constitucionais realizadas por este século XX, tanto no âmbito dos Direitos Humanos, Fundamentais e Sociais, até agora esquecidas, ou a crise de legitimidade, de identidade popular e de eficiência destas instituições, vão levar ao ocaso o pequeno saldo de segurança e ordem ainda mantidos à custa da força e coação política e jurídica, com muito mais rapidez e violência do que pensamos, haja vista o processo gradativo de internacionalização dos interesses hegemônicos nos países centrais e periféricos da atual economia de mercado - localizados e móveis.

Entretanto, por incrível que pareça, o Estado contemporâneo e suas instituições, fundamentalmente no Brasil, encontram-se vencidos por um mundo pautado por uma nova revolução científico-tecnológica e pela globalização econômica, revelando-se, em regra geral, como quer Tarso Genro (1997), objetivamente paralisantes: paralisam o movimento de defesa dos de baixo, ou seja, da cidadania que precisa de um Estado forte e ágil para proteger-se dos superpoderes reais do capital monopolista que avança a sua regulação em todas as direções; e paralisam também - contraditoriamente - outro movimento, o que avança dos de cima (ou seja, deste mesmo grande capital), que diz precisar menos instituições públicas e menos direitos públicos, para impor, crescentemente, seus regramentos privados, travestidos de públicos.

Desta sorte, enquanto as transformações que se operaram na técnica, na ciência e na própria economia mundial, construíram um mundo cujas bases materiais se voltam contra os valores da modernidade, vão-se tornando cada vez mais inútuas às tradicionais instituições do Estado, cada vez mais distantes da cotidianidade do homem comum e de suas demandas mais básicas.

As velhas fontes de regulação, que antes eram identificadas com o Estado, alienam-se, de forma radical da vida prática, e passam a ser pautadas, não mais pela produção da legalidade através de instituições visíveis, mas pela mão invisível do mercado, subordinada, diretamente, ao capital financeiro volatizado.

Numa Sociedade como a brasileira, dividida em grupos tão diferenciados e composta de incluídos e excluídos do modelo de desenvolvimento que se apresenta, começa abalar a tão decantada segurança jurídica ocidental, e os padrões de convívio civilizado, tornam-se cada vez mais artificiais, escondendo conflitos extremos. Tal fato, faz com que a velha segurança da troca capitalista seja sucedida por um conjunto de registros, sinais e fatores que traduzem relações de poder cada vez mais abstratas e incompreensíveis para o cidadão comum, tudo, por óbvio, vindo de encontro aos interesses populares, aos Direitos Humanos e Fundamentais.

---

desigualdades as do segundo. Em todos os casos, a igualdade jurídica, tanto formal como substancial, pode ser definida como igualdade nos Direitos Humanos e Fundamentais, entendidos enquanto técnica mediante as quais a igualdade é assegurada ou perseguida tanto pela Sociedade Civil como pelo Estado Democrático de Direito.

Diante de tal quadro, o garantismo oferece algumas perspectivas de caminhos, passando, necessariamente, pela revisão do modelo de Estado Constitucional Clássico, indo além, para visualizá-lo por uma perspectiva de implementador e garantidor dos valores e princípios insertos nas Cartas Políticas contemporâneas, o que outorga ao próprio Direito uma função também social e transformadora.

*Dicho de otro modo, hay exigencias de justicia general, existe un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal. Las normas de justicia de las Constituciones actuales establecen así una distinción, que puede convertirse en contraposición, entre intereses individuales e intereses generales cualitativamente distintos de la pura y simple suma de los individuales. (ZAGREBELSKY, 1999, p. 94).<sup>53</sup>*

Por todos estes motivos ainda se mantém, e mais do que nunca, a necessidade de que os Poderes Públicos intervenham na disciplina das relações sociais para combater, por um lado, as prevaricações do poder econômico e promover, por outro lado, a mais igual distribuição dos bens da vida, impedindo que a desigualdade de fato destrua a desigualdade jurídica, prática comum das Sociedades contemporâneas regidas pelas regras desregradadas do capital.

Que poderes devem se responsabilizar por esta missão e em que grau de intensidade? Esta matéria vamos abordar em momento ulterior, mas desde já revela-se insustentável radicalizarmos posição sobre um dos Poderes estatais a ponto de afastar outros - até porque a própria noção de poder instituído é objeto de revisão da teoria política contemporânea<sup>54</sup>.

Para tanto, é preciso, por exemplo, que se desfundamentalize alguns direitos considerados fundamentais pela doutrina liberal, como o direito de propriedade e as liberdades de comércio e indústria, outorgando à liberdade de iniciativa privada um significado mais restrito, tornando-a menos uma liberdade empresarial e mais ampla num sentido de concepção e proposta no campo das atividades produtivas, suscetíveis de realizar-se, através de canais e instrumentos, não, necessariamente, correspondentes aos esquemas de uma economia capitalista.

Sustentamos, desde aqui, que, entre outras medidas, as liberdades econômicas do Estado e Sociedade burguesa terão de sofrer restrições porque comportam, em si, o gérmen da injustiça social, historicamente, comprovado em nosso tempo.

Assim, idéia de Estado de Direito, como o próprio tema da Democracia, passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos espaços ideológicos e novos instrumentos políticos de participação ( por exemplo, as chamadas organizações populares de base), que ex-

<sup>53</sup> , Tarso Genro, em artigo publicado na Folha de São Paulo, caderno MAIS, do dia 09/06/96, p. 03, intitulado *O novo espaço público*, sustenta que *O direito do Estado moderno não contém instituições públicas capazes de abranger este novo universo social, nem no plano interno, nem no âmbito do direito internacional; de uma parte porque a resposta meramente jurídica é insuficiente para reformar o Estado; de outra, porque as reformas propostas sob o ângulo liberal, ou neoliberal, visam a despontualização dos novos e velhos sujeitos, cujos interesses são contraditórios com a ordem neoliberal, e suas exigências só podem ser contempladas por um novo modo de vida, um novo tipo de Estado, e uma nova organização social apta a socializar.*

<sup>54</sup> Alguns tratadistas da matéria têm insistido que, (1) como estratégia democrática, só o Executivo, enquanto poder macroregulador da ordem social, sujeito à indução da Sociedade civil, pode afirmar a autonomia desta, submetendo-se a ela para ter força constitutiva de políticas de caráter democrático-popular, e, em face disto, tem as melhores condições e maiores obrigações de levar à cabo as mudanças sociais necessárias ao atendimento das demandas coletivas majoritárias (GENRO, 1997b, p. 05); (2) ou que, *inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito* (STRECK, 1999, p. 38).

pandem, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea, representativa da intervenção consciente de novos sujeitos sociais neste processo. Como lembra Warat (1994, p. 18): “No existe nada de antemano establecido como sentido del Estado de derecho, la enunciación de sus sentidos sera permanentemente inventada para permitir una gobernabilidad no disociada de las condiciones democraticas de existencia.”

De outro lado, podemos afirmar que o Estado de Direito contemporâneo, principalmente no Brasil, não se restringe, pois, à condição de assegurador das regras vigentes no mercado das relações sociais, econômicas e políticas, garantindo, tão-somente, a manutenção das estruturas de poder existentes (VANOSSI, 1992)<sup>55</sup>; afigura-se como um Estado garantidor, isto sim, de políticas públicas concretizadoras dos princípios constitucionais que animam o texto diretivo do governo, seja no âmbito legislativo, executivo ou judicial.

A história dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil, em particular no que tange aos seus aspectos jurídicos e políticos, registra bem o grau de modernidade atrasada e civilidade violada em que nos encontramos. Para que possamos visualizar como se encontra esta situação, entendemos ser da maior importância analisar que instrumentos internacionais e nacionais existem a disposição do Estado para enfrentar esta problemática e como efetivamente o tem feito.

## REFERÊNCIAS

ABENDROTH, Wolfgang. El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político. In: *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

AGESTA, Luis Sanches. *Las Antitesis del Desarrollo, Constitución, Desarrollo y Planificación*. Madrid: Técnos, 1986.

AGESTA, Luis Sanches. *Las Antitesis del Desarrollo, Constitución, Desarrollo y Planificación*. Madrid: Técnos, 1986.

ANDERSON, Perry. *Balanço do Neoliberalismo*. In *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado Democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A reconstrução do conceito liberal de cidadania: da cidadania moldada pela democracia à cidadania moldando a democracia. In *“O poder das metáforas”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ARCHIBUGI, Daniele. *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*. Milano: Feltrinelli, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BATIFFOL, Henri. *Filosofia del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1982.

BOBBIO, Norberto. *Estado Governo e Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

<sup>55</sup> Vanossi sustenta que o conceito de Estado de Direito não é puramente jurídico, mas tem *status* jurídico-político, constituindo-se como uma figura institucional, cuja dimensão e utilidade já não se resumem ao terreno da semântica ou da teoria jurídica, mas transcendem o âmbito dos sistemas político-constitucionais, para erigir-se à condição de elemento nuclear da distinção contemporânea entre autocracia, oligarquia e democracia.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 1990a.
- BOBBIO, Norberto. *O conceito de Sociedade civil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Origen y fundamentos del poder político*. Buenos Aires: Grijalbo, 1995a.
- BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia: una difesa delle regole del gioco*. Milano: Einaudi, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Società e Stato nella filosofia politica moderna*. Milano: Saggiatore, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1995b.
- BOBBIO, Norberto. *L'età dei Diritti*. Milano: Giuffrè, 1990b.
- BOBBIO, Norberto. *O conceito de Sociedade civil*. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- CADEMARTORI, Sérgio. Apontamentos iniciais acerca do garantismo. *Revista do Direito*, v. 12. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Trotta, 1997.
- CASTRO, Juan Cascajo. *Consideraciones sobre el Estado de Derecho*. Barcelona: Icaria, 1997.
- CHAUÍ, Marilena. *Cultura e Democracia*. São Paulo: Cortez, 1989.
- CRETELLA JR., José. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1988.
- CROZIER, Michel. *La société bloquée*. Paris: Éditions du Seuil, 1996.
- CROZIER, Michel. *Le Phénomène Bureaucratique*. Paris: Éditions du Seuil, 1997.
- DIAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democratica*. Madrid: Cuadernos para el diálogo, 1975.
- DICEY, Carl. *Introduction to the study of the law constitution*. London: MacMillan, 1981.
- DONZELOT, Jacques. *L'iventio du social. Essais sur le déclin des passions politiques*. Paris: Éditions du Seuil, 1997.
- ENGELS, Fridrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.
- FARIAS, Edilsom. *Direitos Fundamentais e políticas neoliberais*. In: Revista da Faculdade de Direito, v. 30. Curitiba: UFPE, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Editori Laterza, 1997a.

- FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. In O Novo em Direito e Política. Org. por José Alcebíades de Oliveira Jr., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997b.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Forense: Rio de Janeiro, 1968.
- FORSTHOFF, Ernst. *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- GALBRAITH, John Kenneth. *O Novo Estado Industrial*. São Paulo: Abril Cultural, 1987.
- GENRO, Tarso. Reflexão preliminar sobre a influência do neoliberalismo no direito. In Revista Síntese, v. 100. São Paulo: Síntese, 1997a.
- GENRO, Tarso. Uma Estratégia Socialista. Folha de São Paulo. Caderno Mais, p. 05, 20 de abril de 1997b.
- GOMEZ, José Maria. *Surpresas de uma crítica: a propósito de juristas repensando as relações entre o direito e o Estado*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.
- GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel. A Política e o Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.
- HABERMAS, Jurgen. *Justicia y Solidaridad. Ética Comunicativa y Democracia*. Barcelona: Crítica, 1991.
- HEGEL. *Principes de la Philosophie du Droit*. Paris: Galimard, 1989.
- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. trad. de Gerhart Niemeyer. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- HOBBSAWM, Eric J. *O Mundo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- HURTADO, Juan Guillermo Ruiz. *El Estado, el Derecho y el Estado de Derecho*. Colombia: Javeriana, 1996.
- IRIBARNE, Manuel Fraga. *La crisis del Estado*. Madrid : Aguilar, 1995.
- KLEIN, Friedrich. *Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat. Zeitschrift fur gesamte Staatswissenschaft*. Tübingen: Ban 3 Heft, 1970.
- LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.
- MELOSSI, Dario. *El Estado del Control Social*. Madrid: Siglo Veinteuno, 1992.

- MENGER, Christian-Friedrich. *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1983.
- MENGER, Christian-Friedrich. *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1983.
- MORAIS, Denis de. *As linhas do imaginário*. São Paulo: Nova Fronteira, 1995.
- MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.
- NETO, Pedro Vidal. *Estado de Direito*. São Paulo: Ltr, 1979.
- OLLERO, Carlos. *El nuevo derecho constitucional*. Barcelona: Bosch, 1979.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Estudantil, 1988.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Estado e Subdesenvolvimento Industrializado*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Introdução à Organização Burocrática*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- PICÓ, Josep. *Teorías sobre el Estado del Bienestar*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1997.
- PLATÃO. *A República*. Paraná: Universidade Federal do Paraná, 1984.
- PLATÃO. *Górgias*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1984.
- PLATÃO. *As Leis*. Paraná: Universidade Federal do Paraná, 1975.
- PLATÃO. *Protágoras*. Paraná: Universidade Federal do Paraná, 1984.
- POGGI, Gianfranco. *A evolução do Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- PORTANTIERO, Juan Carlos. A democratização do Estado. *Filosofia Política*, n. 4, UNICAMP/UFRGS, Porto Alegre: LPM, 1987.
- RICHARD, Lionel. *La vie quotidienne au temps de la Republique de Weimar (1919-1933)*. Paris: Éditions Hachette, 1993.
- ROMMEN, Julien. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste, 1989.
- RÖPKE, Wilhelm, em seu artigo *El Estado asistencial bajo el fuego de la crítica*. Salamanca: Graciano, 1984.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contract Social*. Paris: Gallimard, 1979.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Abril Cultural, 1988.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.
- SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1986.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ULHÔA, Joel Pimentel de. *Rousseau e a utopia da soberania popular*. Goiânia: UFG, 1997.

USEROS, Enrique Martínez. *Derecho, Política e Intervencionismo Administrativo*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1985.

VANOSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Universitaria, 1992.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Lucha por el Estado de Derecho*. 1975 Editora Colégio de España

VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. Vol.I, Madrid: Tecnos, 1982.

VERDÚ, Pablo Lucas. *El problema del Estado de Derecho*. Zaragoza: Real Colegio de España, 1985.

WARAT, Luis Alberto. *Fobia al estado de derecho*. Anais do Curso de Pós-graduação em Direito: Universidade do Alto Uruguai e Missões. 1994.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Tronta, 1999.

## CAPÍTULO II

*Constituição E Hermenêutica: demarcações  
teórico-aproximativas aos Direitos Humanos e  
Fundamentais*



## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Os desafios de interpretação das normas jurídicas em geral e das normas constitucionais em especial, sempre estiveram presentes nas investigações sobre Teoria do Direito ou Ciência do Direito no Ocidente.

O que pretendo neste texto é tão somente problematizar algumas fontes teóricas destas Teorias no âmbito dos Direitos Fundamentais e suas possibilidades eficaciais.

## 2 ALGUMAS MATRIZES REFLEXIVAS SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS POSSIBILIDADES EFICACIAIS

Como alerta Larenz (1997), interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático. Isto é, o texto da norma se torna problemático para quem o aplica, atendendo à aplicabilidade da norma, precisamente, a uma situação de fato dessa espécie.

Na verdade, interpretar um texto significa explicar porque essas palavras podem fazer várias coisas - e não outras - através do modo pelo qual são interpretadas, considerando-se, principalmente, que estas palavras trazidas pelo autor do texto/fala, constituem um conjunto um tanto embaraçoso de evidências materiais que o intérprete não pode deixar passar em silêncio. (ECO, 1993; 1979; 1986).

Em termos históricos, apenas a título de registro, a interpretação em sua fase moderna remonta essencialmente à percepção mais aguda do problema, do significado textual introduzido pela hermenêutica bíblica associada a Schleiermacher no começo do século XIX, bem como à posição central da interpretação para o entendimento de todas as criações do espírito humano, tomada como base de um programa de pleno alcance da Geisteswissenschaft de Dilthey, já no final do século (DURAND, 1989).

O intento de Schleiermacher, num mundo em que se conheciam formas de interpretação específicas, próprias de disciplinas dedicadas à decifração de textos legais, literários ou religiosos, era o de sistematizar uma hermenêutica geral enquanto arte de compreender, visando servir de base às mais diversas e múltiplas teorias e metodologias específicas das diferentes disciplinas dedicadas à interpretação de textos.

Sobre ele, assim se manifesta Ricoeur: “*O programa hermenêutico de um Schleiermacher traz a dupla marca romântica e crítica: romântica, pelo seu apelo a uma relação viva com o processo de criação; crítica, pela sua vontade de elaborar regras da compreensão universalmente válidas.*” (RICOEUR, 1990, p. 87).

Assim, de Schleiermacher até Gadamer (1998), a interpretação de um texto/realidade se coloca, respeitadas as divergências significativas entre os teóricos sobre a matéria, como algo eminentemente histórico e conjuntural, instituída pela linguagem, ela própria efeito de múltiplas dimensões do político e do social. Neste sentido,

*La significación no es algo que se le confiera al objeto, sino más bien aquello que la realidad ofrece al aportar la posibilidad ontológica de las palabras y del lenguaje. La comprensión, embebida así en el mundo, no se presenta como una interpretación originariamente neutra e imparcial sobre un objeto evidente por sí mismo. La hermenéutica, como posibilidad ontológica de comprensión, está enraizada primariamente no en la subjetividad, sino*

*en la facticidad del mundo, del cual emergen los objetos por un proceso de ruptura, que quiebra el esquema preconcebido de relaciones y significados y coloca el objeto en una luz nueva* (BARRERA, 1997, p. 51).

De outro lado, quem dá efetividade à interpretação é um ser racional e também histórico, que fala, se comunica dentro da história e de uma história determinada, de uma cultura determinada, de um contexto determinado (STEIN, 1996).<sup>56</sup> Desta forma, o processo de constituição do significado do texto está profundamente marcado pelos elementos discursivos e categoriais erigidos pelo tempo daquela história.

Também por tais argumentos, a fala é um fenômeno aberto, não tendo um início plenamente verificável, eis que o seu sentido está, em função da natureza mutável, sempre em curso. Daí falar-se em sentidos plurais aos textos e às falas. Significa dizer que a linguagem que se utiliza para a fala e a comunicação - até a escrita -, mesmo considerando sua vocação à unicidade, não consegue exaurir o que quer enunciar, porque não tem como não conviver com a ausência de sentido; não tem como não trabalhar com o silêncio (o não dito). A própria linguagem é estrutura e acontecimento, existindo em relação necessária com a história (e com a possibilidade do equívoco) (ORLANDI, 1992).

A esta abertura da linguagem, isto é, não há linguagem em si, soma-se o que temos concebido como a abertura do simbólico. Antes de tudo porque a questão do sentido é uma questão aberta, pois, como afirma P. Henry (1993), é uma questão filosófica que não se pode decidir categoricamente. Por outro lado, não há um sistema de signos só, mas muitos. Porque há muitos modos de significar e a matéria significante tem plasticidade, é plural (ORLANDI, 1998).

Pode-se concluir, a partir daqui, que as interpretações, alterações e modificações que se imprimem aos textos dados, correspondem exatamente a diferentes e polissêmicos gestos hermenêuticos, compromissos com diferentes posições do sujeito-falante-intérprete, com distintas formações discursivas, distintas relações com a exterioridade do texto, todas marcadas por historicidades próprias.

As normativas jurídicas, neste particular, ao menos na tradição ocidental, comumente foram trabalhadas a partir da perspectiva epistemológico-fundacionalista, que defende a possibilidade de rigidez/limpidez destes textos, aptos a *espelharem* a verdade e precisão do dito (BARRERA, 1997). Em outras palavras, significa imaginar que esta norma tem natureza tal, que somente à *interpretação legítima* cabe tentar esclarecer, de algum modo, esta natureza; porém, em face da intrincada estrutura e conteúdo da norma, tão-somente os seus guardiães oficiais alcançam seus segredos (LEAL, 2012).

Ledo engano. A hermenêutica-filosófica contemporânea, de matriz heideggeriana,<sup>57</sup> sustenta que não há outra forma de aproximação com os textos/falas e objetos, senão via linguagem, e permeando esta linguagem com a qual se busca a apreensão dos textos/falas e objetos, há o mundo da cultura e da história.

<sup>56</sup> O professor alerta para o fato de que: [...] *as estruturas lógicas não dão conta de todo nosso modo de ser conhecedores das coisas e dos objetos, e aí somos obrigados a introduzir um elemento que será núcleo dessa análise, o elemento da interpretação. A interpretação é hermenêutica, é compreensão, portanto, o fato de nós não termos simplesmente o acesso aos objetos via significado, mas via significado num mundo histórico determinado, numa cultura determinada, faz com que a estrutura lógica nunca dê conta inteira do conhecimento, de que não podemos dar conta pela análise lógica de todo o processo do conhecimento. Ao lado da forma lógica dos processos cognitivos, precisamos colocar a interpretação.*

<sup>57</sup> Estou falando de Gadamer, por exemplo.

Desta forma, as pretensas estruturas lógicas e herméticas daqueles textos jurídicos não se revelam suficientes para descortinar seus potenciais significados emergentes do processo de comunicação e interação social.<sup>58</sup> Se a nominada ciência jurídica se constitui pressupondo uma certa noção de linguagem e de sujeito de direito e operadores jurídicos, é no movimento e transformação dessas noções, na arena política e social do cotidiano, que se vai encontrar o deslocamento de seus limites e, conseqüentemente, de suas relações.

Estou a dizer, pois, que em meu sentir não há separação estanque entre a linguagem/texto normativo e sua exterioridade constitutiva. Assim, qualquer pretensão totalizadora e totalitária que pretenda cindir estes elementos constitutivos da fala/discurso jurídico, revela-se, necessariamente, como inadequada ao seu tempo e história, eis que representa de forma explícita estar comprometida com um conjunto de interesses sociais (talvez minoritários), voltados para certas concepções de mundo e homem (por certo excludentes e marginalizantes).

O saber jurídico não se restringe a um conjunto de códigos, mas tem de ser concebido como processo de diálogo, de troca entre o ser e o mundo. A idéia de sujeito do conhecimento jurídico deve ser reavaliada a partir de outros lugares do conhecimento mais interativos com este mundo, menos antropocêntricos e mais dialógicos.<sup>59</sup> Significa negar o caráter simplista, disjuntivo e reducionista que a ciência do direito positivo, ao menos no seu nível mais dogmático-positivista, tem insistido implementar nos cenários em que é imposta, visando notabilizar a perspectiva do direito como redutor das complexidades sociais.

Todavia, nas possíveis e diferentes direções significativas que um texto/fala pode tomar, há certa relação de necessidade que ele observa, que lhe rege e que advém, sempre e fundamentalmente, dos vínculos que mantém com a exterioridade em que opera (BARACHO, 1998).

O texto/fala/discurso constitucional, em especial, tem suas particularidades e relações necessárias impostas pela teoria e pela experiência política e filosófica da modernidade, as quais passo a delimitar, em caráter meramente exemplificativo, para fins de demarcar os fundamentos e razões de meu convencimento sobre a importância e especificidade da hermenêutica que pretende utilizar em face dos Direitos Fundamentais.

Quero adotar, ao menos neste primeiro momento, a tópica como fonte inspiradora na eleição dos referenciais teóricos a serem utilizados aqui, tida como técnica do pensamento problemático que surge como reação ao positivismo, cuja metodologia, segundo seus críticos, não haveria de merecer crédito em razão da impossibilidade de abranger toda a realidade do Direito. Esta nova técnica apresenta-se como a forma segundo a qual deveria ser pensada a realidade jurídica, a ser empregada no lugar do modo lógico-dedutivo, em voga no século XIX.

<sup>58</sup> *A interpretação é hermenêutica, é compreensão, portanto, o fato de nós não termos simplesmente o acesso aos objetos via significado, mas via significado num mundo histórico determinado, numa cultura determinada, faz com que a estrutura lógica nunca dê conta inteira do conhecimento, de que não podemos dar conta pela análise lógica de todo o processo do conhecimento. Ao lado da forma lógica dos processos cognitivos precisamos colocar a interpretação.* (STEIN, 1991, p. 19). Mais adiante sustenta o autor que: *Sempre chegamos a algo como algo, isto é, a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que não se expressa senão via linguagem, e este elemento é o como e o logos hermenêutico. Heidegger irá designar esses dois como, um deles o como hermenêutico e o outro o como apofântico. O enquanto hermenêutico ou o como hermenêutico, é o como do mundo, e o outro, o como apofântico é o como do discurso.* Também neste sentido, fazendo uma reflexão mais voltada ao tema da Modernidade, o autor apresenta-nos seu livro: *Epistemologia e crítica da modernidade*.

<sup>59</sup> Importa lembrar que, o que institui o ser do conhecimento como um sujeito que se apropria do mundo pelo pensamento é uma racionalidade patológica, à luz de Morin (1982, p. 277).

Enquanto metodologia e filosofia de enfrentamento do problema de regulação jurídica das relações sociais, a tópica parte de procedimentos empíricos e intuitivos, de um caso particular, e progride em direção aos seus argumentos sustentadores (VIEHWEG, 1979). De outro lado, também importa reconhecer que esta metodologia não afasta o pensamento dedutivo, ou seja, as premissas argumentativas são encontradas por vias indutivas, mas sua aplicação ao caso concreto opera via dedução lógica (FERRA, 1989).

Em Canotilho (1994, p. 225) tem-se a advertência de que: *além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para o problema*. Dentre os vários princípios interpretativos que Canotilho colaciona em sua obra, destaco alguns que tenho como importantes no processo de atribuição de sentido das normas de Direitos Fundamentais, a saber:

a) Princípio da unidade da Constituição:

Sinalizando que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre as suas normas, o que obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar, analisando estas normas não como isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

b) Princípio do efeito integrador:

Na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Este princípio conduz a soluções pluralisticamente integradoras.

c) Princípio da máxima efetividade:

Tal princípio visa evidenciar que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, isto é, no caso de dúvidas entre formas interpretativas, deve-se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia, por exemplo, aos Direitos Fundamentais.

d. Princípio da concordância prática ou da harmonização:

Este princípio impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício de uns em relação aos outros. Traz consigo a idéia de igual valor dos bens constitucionais e não uma diferença de hierarquia, impondo limites de forma a conseguir uma harmonização e concordância prática entre estes bens.

5) Princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição:

Este pode ser visto como um princípio de controle que tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação, tendo por formulação básica o seguinte: no caso de normas

polissêmicas ou plurissignificativas, deve-se dar preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição. Tal formulação, no entanto, comporta, para Canotilho, as seguintes dimensões: (1) prevalência da Constituição: dentre as várias possibilidades de interpretação, deve-se acolher uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) conservação de normas: uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os seus fins, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; (3) exclusão da interpretação conforme a Constituição mas contra legem: o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo se, através desta interpretação, consigna uma concordância entre a norma infra-constitucional e as normas constitucionais.<sup>60</sup>

Considerando-se, pois, que não há a menor possibilidade, pelo que até aqui foi dito de contar com uma interpretação autêntica (CANOTILHO, 2000)<sup>61</sup> da norma constitucional, ela será sempre forjada em meio ao embate político e jurídico das relações sociais que ocorrem no cotidiano dos cidadãos, porém, pautada pelos princípios anteriormente vistos.

Em outro texto Canotilho (1996) tem lembrado que a internacionalização dos mais diversos contextos nos países europeus ou latino-americanos tornam evidentes as transformações da ordem jurídica nacional em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de leis fundamentais regionais.<sup>62</sup> Tal perspectiva bem mostra que a idéia do constitucionalismo internacionalista toma cada dia mais corpo, na direção de uma responsabilidade estatal transnacional que vai se aprimorando, eis que o reconhecimento desta responsabilidade é inadiável em razão das profundas violações que vêm ocorrendo aos Direitos Fundamentais.

De qualquer sorte,

Uma constituição - desde logo pela sua gênese histórica e política - se não pode ser hoje um documento sagrado ou um condensado de políticas, tem de continuar a fornecer as exigências mínimas (constitucional essencial, nas palavras de Rawls), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica intocáveis pelas maiorias parlamentares. Aqui o dito constitucional é uma dimensão básica da legitimidade moral e material, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações. (CANOTILHO, 1996, p. 16).

Se é verdade que a Modernidade não cumpriu com suas promessas emancipatórias à civilização ocidental, cumpre verificar como se pode conviver e solucionar os impasses que se apre-

<sup>60</sup> O autor português, advertindo para o fato de que tal postura não se apresenta totalmente dogmática, adverte que tal situação deve ser compreendida articulando todas as dimensões referidas, ou seja: (a) a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com elas; (b) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a rejeição desta norma por inconstitucionalidade; (c) a interpretação das leis em conformidade com a Constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o seu sentido literal ou sentido objetivo claramente reconhecível da lei ou em manifesta dessintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador (CANOTILHO, 1996). Por óbvio que permanece aqui certa possibilidade de redução desta interpretação ao programa da norma, secundarizando o domínio da norma, principalmente quando se busca a intenção do legislador.

<sup>61</sup> Eis que, *só poderá falar-se em interpretação autêntica quando uma nova lei constitucional, através do processo de revisão constitucionalmente fixado, vier esclarecer o sentido de alguns preceitos contidos no texto constitucional pois uma interpretação autêntica feita pelo legislador ordinário é metodicamente inaceitável.* (CANOTILHO, 2000, p. 233).

<sup>62</sup> Neste sentido, refere o autor que *mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a Magna Carta da identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizacionais e adequar-se, no plano político e normativo, aos esquemas regulativos das novas associações abertas de Estados Nacionais abertos.* (Grifo do autor).

sentam no âmbito das demandas sociais emergentes, todas dizendo respeito à necessidade de concretização dos direitos assegurados pelas Cartas Políticas vigentes.

### 3 ATRIBUIÇÕES DE SENTIDOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

É cediço na história constitucional brasileira o fato de que fora o positivismo um dos principais alicerces teórico-constitutivos dos textos jurídicos que inauguram a República, como forma de superação da tradição monárquica então vigente. Tal tendência ideológica, além de trabalhar com a idéia da necessidade histórica de novos modelos de organização política e governamental, impôs, também, a noção de hegemonia do Poder Executivo como responsável prioritário pelos rumos da gestão dos interesses públicos postos àqueles tempos.<sup>63</sup>

Desde as posições de Rui Barbosa, propugnando um modelo de Estado Liberal-Constitucional, passando pelo realismo político de Alberto Torres e Oliveira Vianna, protestando por um Estado Forte, até chegar ao Integralismo, os primeiros passos de possível Teoria Constitucional no Brasil, pouco se pautou sobre o tema da interpretação da norma constitucional.<sup>64</sup>

O ato de interpretação da Constituição é, sem dúvidas, caracterizado pela sua complexidade temática e operacional, compreendendo uma diversidade extremamente grande de variáveis.

Para Bonavides (2002), a interpretação jurídica, em si, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se a restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro. Em verdade, a interpretação mostra o Direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade.

O emprego de novos métodos da hermenêutica, mesmo a mais tradicional, para o autor, faz possível considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem porém haver a necessidade de substituí-las expressamente ou, sequer, alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional. Assim, mediante o emprego dos instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais, sem que, todavia, se faça mister modificar-lhe o respectivo teor. De sorte que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social.

Explica Bonavides que as normas constitucionais são dotadas de plasticidade, o que lhes é inerente, motivo pelo qual não se pode admitir que se dê a elas interpretação mecânica e silogística.

Este tipo de interpretação levaria o intérprete a deixar escapar de sua análise o que é mais precioso e essencial na norma: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito e que o faz dinâmico e não estático. O erro do jurista é querer desmembrar a norma constitucional de seu manancial político e ideológico e do sentido dinâmico e renovador que sempre haverá de acompanhar este tipo de norma. (BONAVIDES, 2002, p. 420).<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Tendo como paradigma, por óbvio, o modelo presidencialista norte-americano então vigente. Em razão disto, pode-se visualizar neste período resquícios de certo liberalismo - presente deste os tempos de José Bonifácio - a impulsionar o modelo de constitucionalismo centrado num arcabouço constitucional liberal. Nota-se, assim, o porquê da influência da Carta Política norte-americana na Constituição brasileira de 1891. Sobre o assunto, a obra de DANTAS (1981).

<sup>64</sup> Estes aspectos mais históricos e políticos do constitucionalismo brasileiro podem ser encontrados em trabalhos como os de: Lacerda (1912); Souza (1893); Varella (1962); Saldanha (1983).

<sup>65</sup> Conclui Bonavides que a interpretação constitucional deverá sempre se mover no plano da dicotomia, isto é, baseando-se de um lado no plano jurídico e de outro no plano político, trazendo desta forma o perfeito equilíbrio entre estes dois pratos na balança constitucional.

De tal sorte, o fator político revela-se como importantíssimo na interpretação da norma constitucional, notadamente as que tratam de Direitos Fundamentais, eis que é através dele que os órgãos constitucionais devem ajustar-se ao interesse público que se exprime no sentimento da coletividade.

Outro expressivo teórico do direito no Brasil, Eros Roberto Grau, tem se preocupado com este tema da interpretação jurídica.<sup>66</sup>

Para o autor, a Constituição é um dinamismo, pois é do presente, é da vida real que se toma as forças que conferem vida ao Direito e à Constituição. Percendo a sua força normativa quando ela já não corresponde à natureza singular do presente, a atualidade dessa força dependerá da sua interpretação, tal como venha sendo produzida em cada momento (GRAU, 1996).<sup>67</sup>

Nesta perspectiva, a interpretação do direito se apresenta como processo intelectualivo através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos atos normativos, alça-se a determinação do seu conteúdo normativo: caminha-se dos **significantes** - os enunciados-, para os **significados**.

Eros sustenta que o texto normativo, visando a solução de conflitos (isto é, uma decisão normativamente fundada para problemas práticos, e não a contemplação estética), reclama intérprete que compreenda e reproduza, não para que um segundo intérprete possa compreender, mas a fim de que determinado conflito seja decidido. Assim, o intérprete desvencilha a norma de seu invólucro (o texto); o intérprete produz a norma.

Isto não significa que o intérprete, literalmente, crie a norma, mas simplesmente expresse o que já existe, potencialmente, no invólucro do texto, no invólucro do enunciado. A preservação da força normativa da Constituição será provida na medida em que, ao interpretar o Texto Constitucional, o intérprete integre sua atuação ao processo dinâmico de produção normativa e constitucional.

De outro lado, há que se levar em conta a natureza eminentemente política da norma constitucional:

O que peculiariza a interpretação das normas da Constituição, de modo mais marcado, é o fato de ser ela o estatuto jurídico do político, o que prontamente nos remete à ponderação de valores políticos. Como, no entanto, esses valores penetram o nível do jurídico, na Constituição, quando contemplados em princípios - seja em princípios positivos do Direito, seja em princípios gerais de direito, ainda não positivados -, desde logo se antevê a necessidade de o tomarmos, tais princípios, como conformadores da interpretação das regras constitucionais. (GRAU, 1991, p. 173).

Com base nestes princípios, a interpretação da norma se revela como prudência, isto é, busca deliberar corretamente sobre o que é bom e conveniente para os homens em geral (GRAU, 1998). Por certo que estes conceitos de bom e de conveniente têm como centro de fundamentação

<sup>66</sup> Em especial em três trabalhos mais sistemáticos: 1988; 1991; 1998.

<sup>67</sup> Neste artigo, sustenta o autor que a interpretação do direito tem um caráter alográfico. Faz referência aqui ao fato de que nas artes alográficas, como música e teatro, a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete; enquanto isto, nas artes nominadas de autográficas - pintura e romance- o autor contribui sozinho para a realização da obra. O texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A sua completude - do texto- somente é realizada quando o sentido por ele expresso é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o sentido expressado pelo texto já é algo novo, distinto do texto: é a norma.

as prerrogativas e direitos garantidos pela história à civilização ocidental, notadamente os Direitos Fundamentais, estendendo-se para outros cenários jurídicos e políticos.

Sobre estes Direitos Fundamentais, o autor tem se inconformado com a forma reacionária com que grande parte de juristas brasileiros os têm tratado, a saber, como normas de natureza meramente programática e, pois, sem eficácia social maior, o que revela o descompromisso político e institucional no âmbito de sua efetivação e proteção.

As consequências da adoção do pensamento da doutrina acima apontada - e ressalvo aqui, enfaticamente, que não estou a cometer injustiça de alinhar José Afonso da Silva entre os seus adeptos - são desastrosas. Como já referi em outra oportunidade, findam por, nos versos de Fernando Pessoa, transformar a Constituição em papel “pintado com tinta” e estudá-la em “uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma”. A verdade é que, na atribuição de caráter meramente programático a determinadas disposições constitucionais, o que se pretende é transformá-las em estereótipos ou meros termos de efeito. (GRAU, 1988, p. 124).

Por derradeiro, Grau sustenta que a Constituição se apresenta como um todo e como norma jurídica vinculante. Assim, todos os direitos nela previstos, têm aplicação imediata, alcançando, de forma obrigatória, tanto o Executivo como o Judiciário e o Legislativo (GRAU, 1988).

E vai nesta direção igualmente parte importante da filosofia do Direito, com Habermas (1994), por exemplo, em que há uma crença generalizada frente à qual as garantias oferecidas pelos Direitos Fundamentais constituem o fundamento reconhecido do caráter constitucional do Estado, isto é, de uma ordem de que deve reclamar-se para serem legítimos a dominação, o poder e a força. Desta forma, qualquer enfoque acerca de uma ordem constitucional legítima não pode dissociar-se da temática destes direitos.

A própria história do processo de constitucionalização dos Direitos Humanos transformados em Direitos Fundamentais demonstra que aquelas exigências sociais que em cada momento histórico são arvoradas à dignidade de direitos a serem protegidos; aquelas esferas concretas da vida particularmente importantes ou ameaçadas, com as quais a consciência ética de cada povo preenche o seu conceito de dignidade humana, correspondem aos interesses dos homens ou dos grupos humanos, tais como eles brotam de determinado ambiente sócio-econômico.

A partir desta perspectiva, a liberdade e a igualdade, por exemplo, não se apresentam mais à maneira liberal, numa relação de tensão indissolúvel. Ao invés disto, tem de ser vistas em relação de complementaridade, considerando, com Rousseau (1989), que a liberdade plena só é possível após a conquista da igualdade. Por certo, não uma igualdade romântica e absoluta, que desconsidere as diferenças e diversidades entre os homens, mas que diga respeito com a maximização das condições objetivas e subjetivas de desenvolvimento das potencialidades humanas, tendo como sujeitos todos os cidadãos e não uma parcela deles.

Daí porque é necessário complementar os aspectos formais e procedimentais da democracia com uma consideração substantiva da mesma, isto é, como forma de vida e, enquanto tal, superadora de interesses não generalizáveis (PIETRO SANCHIS, 1995). Aliás, cumpre salientar que a implementação e a concretização dos Direitos Humanos e Fundamentais exigem uma democracia material e cotidiana, pois apenas nesta os requisitos da dignidade humana poderão ser verdadeiramente preenchidos, já que, em tese, só então os indivíduos estarão subtraídos, não apenas ao arbítrio do poder político, mas também às coações derivadas do poder econômico e social.

Pode-se garantir, ainda, que a democracia material reclama e pressupõe, por sua vez, aqueles direitos, visto que estes são instrumentos de realização daquela, a *conditio sine qua non* do Estado Democrático de Direito, pois não podem deixar de ser pensados sem que se repense a forma de Estado, ou que esta se transforme radicalmente<sup>68</sup>.

De outro lado, a partir desta ótica, há grande necessidade de se desfundamentalizar alguns direitos considerados fundamentais pela doutrina liberal, como o direito de propriedade e as liberdades de comércio e indústria, sempre que estiverem em confronto ou violando Direitos Humanos ou Fundamentais protegidos pela ordem jurídica hodierna - em alguns casos envolvendo Direitos Fundamentais Sociais<sup>69</sup>. Isto significa dar à liberdade de iniciativa privada um significado mais restrito, tornando-a menos uma liberdade empresarial e mais ampla num sentido de concepção e proposta no campo das atividades produtivas, suscetíveis de realizar-se através de canais e instrumentos não necessariamente correspondentes aos esquemas de uma economia capitalista desenfreada - está a se falar da função social da Empresa, tão decantada pelo chamado Novo Código Civil brasileiro<sup>70</sup>.

A posição de Elias Díaz é esclarecedora sobre o tema, quando afirma que, o que há de característico do Estado Social de Direito é, sem dúvida, o propósito de compatibilizar dois elementos num mesmo sistema: um, o capitalismo como forma de produção, e o outro, a consecução de um bem-estar social geral. A crença na possibilidade de semelhante compatibilidade constitui, precisamente, o elemento psicológico, e ao mesmo tempo, ideológico que serve de base ao neocapitalismo típico do Welfare State (DÍAZ, 1990).

Tais posicionamentos se refletem também na cultura jurídica no Brasil - ao menos em parte dela -, levando ao entendimento de que há Direitos Humanos e Fundamentais normatizados que são exequíveis e outros não-exequíveis, pois carentes de regulação aditiva ou mesmo de políticas públicas previamente dispostas. Dentre os primeiros, estariam os denominados direitos de liberdade e garantias civis e, dentre os segundos, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Ocorre que não se pode vislumbrar os direitos de liberdades e garantias civis como vinculados a comportamentos absenteístas do Estado, pois abrangem direitos positivos a prestações concretas e determinadas, subjetivamente densificadas na linguagem de Canotilho (2003). Tampouco os direitos econômicos, sociais e culturais podem ser tomados, em sua maioria, como não *self-executing*, eis que em todos há a responsabilidade do Estado à sua mediação e efetivação. Significa dizer que tal efetivação não se reduz a um mero apelo ao legislador, mas se apresenta como verdadeira imposição constitucional, legitimadora de transformações econômicas e sociais necessárias a tal desiderato. Como diz Perez (1995, p. 243): “[...] O que não podemos admitir é

<sup>68</sup> É também de Canotilho (2003), a advertência de que deve haver uma dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Até porque o enfrentamento desta problemática nos leva a entender a democracia enquanto uma prática que é transformada pelas mudanças estruturais da modernidade; tanto a democracia como a idéia de cidadania passam a ser consideradas enquanto rupturas com as formas de poder privado incompatíveis com as relações impessoais introduzidas pelo Estado Moderno. Neste sentido, Avritzer (1996).

<sup>69</sup> Veja-se que o art. 170, da Constituição Brasileira de 1988, disciplina que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Da mesma forma, o art. 174, deste Estatuto, dispõe que o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica, determinando políticas de fiscalização, incentivo e planejamento para atividades desta natureza.

<sup>70</sup> Note-se que as liberdades econômicas do Estado Brasileiro atual têm de sofrer restrições em níveis estruturais de funcionamento, porque comportam em si o gérmen da injustiça social. Desta forma, esta redução que a simbiose da dimensão social implica no Estado de Direito, vai acompanhada de uma conseqüente restrição do conceito de democracia e, da mesma forma, da ideia de Estado Democrático de Direito, com todas as implicações que já se debateu. Desta forma, torna-se exigível a democratização da economia e da Sociedade, isto é, torna-se necessário ampliar os métodos de formação democrática da vontade também na economia e na Sociedade. Neste sentido a ótima reflexão de VIOLA (1996, p. 83).

que os direitos fundamentais tornem-se, pela inércia do legislador, ou pela insuficiência momentânea ou crônica dos fundos estatais, substrato de sonho, letra morta, pretensão perenemente irrealizada, ou o que valha.”

Se assim fosse, estar-se-ia dizendo que o princípio do Estado e da Sociedade Democrática de Direito, no plano econômico, social e cultural, seria um paradigma abstrato, sem possibilidade de concretização específica, e, portanto, mantido como promessa de um futuro melhor.

Juristas brasileiros do porte de Grau (1991) têm insistido com a tese de que, se um dos objetivos majoritários da República Brasileira é o da instituição de uma Sociedade livre, justa e solidária (art.3, I), evidencia-se, aqui, a consagração de um princípio constitucional impositivo (DWORKIN, 1984), necessariamente vinculante, que está voltado à transformação da Sociedade, promovida na medida em que se reconheça que tais disposições constitucionais no Brasil são verdadeiras razões de fundamentação e justificação à reivindicação, pela Sociedade, de direito à realização de políticas públicas fornecedoras de prestações positivas à Sociedade.

Da mesma forma dispõe Cappelletti (1993), ao lembrar que, tipicamente, os direitos sociais pedem, para sua execução, a intervenção ativa do Estado, frequentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se, tão-somente, que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser simplesmente atribuídos ao indivíduo, exigindo permanente ação do Poder Público, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais.

Por estes fundamentos é que tenho dito que a efetividade material dos Direitos Humanos e Fundamentais, no Brasil, notadamente os Sociais, precisa contar com a participação ativa e interveniente do Estado contemporâneo, tanto na órbita Executiva como Legislativa, e, principalmente, no âmbito do Judiciário, não se podendo deixar de considerar, por certo, o importante papel da própria Sociedade (LEAL, 2009).

Estes direitos dependem, é claro, em certa medida, da atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo, por terem o caráter de generalidade e mesmo publicidade. Assim, podemos citar o caso da educação pública, da saúde pública, dos serviços de segurança e justiça, do direito a um meio ambiente sadio, lazer, assistência aos desempregados, previdência social (LOPES, 1994).<sup>71</sup> Tais circunstâncias só confirmam, ainda mais, a responsabilidade do Estado em face destas prerrogativas da cidadania.

Todavia, como também visto antes, as transformações sociais, políticas e econômicas que atingem o mundo, alcançam de forma impetuosa, o Brasil, o que acarreta exigências de políticas institucionais voltadas à comunidade, em especial aquelas destinadas à implementação e realização das suas prerrogativas fundamentais. Tal fato implica, necessariamente, como adverte Ferraz Jr. (1996), uma desneutralização do judiciário e dos operadores do direito, já que o Estado-Juiz é chamado para exercer uma função, tipicamente, socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade, exclusivamente, retrospectiva que ela impõe, e, ao contrário, obriga-se com uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais pode se eximir em nome do princípio da legalidade.

---

<sup>71</sup> Poderia se agregar, aqui, também a responsabilidade pelo combate à miséria, aos fatores de marginalização, atribuída tanto à União Federal, como aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos da Carta Política de 1988.

A responsabilidade deste Estado-Juiz que está a exigir o novo texto constitucional brasileiro, principalmente em face de seus princípios constitutivos, pode contribuir, diretamente, para o êxito ou fracasso das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, tanto quanto o Legislativo como o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social. Vale dizer, no atual Estado Constitucional Brasileiro, o juiz deixa de ser um funcionário estatal, submetido às hierarquias e ânimos da administração, para tornar-se uma expressão originária do Poder Estatal (SOUZA, 1991).

A função do Judiciário e dos operadores do direito, portanto, é decisiva no que tange à concretização dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil, devendo acirrar, inevitavelmente, os impasses por que passa o Estado Nacional apontados neste trabalho, ao mesmo tempo em que vai impulsionando as reformas estruturais necessárias para se fazer frente às demandas sociais e populares cada vez mais crescentes.

Esta função toma relevo maior quando se sabe que, a despeito da inserção daqueles direitos na Carta Política vigente, o seu catálogo está redigido de forma breve e sintética, sendo seus preceitos, freqüentemente, formulados em termos de valor: liberdade, dignidade, igualdade e democracia. Mesmo quando prescrevem regras de procedimento, fazem-no, empregando conceitos vagos de valor como as do *devido processo legal*.

Como assevera Cappelletti (1986), os tribunais investidos que estão da árdua tarefa de atuar na constituição, são constantemente desafiados pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores, o que lhes demanda profundo senso de criatividade, ou, como fazem alguns, considerar como não vinculante, justamente, o núcleo central das constituições modernas (exatamente o que trata da proteção e efetivação dos Direitos Humanos e garantias fundamentais), permitindo com isso a manutenção de um *status quo* e dos privilégios de poucos em detrimento de muitos.

Em razão de sua cultura normativista já anteriormente referida, envolvendo a explícita opção pelo apego aos ritos e procedimentos formais, diversos operadores jurídicos brasileiros, inclusive os que detêm o poder de controle dos comportamentos jurisdicionais no país, resistem às interpretações que visem implementar e, mesmo, dar guarida àqueles direitos - em especial aos Direitos Sociais-, considerando que a adoção de tal comportamento evidenciaria uma grave, e talvez irreparável, distorção de suas funções (classicamente estabelecidas como mantenedoras da ordem e da paz social), além de comprometer os institutos sagrados da separação dos poderes, da certeza jurídica e segurança do processo (FARIA, 1989).<sup>72</sup>

Ter consciência das diversas dificuldades que implicam a efetivação Direitos Humanos e Fundamentais é um grande primeiro passo para que os operadores jurídicos consigam superar as barreiras políticas, culturais e jurídicas que se põem historicamente em sua (de)formação profissional, para que consigam depreender, da significação e finalidades destes direitos, a inteligência de que a garantia de suas vigências não podem limitar-se à possibilidade do exercício de pretensões

<sup>72</sup> O autor adverte que, enquanto as cúpulas do Judiciário desprezam o problema clássico da justiça do direito e da prestação jurisdicional, convertendo os tribunais em meras instâncias burocráticas de revisão de processos, ao mesmo tempo conseguem implementar uma administração superior do Judiciário que visa conter o papel criador e criativo de seus integrantes, em todas as instâncias, evidenciando verdadeira técnica de controle hermenêutico. O autor lembra que *obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juizes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou de considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional*.

por parte da cidadania, mas que é fundamental que seja assumida, também e primordialmente, pelo Estado, de forma ativa e interveniente.

Para agir desta forma e com tal compromisso, estes operadores jurídicos necessitam de um instrumental técnico-político-filosófico que, em momento anterior, nomeiei de hermenêutica crítica, consistente no abandono da abstração normativa tão decantada pelos métodos exegéticos que até há pouco tempo dominavam no Brasil de forma hegemônica, dando lugar a progressivas fórmulas de leitura e aplicação do ordenamento jurídico, como a teoria da argumentação, deixando de concentrar sua atenção nas respostas, mas sim, nas indagações que deram origem aos problemas que dependem de decisões políticas e jurídicas urgentes.

Ao mesmo tempo impõe-se pensar sobre os limites de atuação concretizante dos protagonistas estatais contemporâneos em face destes Direitos Fundamentais, principalmente os Sociais.

#### 4 QUAL O LIMITE DE ATUAÇÃO CONCRETIZANTE DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Há uma grande discussão que toma corpo no Brasil nos dias atuais e que diz com o chamado ativismo judicial, aqui entendido como a tendência do Poder Judiciário fazer às vezes do Poder Legislativo e do Poder Executivo em situações especiais, até em face da ausência irresponsável destas instituições em segmentos e temas de sua competência constitucional originária.

O curioso é que, na década de 1990, conforme aponta pesquisa científica por amostragem realizada pela Profa. Sadek, envolvendo 570 juizes das justiças estadual e federal nos estados de São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul, Goiás e Pernambuco, que teve como foco a opinião desses juizes sobre a chamada “crise do Judiciário”, restou evidenciado que 73,7% dos magistrados entrevistados “concorda inteiramente” ou “concorda muito” com a opinião de que *O juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais*, todavia, apenas 37,7% se posicionaram da mesma forma sobre a opinião de que *O compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei*. Isto mostra, mesmo que por amostragem, certo comportamento tradicional de não intervencionismo por parte do Estado-Juiz em questões de natureza política complexa, o que se altera radicalmente a partir do final da década de 1990 (SADEK, 1995).<sup>73</sup>

Assim, outra pesquisa desenvolvida em período sucessivo, alcançando magistrados de todas as regiões do país, envolvendo as Justiças militar, federal, trabalhista e estadual, em número de 3.927 entrevistados, respondendo questões atinentes ao tema da neutralidade dos juizes no país, evidenciou que 83% dos magistrados concordaram com a assertiva de que *o Poder Judiciário não é neutro, e que em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-las dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social* (VIANNA, 1997).<sup>74</sup>

Quando se atenta para alguns dados que dão conta dos níveis de influência das decisões judiciais nas relações econômicas e sociais, por exemplo, vê-se como se revela importante o diálogo destes campos de conhecimentos.

<sup>73</sup> . Na mesma direção ver os trabalhos de Vianna et al. (1997) e Vianna (1999).

<sup>74</sup> Nesta mesma pesquisa, 62% dos magistrados identificaram-se com a perspectiva de que *o magistrado participa da consolidação democrática na medida em que age como fiel intérprete da lei, produzindo sentenças com independência das pressões sociais*. Já 26% dos entrevistados disseram que se identificavam mais fortemente com a proposição de que *a magistratura que, por definição, não está comprometida com a representação de interesses, deve exercer um papel ativo no sentido de reduzir as desigualdades entre regiões, indivíduos e grupos sociais*.

Em pesquisa veiculada pela revista *Análise Justiça*, verificou-se, no período entre 1998 a 2006, dentre outras coisas que: (a) do total de decisões envolvendo tributos, o Supremo Tribunal Federal - STF adotou posição que aumentou impostos em 60% das vezes, enquanto que no Superior Tribunal de Justiça - STJ as decisões reduziram impostos em cerca de 70% dos casos; (b) já nos litígios travados contra o fisco, o STJ ficou ao lado do cidadão em 82% dos casos; (c) em situações nas quais o Governo tinha algum interesse para defender na lide, o STF apoiou a tese do Governo em cerca de 62% dos casos,<sup>75</sup> enquanto que no STJ as teses governamentais vingaram somente em 32% dos casos; (d) no caso envolvendo direitos e garantias individuais, em cerca de 68% dos casos eles foram ampliados pelo STF<sup>76</sup>, enquanto que este percentual subiu para 78% dos casos decididos pelo STJ (ETCO, 2006).

Estar-se-ia diante daquilo que Bork chama de substituição do Estado de Direito pelo Estado dos Juízes, haja vista que, em face da natureza, alcance e impacto político e econômico das decisões judiciais, estariam elas pautando políticas públicas e gestão de interesses coletivos que competiriam aos demais poderes instituídos? (BORK, 2006).

Este é um questionamento que tem de estar sempre presente neste debate, até porque temas de alta relevância nacional hoje dependem de decisão judicial para serem gestados pela sociedade como um todo, envolvendo desde o questionamento sobre a legalidade das restrições impostas à propaganda de produtos que contenham tabaco - caso específico da Lei Lei n. 9.294/1996, que versa sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º, do art. 220, da Constituição Federal; passando pelo tema da responsabilidade pessoal dos sócios das empresas que são inadimplentes em face das contribuições sociais; pelo monopólio ou não dos serviços postais pela União, via Empresa de Correios e Telégrafos; pelo questionamento de ser ou não devido o Imposto de Produtos Industrializados sobre matérias-primas compradas com alíquota zero ou não tributadas (pois tendo de ressarcir a União as empresas atingidas, isto implicará mais de vinte bilhões de reais).

Por outro lado, pode-se perceber certa tendência no abrandamento de penas por parte do Supremo Tribunal Federal, na medida em que entendeu ser possível a progressão de regime no âmbito dos crimes hediondos, e por certo isto vai continuar até em razão da falência do sistema prisional no país.<sup>77</sup>

Aliás, sobre este fato da precariedade do sistema carcerário brasileiro, cumpre registrar que o tema já se encontra no âmbito do Judiciário, no sentido de se discutir sobre a possibilidade

<sup>75</sup> Como no caso da reposição das perdas provocadas pelos Planos Econômicos nas contas do FGTS, reconhecendo como devidas somente as dos Planos Verão e Collor I, o que reduziu significativamente a indenização devida pelo Governo. Na mesma linha de conduta pode-se citar o fato de que o STF extinguiu os processos que contestavam a Medida Provisória do Apagão Aéreo e a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima.

<sup>76</sup> Aqui entra a discussão sobre a possibilidade de progressão de regime para condenados por crimes hediondos, bem como o reconhecimento de que participantes de uniões homossexuais sejam reconhecidos como parceiros para receber benefícios previdenciários. Ambas as decisões causam impactos no sistema carcerário e previdenciário.

<sup>77</sup> Nesta mesma linha, o STF concedeu a progressão de pena para regime semiaberto a condenado por dois crimes de atentado violento ao pudor. Preso há 9 anos, I. A. cumpria pena de 15 anos em regime fechado. A decisão foi unânime. No entendimento da 2ª Turma como o preso cumpre pena desde o ano 2000, "faz jus ao benefício previsto na lei então vigente". Decisão semelhante havia sido tomada pela Vara de Execução Penal de Presidente Prudente (SP) para conceder a progressão da pena para o regime semiaberto. O juiz se baseou na Lei das Execuções Penais anterior à Lei n. 11.464/07, que tornou mais rígidas as regras de cumprimento de pena para autores de crimes hediondos. A norma anterior admitia a progressão de regime, uma vez cumprido um sexto da pena, enquanto a nova lei aumentou esse período para dois quintos e, para reincidentes, para três quintos. O caso chegou ao Supremo porque o Ministério Público recorreu ao Tribunal de Justiça do estado de São Paulo alegando que I.A. não havia cumprido no regime fechado os três quintos da pena previstos pela Lei 11.464 para reincidentes. A 11ª Câmara de Direito Criminal do TJ-SP decidiu então cassar a decisão de primeiro grau. A defesa também teve o pedido negado pelo Superior Tribunal de Justiça e então entrou com pedido de Habeas Corpus no Supremo, de n. 100.328, que foi deferido.

do Estado Juiz poder ou não determinar que o Executivo faça obras em presídios, isto em face do Supremo Tribunal Federal ter considerado a questão como passível de aferição em nível de Repercussão Geral.<sup>78</sup>

A polêmica surgiu em Recurso Extraordinário interposto contra decisão que entendeu não caber ao Judiciário determinar que o poder Executivo faça obras em estabelecimento prisional. De acordo com o entendimento, essa determinação seria feita sob pena de ingerência indevida em seara reservada à administração. O caso concreto, neste recurso, é a necessidade de reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana, no Estado do Rio Grande do Sul.<sup>79</sup>

O caso foi considerado como de Repercussão Geral por unanimidade, já que trata dos direitos fundamentais dos indivíduos custodiados pelo estado. A depender do posicionamento desta Corte, poderá haver, em virtude da realidade do sistema penitenciário brasileiro, uma relevante mudança na situação a que são submetidos milhares de indivíduos sob tutela do estado, ponderou o relator, ministro Ricardo Lewandowski (STF..., 2009).

Já relacionado aos Direitos Humanos, ganha destaque o julgamento do reconhecimento da união civil homoafetiva; de igual sorte a análise da demarcação da reserva indígena Caramuru Paraguaçu, na Bahia, que envolve a etnia Pataxó Hã-hã-hãe.

No Estado do Rio Grande do Sul houve interessante discussão envolvendo a possibilidade do Governo do Estado postergar a data do pagamento dos vencimentos e proventos de algumas categorias de servidores em alguns dias em face da calamidade orçamentária vivida pelo poder público, tratando-se de verdadeiro Direito Fundamental Social/Coletivo. Este embate foi parar no Supremo Tribunal Federal no âmbito do SS 3154-6/RS, requerida pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul para suspender a liminar que determinava que o governo pagasse os salários dos Delegados de Polícia do Estado até o último dia útil do mês como está previsto na Lei Complementar Estadual 10.098/94.

Ao analisar o pedido de liminar em Suspensão de Segurança, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes reconheceu que o Supremo Tribunal Federal já declarou constitucional a Lei Complementar Estadual n. 10.098/94, que fixa a data limite para pagamentos dos salários dos servidores públicos. No entanto, observou que é preciso interpretar a lei de acordo com a realidade vez que é notório que a administração pública estadual não dispõe, neste momento, de recursos financeiros suficientes párea o cumprimento de todas as suas obrigações. Portanto, para ele, a situação excepcional, aplicada apenas para o mês de março, justificaria o descumprimento da lei por não vislumbrar afronta às garantias constitucionais em referência ou ao princípio da moralidade pública. Ressaltou que o governo gaúcho não está se recusando a pagar a remuneração integral dos servidores, apenas prorrogando parte desse pagamento até o dia 10 de abril por absoluta impossibilidade financeira.

Sustentou o Relator, em síntese, que em tais situações o chamado imperativo teórico da não contradição não deve obstaculizar a atividade própria da jurisprudência de realizar positivamente, mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias e/ou compensatórias, a

<sup>78</sup> A repercussão geral é aplicada a recursos que ultrapassam os interesses das partes envolvidas, demonstrando relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Todas as matérias com Repercussão Geral reconhecidas são analisadas pelo Plenário da Corte.

<sup>79</sup> Isto nos autos do Recurso Extraordinário de n. 592581.

concordância prática das diversidades e até mesmo de situações que, embora teoricamente contraditórias, são desejáveis na prática.

O problema, sempre, será o de criarem-se critérios controláveis dos limites desta realização jurisprudencial, para que não usurpe competências institucionais constitucionalmente legítimas, ganhando fôlego aqui a advertência de Habermas no sentido de que certos conteúdos teleológicos entram no direito; porém, o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos (HABERMAS, 2000, p. 318).<sup>80</sup> Assim se a legislação gaúcha determina data certa para o pagamento de parcelas alimentares aos seus servidores, o descumprimento disto não estaria violando toda a expectativa de direito pessoal e interpessoal (família, credores, compromissos financeiros já alinhados) destes? Quais os argumentos de sopesamento destas escolhas jurisprudenciais? Elas não deveriam levar em conta o plexo de interesses envolvidos como um todo, para, por exemplo, não deliberar autoritativamente de forma tão genérica a favor do Governo?

De igual sorte o caso Estado de São Paulo x Fernando Sarney é emblemático, em que, pela via judicial, pretendeu este impedir a veiculação de informações a seu respeito, no Jornal Estado de São Paulo, provenientes de investigação realizada pela Polícia Federal, que resultou inclusive na quebra de seu sigilo telefônico envolvendo problemas que, em tese, configurariam comportamentos ilícitos - violando, pois, o Direito Fundamental Social à Informação.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal determinou à empresa jornalística que se abstinhasse de utilizar - de qualquer forma, direta ou indiretamente -, ou publicar dados relativos aquele, eis que obtidos em sede de investigação criminal sob sigilo judicial, impondo multa de R\$ 150 mil para cada caso de desrespeito à decisão. Tal decisão gerou uma Reclamação por parte da empresa jornalística junto ao Supremo Tribunal Federal - de n. 9428, da relatoria do Ministro Cezar Peluso -, sustentando, em síntese, que ao revigorar e ratificar a inibição jornalística, impedindo o jornal de divulgar as informações e os elementos que recebeu e que, no exercício do direito-dever jornalístico de comunicar, pretendia e continua querendo repassar a seus leitores, operou-se verdadeiro desrespeito à decisão tomada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº130, relatada pelo ministro Carlos Ayres Britto, que revogou a Lei de Imprensa, pois não recepcionada pela Constituição de 1988.<sup>81</sup>

O que se discute, então, é qual o limite da liberdade de imprensa no país? Pode o judiciário estabelecer parâmetros para isto, ou deve circunscrever sua intervenção neste campo tão somente para apreciar casos de violação ou não de direitos no particular, sem entabular diretrizes de tratamento da matéria (usando, pois, da já referida modéstia judicial agressiva (*aggressive judicial modesty*))?

Na base operativa destas discussões encontra-se o que Habermas chama de conceitos-chave do direito constitucional, dentre os quais destaca: o princípio da proporcionalidade, a reserva do possível, a limitação de direitos fundamentais imediatamente válidos, através dos

<sup>80</sup> Em outras palavras, está dizendo o autor que a transformação conceitual de direitos e valores fundamentais significa um mascaramento teleológico de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem papéis diferentes na lógica da argumentação.

<sup>81</sup> Para a defesa do jornal, trata-se de um flagrante caso de "censura judicial", comparável àquela perpetrada durante os tempos de autoritarismo militar e do Ato Institucional nº 5, que impactou os direitos e garantias fundamentais da cidadania brasileira.

direitos fundamentais de terceiros, a proteção dos direitos fundamentais através de organização e procedimentos, etc. (HABERMAS, 2000, p. 308). Todavia, adverte o autor que estes conceitos-chave nascidos da própria prática da decisão judicial, afiguram-se como princípios procedimentais, nos quais as operações de interpretação construtiva do caso singular se refletem tendo como referência a totalidade de uma ordem jurídica reconstruída racionalmente, totalidade esta que, por sua vez, almeja o universo geral de interesses, garantias e prerrogativas (individuais e sociais), não podendo atender uns em detrimento absoluto de outros.

É fundamental que se tenha a consciência de que esta situação de aparente tensão entre legitimidade jurisdicional, legislativa e executiva não se apresenta como patológica ou passível de ser extirpada ou evitada, eis que, mais do que tendência cíclica contemporânea, é fato inexorável atinente à complexidade das relações sociais hodiernas, cujo equilíbrio - permanentemente ameaçado por contingências e circunstâncias incontroláveis - precisa a todo tempo ser equalizado, principalmente quando está em jogo Direitos Fundamentais.<sup>82</sup>

## REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados*. In Revista do Direito. v. 09/10, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

BARRERA, Juan Trebolle. *La hermeneutica contemporanea*. Madrid: Maceiras, 1997.

BORK, Robert. H. *Coercing virtue: the worldwide rule of judges*. Washington: AEI Press, 2006.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, vol.15, abril/junho de 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà*. Milano: Giuffrè, 1986.

DANTAS, Ivo. *Pensamento Constitucional Brasileiro*. Recife: UFPe, 1981.

DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democratica*. Madrid: Cadernos para el Dialogo, 1990.

DURAND, Gilbert. *Science de l'homme et tradition*. Paris: Berg, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

ECO, Umberto. *Interpretação e história*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

---

<sup>82</sup> É assim que pensa Habermas ao dizer: *Enquanto Denninger constata uma tendência, apoiando-se em decisões singulares do tribunal, a qual poderia revelar a passagem perigosa do poder legal de feição liberal para um "poder na base de uma legitimidade sancionada judicialmente", Böckenförde vê nisso um dilema inevitável. Böckenförde está convencido de que os princípios do Estado de Direito podem ser combinados com uma compreensão liberal dos direitos fundamentais. Caso contrário, a separação funcional da justiça em relação à legislação e, com isso, a substância democrática do Estado de direito, não pode ser mantida.*

- ECO, Umberto. *The Role of the Reader*. Bloomington: Indiana University Press, 1979.
- ECO, Umberto. *Opera Aperta*. Milano: Valentino Bompiani, 1986.
- ETCO. *Análise Justiça*. São Paulo: Análise Editorial, 2006.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
- FERRA JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1989.
- FERRA JR. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 9. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *Interpretação Constitucional*. In *Revista Trimestral de Direito Público*, vol.14. São Paulo: Malheiros, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría y Praxis*. Madrid: Tecnos, 1994.
- LACERDA, Paulo. *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*. 2 volumes, Rio de Janeiro: Livraria Azevedo, 1912.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEAL, Rogério Gesta. *A Decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais*. Chapecó: Ed. Unoesc, 2012.
- STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. Ijuí: Unijuí, 1991.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito*. In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. Organizado por José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MORIN, Edgar. *Science avec conscience*. Paris: Fayard, 1982.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio*. Campinas: Unicamp, 1992.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. *Interpretação: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

PEREZ, Marcos Augusto. *O Papel do Poder Judiciário na efetividade dos Direitos Fundamentais*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. v. 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIETRO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1995.

RICOEUR, Paul. *Do texto à acção*. Lisboa: Rés, 1990.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: Universidade Nacional de Brasília, 1989.

SADEK, Maria Tereza. A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: Resultados da Pesquisa Quantitativa. In SADEK, Maria Tereza (Org.). *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. São Paulo: Sumaré, 1995.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

SOUZA, José Soriano de. *Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional*. Recife: Casa Editora Empreza d'a Província, 1893.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

STF... *Consultor Jurídico*. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-28/stf-justica-decidir-executivo-faca-obras-presidios>>. Acesso em: 28 out. 2009

VARELLA, Alfredo. *Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Garnier, 1962.

VIANNA, Luis Werneck et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. São Paulo: Revan, 1999.

VIANNA, Luis Werneck et al. *O Perfil do Magistrado Brasileiro. Projeto Diagnóstico da Justiça*. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1997.

VIANNA, Luis Werneck, CARVALHO, M. A.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. *Corpo e Alma da Magistratura*. São Paulo: Revan, 1997.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

VIOLA, Francesco. *Diritti dell'Uomo e Etica Contemporanea*. Torino: Giapichelli, 1996.

## CAPITULO III

*Bases filosóficas e políticas da relação  
entre direitos humanos e fundamentais e o  
judiciário brasileiro*



## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O tema dos Direitos Humanos e Fundamentais têm sido debatidos de forma significativa por diversas e variadas categorias sociais no Brasil. Numa época de agressões constantes a tais direitos, tanto materiais como virtuais (por exemplo, o caos financeiro e monetário que a especulação do dinheiro internacional, de forma absolutamente volátil, tem proporcionado a países e nações), o tema que se impõe no presente trabalho é traçar um preliminar perfil da relação que o Poder Judiciário - como um dos guardiães deste plexo de garantias - vem mantendo com a suas efetivações, levando em conta os aspectos formativos dos operadores do direito em geral e dos magistrados em especial.

## 2 ASPECTOS ESTRUTURANTES DA FORMAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL E A CONFORMAÇÃO DA MAGISTRATURA NACIONAL

Ao pontuarmos a história da cultura jusfilosófica brasileira, verificamos que ela é marcada por uma tradição teórica dominada, fundamentalmente, pelo idealismo jusnaturalista e pelo positivismo, isto porque, desde o império brasileiro, em especial na Assembléia Constituinte de 1823 e na instalação da Assembléia Geral Legislativa de 1826, quando da discussão sobre a necessidade de se criar universidades no Brasil, o tema dos cursos jurídicos já era polêmico, principalmente quanto aos aspectos de sua conformação e características (VENÂNCIO FILHO, 1991).<sup>83</sup>

A disciplina básica do primeiro ano destes cursos chamava-se Direito Natural, e o objetivo formativo delas cingia-se à proposta de fornecer aos estudantes um conjunto de princípios que se supunham universais e imutáveis, constituindo-se em uma verdadeira filosofia do direito (BENVILÁCQUA, 1970).

Na ótica de Machado Neto (1970), as primeiras lições aos estudantes de direito no Brasil eram adeptas do racionalismo iluminista e liberal vigente na época, com a preocupação básica de encontrar um princípio de razão que pudesse dar legitimidade aos mandamentos da norma positivada. Na base desta filosofia de trabalho e ensino, há a crença de que, mesmo reconhecendo que os atributos racionais não são iguais em todas as pessoas, há em todos uma intuição que lhes permitiria captar a universalidade e a imutabilidade do direito natural.

Estas concepções jusnaturalistas, para o império, surgiram como uma certa forma de contestação à forma de governo vigente, já preparando os movimentos de resistência ao poder do Rei. Conforme Mendes (1992), no âmbito do Direito Público, havia defensores das liberdades de culto, opinião, reunião e associação, inclusive manifestando um esboço de teorias sobre o direito de resistência civil a ordens jurídicas que colidissem com os direitos naturais professados em larga escala.

De outro lado, praticamente até meados do século XIX a doutrina católica reinou no Brasil como referencial de estudos filosóficos e políticos-jurídicos, assim como o monarquismo, o latifúndio e o escravismo, instituições modelares de um período histórico conturbado pelas mudanças desencadeadas pela Revolução Industrial européia e organização política dos operários. Neste meio, temas como a Guerra do Paraguai, o autoritarismo policial e a acanhada e servil estrutura

<sup>83</sup> No sentido de que o Brasil colonial não chega a se constituir numa instituição coesa e uniforme, eis que, além do domínio político interno do grande proprietário da terra, da prevalência de uma economia de monocultura e do sistema econômico baseado na mão de obra escrava (índios e negros), o país se encontrava tutelado e influenciado pela idéias culturais de Portugal.

da magistratura existente, dando vezo a um processo de renovação de pensamento no campo político, econômico e jurídico.

Desta forma é que, a partir de 1840, na Bahia, e em 1850, na escola militar do Rio de Janeiro, podemos constatar a influência de um novo pensamento científico aflorar no território nacional, principalmente nas áreas das ciências naturais: o positivismo, de matriz Comtiana. (BARROS, 1978).

Por outro lado, com Tobias Barreto surge a Escola de Recife, cujas contribuições assinalaram, na década de 1870, um marco decisivo na história do Direito brasileiro. Se os primeiros cinquenta anos do Império transcorreram sob a invocação dos modelos da Escola da Exegese e dos Pandectistas, continuou, todavia, sendo muito forte a vinculação ao velho Direito português, com desmedido apego à praxe, aliado a superados estilos escolásticos (SALDANHA, 1985).

Por toda a Escola do Recife esteve presente o interesse pelos estudos históricos e sociais, e os juristas da escola trouxeram esse interesse para os temas jurídicos. Desta forma, superou-se em parte o formalismo que predominou entre os juristas anteriores, embora alguns dentre estes - como Teixeira de Freitas-, tenham tido sólida formação geral.

A par das divergências históricas, o marco do positivismo na história do direito no Brasil pode ser dividida, no período de formação da cultura nacional (1889-1940), em duas fases. A primeira é marcada pela Escola do Recife, na qual sobressaiu a figura de Clóvis Benviláqua. Desenvolve-se, de maneira distinta, o pensamento de Pedro Lessa, que aplica com rigor os princípios da Lógica de Stuart Mill, chegando a uma distinção entre Ciência do Direito, de base indutiva, e a Dogmática Jurídica, de base dedutiva. Já na segunda fase, prevalece a obra imponente de um dos mais vigorosos teóricos do direito, Pontes de Miranda<sup>84</sup>, constituindo talvez a mais ousada expressão de empirismo jurídico integral, a ponto de sustentar a identidade das leis físicas e humanas como condição da unidade da ciência.

A partir de 1940, verificou-se uma alteração substancial no plano das idéias jurídicas, com um certo superamento da Escola Positiva, sem, no entanto, se volver ao Direito Natural de inspiração tomista. Tentava-se esboçar uma atitude crítica perante as novas correntes doutrinárias, como as da Jurisprudência do Interesse, as de Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Gény, Erlich, Giorgio del Vecchio (MOSCA, 1987). Cumpre observar, entretanto, que o culturalismo de Barreto<sup>85</sup> continua em voga, porém, com um cunho mais coerentemente crítico e historicista, desenvolvendo-se em diversas direções, sob a inspiração da fenomenologia de Husserl, Max Scheler e Hartmann, da filosofia existencial, e das mais recentes expressões do marxismo e do estruturalismo.

A modernidade do positivismo jurídico nacional se constrói, assim, no contexto progressivo de uma ideologização representada e promovida pelos dois maiores pólos de ensino e saber jurídico: a Escola de Recife e a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (São Paulo). Produto das concepções mais avançadas da Europa, o apelo cientificista do positivismo surgia como um discurso hegemônico e uniforme, identificado com os interesses emergentes da burguesia urbana

<sup>84</sup> Formado no início do século XX (1911), Pontes de Miranda legou à história jurídica e filosófica do Brasil uma contribuição muito grande, assentada no naturalismo e no sociologismo, buscando estabelecer a radical objetividade da ciência do Direito. Passando desde a análise acurada do Direito Privado, por comentários às Constituições nacionais, pela filosofia política, sem dúvidas fora o grande cientista do saber jurídico deste século no Brasil. Ver em especial o texto Miranda (2006).

<sup>85</sup> Para o autor, o Direito é uma criação natural da sociedade, o que não significa exatamente um enquadramento teórico junto ao jusnaturalismo clássico, eis que esta concepção se perfila no âmbito de uma perspectiva sociológica, no sentido de conceber os significados e sentidos do Direito tão-somente junto aos interesses da sociedade organizada, revelando-se como um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. Ver o texto Barreto (1975).

liberal e com as novas aspirações normativas da formação socioeconômica brasileira daquele momento específico (WOLKMER, 1991).

É assim que a formação jurídica no Brasil vai se caracterizar pelo apego extremado à normatização jurídica e suas feições liberal-burguesas ao longo de todo o início do século XX, mesmo tendo alguns tons destoantes quanto à forma de enfrentar o tema da regulação social a partir do sistema jurídico, como é o caso da produção teórica de Miguel Reale, propondo uma integração fática-axiológica-normativa no processo de compreensão do fenômeno jurídico.<sup>86</sup>

Esta situação não se altera muito ao longo deste período, sendo definitivamente atingida com as profundas alterações estruturais do ensino no Brasil a partir do Golpe Militar de 1964, em que, para atender a uma expectativa das classes médias urbanas nacionais, maior centro de apoio dos militares, de aspirarem colocar seus filhos em bancos universitários, e ainda para atender uma demanda cada vez maior dos quadros da Administração Pública nacional, tendentes a serem fiéis à filosofia de gestão militar recém implantada, vai proporcionar à sociedade brasileira uma reforma educacional totalmente deslocada da conjuntura local.

A filosofia da nova escola, gerenciada fundamentalmente pelo Conselho Federal de Educação, baseava-se na extinção dos currículos escolares de disciplinas das ciências humanas e sociais, como sociologia e filosofia, dando primazia a uma formação de natureza eminentemente pragmática e utilitarista, buscando a formação de material humano técnico e gerencial tão caro ao projeto de desenvolvimento econômico do país, eminentemente concentrador de renda e de exclusão social.

A educação a nível universitário converteu-se, então, numa banal e descompromissada atividade de informação genérica/e ou profissionalizante - com os alunos sem saber ao certo o que fazer diante de um conhecimento transmitido de maneira desarticulada e pouco sistemática, sem rigor metodológico, sem reflexão crítica e sem estímulo às investigações originais. (FARIA, 1991, p. 11).

Com tais características, o pensamento jurídico preponderante no âmbito inclusive da formação dos operadores do direito deste período até os dias de hoje - ao menos na sua grande parte -, concebe o direito positivo como uma dimensão autônoma do político e um fundamento do Estado. Neste caminho, o culto à lei e a separação dos poderes se colocam como véus ideológicos que dissimulam e invertem a natureza eminentemente política do direito (GOMEZ, 1984), fazendo com que alguns juristas acreditem na identificação da obediência política com a obediência legal, e mais, fazendo com que a posição do Estado-Juiz no conjunto das relações assimétricas de dominação social, respaldadas pela sua prerrogativa coercitiva, se torne ao mesmo tempo invisível e legítima.

A despeito da possível catalogação que se possa fazer dos movimentos jurídico-intelectuais contemporâneos no Brasil<sup>87</sup>, tarefa não muito fácil e deveras polêmica no cenário acadêmico

<sup>86</sup> A obra Miguel Reale é vasta no cenário jurídico brasileiro, porém, como demonstra Clève (1988), apresenta-se ainda como um saber normativo vinculado fundamentalmente aos aspectos positivados do Direito. Ver o texto Reale (1985, 1991).

<sup>87</sup> Wolkmer (1991) faz uma bem apanhada constatação sobre a produção jurídica crítica no Brasil e sua evolução histórica, elencando como síntese destes movimentos, a partir das décadas de 1970 e 1980, os seguintes marcos referenciais: (1) uma Epistemologia do Pluralismo Sistemático-Funcional, capitaneada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. e por José Eduardo Faria, que passa tanto pelo neopositivismo de Emil Lask como pelo funcionalismo de Niklas Luhmann; (2) uma Epistemologia Histórico-social de perspectiva dialética, demarcada pela produção teórica de Roberto Lyra Filho, Tarso Genro, Luiz Fernando Coelho, etc., identificada como um neomarxismo ou normativismo dialético; (3) uma Epistemologia de perspectiva semiológico-psicanalítica, de Luis Alberto Warat, tratando o direito a partir de múltiplas variantes, notadamente as de cunho semiológico, desmistificando o senso comum teórico dos juristas de plantão como mero instrumento totalitário de indução de comportamentos e condutas sociais.

nacional, mister é que se dê atenção diferenciada aos comportamentos dos juristas formados nas décadas de 1960 e 1970 - período a que estamos nos referindo no particular - , e que tem influenciado a doutrina e jurisprudência aplicada até os dias de hoje, eis que representantes da tutela jurisdicional do Estado.

Neste particular, importa verificar qual tem sido a visão que o próprio Poder Judiciário tem de si, principalmente a partir da edição da Constituição de 1988.

Galeno de Lacerda, em conferência pronunciada no IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em Coimbra, Portugal, em agosto de 1991, na condição ainda de Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apresentando um relato histórico e presente da situação do Poder Judiciário e dos Juízes no país, relatou que a figura do magistrado aqui é cercada de respeito e autoridade, tendo ele liberdade de pronunciar o Direito segundo as circunstâncias do caso. “[...] Nessa tarefa seu papel é sem dúvida criador. Não chega ao extremo de proferir sentenças contra legem. Se o fizesse, os Tribunais Superiores, mais conservadores, certamente reformariam o julgado.” (LACERDA, 1991).

Tal afirmação e preocupação do ilustre magistrado é de toda procedente, eis que a conformação, neste tempo e de uma certa forma até agora, dos comportamentos dos Tribunais Superiores tem sido esta. Veja-se que neste mesmo período, o Ministro José Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal, em conferência proferida no Recife, asseverou que não cabia aos juristas apenas analisar a ordem revelada nas instituições vigentes, para mantê-las, assim como se manifestam, mas visualizados os fatos do convívio, segundo os parâmetros da Justiça, incumbe-lhes porfiar pelas transformações, na medida em que estas se fazem imperativo do justo, seguindo-se, para tanto, as vias formais do próprio Direito (SILVEIRA, 1992).<sup>88</sup>

Assim tem se comportado a jurisprudência dominante dos tribunais: “A nós juízes cabe interpretar e aplicar a lei com aquela sensibilidade que se espera do judiciário, mas não ao ponto de nos substituímos, seja ao Poder Legislativo, que estes sim devem promover sobre a justiça social [...] Isso não é tarefa do Judiciário [...]”<sup>89</sup>. Em outros termos, “o limite da liberdade interpretativa do juiz é a fronteira do Direito. Só argumentos do mundo jurídico podem ser invocados para o exercício da hermenêutica, pena do juiz como árbitro, como não-juiz. Por isso, inviável buscar-se no mundo fático a razão do julgamento contra a lei.”<sup>90</sup>

Diante de tais posicionamentos, a própria magistratura, no Brasil, dá pistas dos delineamentos que tomaram (historicamente) sua formação teórica e oficiosa, a saber, a partir de deontologia branda e inerte, fundamentada em, no mínimo, três postulados informativos da corporação: (1) o dever de neutralidade do juiz, enquanto imparcial aplicador da lei; (2) o dever de produtividade quantitativa, deixando ao largo a qualidade axiológica de suas decisões; (3) o dever de postura/comportamento social adequado à função (PUGGINA, 1993).

<sup>88</sup> Neste texto, assevera o autor que o juiz não está autorizado pela ordem constitucional a desprezar a lei válida e decidir o caso concreto, por critérios pessoais, subjetivos, qual estivesse a criar a norma que lhe pareça mais justa; a só investidura como autoridade judiciária não lhe presta aptidão a decidir apenas com invocação de princípios ideológicos ou de convicções pessoais. P.44.

<sup>89</sup> Parte de um voto publicado na Revista dos Julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul- RJTJRGS, volume 125, p. 350, quando da apreciação de ação de usucapião, apreciando a melhor distribuição da propriedade fundiária. Um dos votos vencedores ainda registra que “existem valores confiados a nós juízes e que devem ser preservados, em especial, aquele da certeza das relações jurídicas. Ao Judiciário, ao menos por enquanto, incumbe dar soluções aos conflitos normalmente individuais e deduzidos por quem esteja legitimado.”

<sup>90</sup> Decisão do Segundo Grupo Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, publicado na revista JULGADOS, v. 64, p. 15.

(1) O dever de neutralidade do juiz vem alicerçado pela tradição normativista imperante na cultura jurídica nacional, exigindo como compromisso destes profissionais a imparcialidade no ato de jurisdição. Tal exigência se funda na premissa de que as normas positivas de origem estatal constituem-se em objeto de uma ciência meramente formal do direito, preocupadas tão-somente com as qualificações normativas dos fatos. Neste particular, a atividade do operador cientista é a de reconhecimento e de aplicação de um sistema conceitual capaz de dar conta de modo rigorosamente lógico da totalidade da experiência normativa já dada.

Assim, o direito é reduzido a um mero sistema de normas que se limita a dar sentido jurídico aos fatos sociais à medida que estes são enquadrados no esquema normativo vigente.

(2) No que tange aos aspectos quantitativos de sua produção jurisdicional, a magistratura brasileira tem se complicado em avaliações apressadas e pouco criteriosas, o que se expressa também no fato de que, até a década de 1970, aos juízes recém-egressos em seus quadros, as recomendações funcionais eram no sentido de que deviam estabelecer uma proporção entre qualidade e quantidade da sua produção oficiosa, buscando jamais comprometer aquela. Como assevera Puggina (1993), já em tempos passados, a qualidade passou a ser acessório da produção jurisdicional, prevalecendo a mentalidade da quantidade, elemento mensurador das condições de projeção funcional na carreira e matéria devidamente aferível em mapas estatísticos de desempenho laboral. “Os novos juízes chegam a vangloriar-se do fato de não pensarem suas sentenças; o processo, assim como chega a julgamento, deve ser devolvido com sentença (qualquer uma, boa ou má) e, se por acaso ela estiver correta, tanto melhor.” (PUGGINA, 1993).

Eis que se compreende como a administração da justiça acaba sendo reduzida, explícita ou implicitamente, a uma mera administração da lei por um poder tido e crente como neutro, imparcial e objetivo, reduzindo-se o intérprete e aplicador da norma a um mero técnico do direito positivo.

Como assevera Faria (1991), a partir daqui não importa ao operador do direito a explicação, a compreensão e a orientação de comportamentos jurídicos, porém a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas; ao agir de modo técnico, isto é, sem referências axiológicas (o que é impossível faticamente), o magistrado se limita a atuar tendo em vista apenas a consecução das garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo liberal-burguês do Estado de Direito.

(3) Quanto ao comportamento do magistrado e do próprio Poder Judiciário, poderíamos enfrentar dois planos de existência distintos, ao menos para os efeitos de nosso trabalho: o conjuntural/social e o plano político/ideológico que isto representa, com suas conseqüências conseqüências conseqüências.

Por um processo de ambientação social e mesmo reprodução imaginária da própria sociedade, a representação do lugar que ocupa o magistrado na comunidade - notadamente ainda nas mais interioranas - é o da autoridade - até em razão da associação direta que se faz com o Poder Estatal-, o que implica o surgimento, por si só, de uma certa diferenciação de integração comunitária (quando ela existe!), sendo visto o magistrado como guardião da ordem e dos bons costumes vigentes nesta localidade, portanto, alguém que é diferente dos cidadãos comuns, pois responsável pela segurança de todos (todos que se encaixam no perfil e no modelo de ordem estabelecida, buscando exatamente a sua não alteração).

Em razão disto e em regra, o lugar a partir do qual o magistrado faz sua leitura da sociedade e estabelece seus padrões de convívio, ordem e bons costumes, é aquele pelo qual transita com seus iguais: clubes de serviços, clubes sociais, associações comerciais, etc. Nestes locais

vamos encontrar exatamente grupos sociais diferenciados econômica e culturalmente, representando, inclusive, um poder político distinto dentro da comuna, no qual, no mínimo tacitamente, vão se construir os arquétipos de condutas e comportamentos sociais desejados e permitidos.<sup>91</sup>

Sob o aspecto político e histórico, este comportamento usual da maior parte da magistratura brasileira (e é preciso que se diga que isto está mudando com o acesso de jovens talentos - que resistem à cooptação ideológica e estrutural do sistema), somado com a adoção de uma hermenêutica positivista que leva a interpretações restritivas e objetivas dos códigos, converte-se em pressuposto fundamental à legitimação de uma concepção específica de ordem e segurança estabelecida. Vai-se constituindo uma concepção passiva do Poder Judiciário, ratificada pela postura formal outorgada/internalizada aos e pelos magistrados, distanciando-os dos fatos sobre os quais fazem incidir restritos juízos de constatação (e não valoração) que excluem quase por completo os diferentes matizes de caráter histórico, ideológico e sociológico que identificam/informam o efetivo processo de prestação da tutela jurisdicional e os próprios conflitos submetidos a ela.

É de se ver, fortalecendo este perfil, como adverte Faria (1991), que o Poder Judiciário ainda conta com um potente controle de racionalidade da prestação jurisdicional, a saber, os tribunais superiores, vigilantes de plantão do imaginário e da (re)produção de seus quadros, cujas funções podem ser exemplificadas como: uniformizar decisões dos tribunais inferiores a partir de um marco axiológico e epistemológico pré-definido; calibrar os critérios hermenêuticos impostos; preservar a disciplina e o profissionalismo de todo o corpo de magistrados; constituir-se numa espécie de escudo simbólico de um sistema jurídico fechado, autônomo, completo e auto-fundamentador.

Soma-se a isto uma peculiaridade toda especial quando se tenta relacionar Jurisdição e Direitos Humanos e Fundamentais, que é exatamente a natureza internacional e cosmopolita que informam estas garantias sociais, perquirindo do magistrado não só sensibilidade acurada mas preparo sistêmico no âmbito dos ordenamentos jurídicos múltiplos que interagem para tal mister. Tratemos um pouco destes aspectos.

### **3 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS INTERNACIONAIS NO ÂMBITO INTERNO DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA: ESPECTRO DE UMA CRISE.**

Quando falamos em Direitos Humanos e Fundamentais, é inexorável que tenhamos em mente a natureza multidisciplinar e internacional que os informam, o que implica algumas dificuldades na compreensão do processo de suas internalizações no sistema jurídico pátrio de cada Estado Nação. Neste ponto, o processo de internalização ou incorporação de normas internacionais ao direito doméstico, ao longo dos anos, dividiu a doutrina jurídica no Ocidente, e a tem dividido até hoje, em, no mínimo, dois grupos muito bem identificados: monistas e dualistas.

Os monistas, na realidade, entendem que as ordens jurídicas interna e externa são partes de um mesmo sistema jurídico. O que os distingue é o fato de haver os que entendem que há o primado do Direito Internacional sobre a norma interna, e os que, ao contrário, entendem haver

<sup>91</sup> Lembra Puggina (1993) que na turma de ingresso à magistratura do ano de 1975, a questão da ambientação do magistrado fora enfrentada da seguinte forma: “fora dito aos recém magistrados que deveriam se resguardar da freqüência a lugares mais populares, posto que estariam sujeitos a contatos com marginais ou com o submundo do crime. Além disso, ficariam expostos a brigas e tumultos populares.”

prevalência, sempre, da norma interna, em contraposição ou antinomia com a norma externa. (DOLINGER, 1994).

Os dualistas, por sua vez, que representam exatamente aqueles sistemas jurídicos como o nosso, adotam a recepção como uma das formas de receber a norma jurídica internacional, sustentando que há dois sistemas jurídicos distintos e independentes: um interno e outro externo. Nesses casos, especificamente, sustentam que a norma internacional, em realidade, quando é recebida pelo ordenamento jurídico interno, perde quase toda a característica de norma internacional. Passa a ser, efetivamente, uma norma interna. Até porque, nos regimes como o nosso, onde há necessidade do recebimento legislativo dessa norma jurídica internacional, antes da sua transformação, ela não tem validade nem eficácia.<sup>92</sup>

De outro lado, pelo que vimos até agora, é fácil perceber que a tutela jurisdicional do Estado brasileiro, em razão de sua estrutura funcional, política e ideológica, somada à tradição de formação dos operadores jurídicos nacionais, tem optado, em nome da imparcialidade/neutralidade, por uma mecânica e inflexível aplicação da norma estatal, desconsiderando as injunções de natureza metajurídica existentes e forjando uma relação entre Sociedade e Estado com sérias restrições do poder político no domínio da ordem jurídica.

São os princípios da lógica formal que informam estas posições, figurando tais normas como abstrações da vida social. O plano de suas aplicações consiste, neste sistema, em estabelecer a relação lógico-substantiva entre os conceitos contidos na norma e os fatos. Na verdade, sob a aparência desse raciocínio, se escondem juízos de política jurídica comprometido com a manutenção de um estado de coisas ou com sua transformação gradual (TARUFFO, 1985).<sup>93</sup>

Entretanto, este pensar do Direito como o irremediavelmente dado, não serve para que viabilizemos os Direitos Humanos e Fundamentais, e tampouco o Estado Democrático de Direito, principalmente no Brasil, em que a Carta Política vigente já estabelece quais as finalidades, objetivos e princípios que devem ser observados para tal desiderato.

Mesmo assim, o Poder Judiciário, com vozes de resistência, tem insistido em se manter implacável na redução da interpretação e aplicação da lei como mero procedimento dedutivo lógico-formal. É fácil a partir daqui entender que

A neutralização do poder Judiciário transforma o sentido da aplicação do direito. Antes encarava-se o direito como uma expectativa ética de padrão de comportamento, predeterminado por valores-fins, donde o juízo como um ato de razão e a jurisdição como uma atividade decorrente da virtude da justiça; agora o direito é visto como um programa funcional, hipotético e condicional (se...então), donde uma certa automaticidade do julgamento, que se libera de complicados controles de finalidades de longo prazo e se reduz a controles diretos, caso a caso. (FERRAZ JUNIOR, 1995. p. 43).

Nessa esteira, grande parte da doutrina constitucionalista brasileira tem se pautado pela concepção de que os Direitos Humanos e Fundamentais se apresentam muito mais como direitos

<sup>92</sup> No sistema brasileiro, há disposição constitucional expressa no sentido de que é da competência exclusiva do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84,VIII); por outro lado, é da Competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre estes tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49,I). Portanto, é imperioso que tais procedimentos se desenvolvam para dar validade interna, mesmo que formal, a estes instrumentos.

<sup>93</sup> Afirma que uma crítica ideológica mostra que a teoria silogística do juízo tende a fazer crer uma determinada imagem de justiça destinada, não tanto a mostrar a face da uma realidade concreta, mas a indicar qual deve ser esta realidade, determinando-a como inevitável e positiva.

subjetivos no sentido negativo, possibilitando ao indivíduo que exija do Estado que ele se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental (SILVA, 2000).

Alegam alguns juristas de plantão que as pretensões a prestações de índole positiva contra o Estado estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para a preservação do status quo, estando submetidas a decisões que se encontram vinculadas a elevados riscos políticos e econômicos: o direito ao trabalho, previsto na Constituição Brasileira de 1988 em seu art.6º, exige previamente uma política estatal adequada de criação de emprego; o direito à educação (art.205), o direito à assistência social (art.203) e à previdência social (art.201) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica Mendes (1984).<sup>94</sup>

Em razão disto, estamos convictos de que a concepção dos Direitos Humanos e Fundamentais enquanto meros direitos de defesa revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que advém do próprio texto constitucional brasileiro, em especial no seu Título Primeiro, pois é evidente, na contemporânea ordem social mundial, principalmente em países com a conformação política e econômica de exclusão social como o Brasil, que não se cuida tão-somente de garantir liberdade e igualdade ao cidadão em relação ao Estado, mas principalmente de desfrutar dessa liberdade e igualdade através do Estado.

Ora, se o Estado em geral, e o Brasileiro em especial, está constitucionalmente obrigado a prover as grandes demandas sociais, dentre as quais aquelas que dizem respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais, cabe indagar urgentemente em que medida as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões e direitos podem e devem ser juridicizadas.

Uma das provas mais contundentes da dificuldade de se outorgar no país um tratamento mais efetivo aos Direitos Humanos é a postura adotada pelo Brasil quanto ao conflito entre tratado e direito interno. Nesta seara, temos algumas situações dignas de registro: (1) a Constituição Brasileira deixa claro que os tratados se encontram sujeitos ao controle de constitucionalidade; (2) a relação entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional, no Brasil, é de garantir aos primeiros apenas tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente (LEAL, 2001).

Significa dizer que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, este, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua relevância garantida pela Justiça - sem embargo das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional (REZEK, 1997).

Ocorre que, como assevera Trindade (1999, p. 437-438), tal postura, além de contraditória frente ao desenrolar da história, é absolutamente indefensável, comprometendo definitivamente a responsabilidade do Estado no plano internacional.

Outra tese comprometedora, que parece continuar a fascinar o Poder Judiciário de tantos países, inclusive na América Latina, busca sustentar a pretensa paridade entre os tratados (quaisquer que sejam as matérias por ele reguladas), e as legislações nacionais ordinárias (infraconstitucionais); e vai mais além, ao admitir, como corolário, que se equiparando uns aos outros, por

---

<sup>94</sup> A despeito disto, importa registrar que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem considerado os direitos fundamentais sociais (salário mínimo e assistência social) como direitos dependentes de lei e, portanto, positivados como normas de eficácia limitada. Aliás, é importante igualmente registrar que a posição até o momento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - que ainda não se posicionou sobre a matéria após a Emenda Constitucional n. 45 -, reconhece a necessidade de incorporação de Tratados Internacionais por Decreto Legislativo e a edição de um Decreto do Executivo para a sua perfectibilização e internalização, seja qual for seu objeto.

ser-lhes dada a mesma hierarquia, podem teoricamente derogar-se ou revogar-se pela simples aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*). Assim, entendem as vozes majoritárias nacionais que, inexistindo na Carta Política brasileira garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, é inevitável que a Justiça deva garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

Em termos de Brasil, a posição majoritária no âmbito do STF sobre esta matéria é no sentido de que, no caso de conflito entre tratados internacionais e leis internas, aplica-se o princípio do *lex posterior derogat priori*, ressalvada a possibilidade de responsabilização do Estado no plano internacional, e isto desde o julgamento do RE n. 80.004, em 1977, a despeito de algumas posições divergentes.<sup>95</sup>

Portanto, o tema da compatibilização necessária entre os Tratados e Convenções Internacionais dos Direitos Humanos e Fundamentais e o direito interno é matéria das mais preocupantes no âmbito da efetivação destes direitos. Tanto é verdade que, quando da abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena, junho de 1993, o então Secretário-Geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali, sugeriu que

*par leur nature, les droits de l'homme abolissent la distinction traditionnelle entre l'ordre interne et l'ordre international. Ils sont créateurs d'une perméabilité juridique nouvelle. Il s'agit donc de ne les considérer, ni sous l'angle de la souveraineté absolue, ni sous celui de l'ingérence politique. Mais, au contraire, il faut comprendre que les droits de l'homme impliquent la collaboration et la condamnation des États et des organisations internationales.* (ONU, 1993).

É preciso que se registre que, desde a Convenção de Viena de 1969, e da mesma forma a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, já dispunham sobre a necessidade de se excetuar de eventual extinção ou suspensão de tratado, as disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário (art. 60, parágrafo 5º). Em seu art. 27, ainda veda que uma Parte invoque disposição de seu direito interno para tentar justificar o inadimplemento de um tratado.

Ao mesmo tempo, é a própria ordem internacional que tem observado o princípio de que, de forma prévia, impõem-se o esgotamento dos recursos de direito interno nos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, o que mais uma vez evidencia o caráter subsidiário dos procedimentos internacionais e a função primordial e de responsabilidade primária dos órgãos internos dos Estados-Partes.

No âmbito do direito interno, as eventuais limitações ou restrições permissíveis ao exercício dos direitos consagrados, ademais de deverem ser interpretadas restritivamente e em favor destes últimos, devem necessariamente, a partir destes postulados, cumprir certos requisitos: ser previstas em lei; ser justificadas pelo Estado; limitar-se a situações em que sejam absolutamente necessárias e ao propósito para o qual foram prescritas; ser aplicadas no interesse geral da coletividade; coadunando-se com as exigências de uma sociedade democrática; respeitar o princípio da

<sup>95</sup> Veja-se que no HC 72.131-RJ, relatado pelo Min. Celso de Mello, a maioria dos votos consagrou a tese da paridade entre tratado e lei ordinária também para os tratados em matéria de Direitos Humanos. No sentido da hierarquia constitucional, é elucidativo o voto do Min. Carlos Velloso, nos autos do HC 82.424-2/RS; já no âmbito da tese que engloba a hierarquia supralegal (mas infraconstitucional), é pontual a manifestação do Min. Sepúlveda Pertence, nos autos do RHC 79.785-RJ.

proporcionalidade; não ser aplicadas de modo arbitrário ou discriminatório; sujeitar-se a controle por órgãos independentes; ser compatíveis com o objeto e propósito dos tratados de direitos humanos (TRINDADE, 1999).

Em Parecer do ano de 1987, sobre Garantias Judiciais em Estados de Emergência, a Corte Internacional de Direitos Humanos, ao recordar o direito a um recurso efetivo consagrado na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 25(1)) para a proteção dos direitos reconhecidos por esta, pela Constituição ou pela Lei, advertiu que não basta que os recursos estejam formalmente previstos pelo direito interno, porquanto requer-se sejam eles, ademais, eficazes. Tal eficácia só pode ser percebida na exata medida de comprometimento que os Estados-Partes possuem com os Tratados e Convenções Internacionais sobre os Direitos Humanos, principalmente evidenciando tal compromisso em suas atividades legislativas, executivas e, particularmente, judiciárias.<sup>96</sup>

Ora, paradoxalmente às posições de política internacional adotadas no país quanto a incorporação pelo direito interno dos mecanismos e instrumentos de proteção dos Direitos Humanos internacionais, a Constituição Brasileira de 1988 explicitou, de uma certa forma, a tendência internacional de dar efetiva primazia a tais normas,<sup>97</sup> ao menos no plano formal de sua estipulação articulada, prevendo em seu art. 4º a prevalência dos direitos humanos nos critérios informativos de seu Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Em especial, as disposições do parágrafo segundo, do art. 5º dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Ao lado disto, temos, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, um novo §3º ao art. 5º, disciplinando que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, o que tem aberto uma nova e complexa área de debate no cenário jurídico do país.<sup>98</sup>

Da mesma forma, o texto constitucional sob comento, em seu art.60, parágrafo quarto, inciso IV, concebendo tais direitos como garantias individuais, garante-lhes a condição de intocáveis (cláusulas pétreas).Tal disposição, ao menos formalmente, se insere na nova tendência das demais constituições modernas em conceder um tratamento especial ou diferenciado, no plano do direito interno, aos direitos e garantias individuais internacionais.

<sup>96</sup> Em seu décimo-terceiro Parecer (de 1993) a Corte Interamericana de Direitos Humanos manteve que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é competente, à luz do que dispõe os arts.41 e 42, da Convenção Americana, para determinar se uma norma de direito interno de um Estado Parte viola ou não as obrigações deste último sob a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas não é competente para determinar se aquela norma contradiz ou não o próprio direito interno deste Estado. Conforme Mosler (1972).

<sup>97</sup> Trindade (1999) nos lembra que vários países outorgaram às normas de proteção dos Direitos Humanos *status* constitucional e efetiva primazia constitucional em seus ordenamentos jurídicos internos. Assim a Guatemala que, no art.46 de sua Constituição de 1985, estabeleceu que os tratados de direitos humanos ratificados pelo país têm preeminência sobre o direito interno, portanto atingindo toda a legislação ordinária; a Constituição da Nicarágua de 1987, em seu art. 46, integra, para fins de proteção, na enumeração constitucional de direitos, os direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos Dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Cívicos e Políticos), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos; na mesma linha de pensamento vai a Constituição do Chile de 1989, em seu art. 5, dispondo que é dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontram vigentes. Assim, os direitos garantidos por aqueles tratados passaram a equiparar-se hierarquicamente aos garantidos pela Constituição chilena reformada; outro exemplo é o da Constituição da Colômbia de 1991, cujo art.93 determina que os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia *prevalecem na ordem interna*, e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados de conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia.

<sup>98</sup> Não temos tempo de fazer esta reflexão aqui, razão pela qual, remetemos à leitura dos seguintes textos: Sarlet (2007); Pereira (2006); Queiroz; Silva (2005).

Ao lado disto, a ideia de que a Constituição de 1988 tenha recepcionado os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhe natureza de preceito constitucional, defendida pela teoria constitucional mais crítica anteriormente referida, também não tem sido muito acolhida pela magistratura e pelo próprio Poder Judiciário nacional, ao menos em termos de decisões majoritárias jurisdicionais.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, em reiteradas decisões históricas<sup>99</sup>, e dividindo opiniões de seus Ministros, tem evidenciado sua posição quanto ao fato de que os tratados internacionais que o país subscreve, mesmo os de direitos humanos, situam-se no mesmo patamar da legislação ordinária, e, em nome do manipulável tema da soberania do Estado em face de seu ordenamento jurídico, tais tratados não se sobrepõem à norma interna.<sup>100</sup>

Salvo melhor juízo, temos que a recepção dos Tratados Internacionais protetivos de Direitos Humanos firmados pelo Brasil, uma vez internalizados na ordem jurídica pátria como mera legislação ordinária, respeitado o princípio nacionalista e corporativo da paridade jurídica entre tais instrumentos, não estendendo a eles o regime e natureza constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais, tem problematizado sobre qual a função do Estado-Juiz no âmbito de efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil, aspecto que passamos a enfrentar.

## 5 A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL COMO ELEMENTO INTEGRADOR DOS DIREITOS HUMANOS E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Muito se tem falado sobre o Estado enquanto instituição jurídica e como fenômeno político e filosófico da era moderna. Na cotidianidade de um possível espaço público em que vivemos e que denominamos de sociedade, subsiste um certo poder visível e invisível capaz de interferir, influenciar, condicionar a realidade material da convivência humana. Tal poder, ao longo da história do Ocidente, vem se estendendo para todas as esferas da vida, geralmente sob a forma de uma organização política determinada.

Esta leitura do Estado Direito, por outro lado, tem contato com reflexões acerca das condições e possibilidades de governos regidos pelos termos da Lei não ser suficiente quando se pretende enfrentar os conteúdos reais da existência de sociedades dominadas pelas contradições econômicas e culturais e de cidadanias esfaceladas em sua consciência política como é o caso do Brasil, bem como os impactos diretos e indiretos decorrentes daí para os Direitos Humanos e Fundamentais.

Em outras palavras, a Democracia Liberal brasileira, desde os seus primórdios, ao designar um único e verdadeiro padrão de organização institucional baseado na liberdade tutelada pela lei, na igualdade formal, na certeza jurídica, no equilíbrio entre os poderes do Estado, abre caminho à conquista da unanimidade dum conjunto de atitudes, hábitos e procedimentos, os quais, geralmente, refletem a reprodução do status quo. Em tal quadro, compete ao Estado de Direito

<sup>99</sup> Habeas Corpus n.74383, julgado, por empate, pela Segunda Turma do STF em 22/10/1996, publicado no Diário de Justiça do dia 27/06/1997, tendo como relator o Ministro Neri da Silveira.

<sup>100</sup> Neste sentido também a decisão do Recurso Extraordinário n.80004, julgado pelo Pleno em 01/06/77, publicado no Diário de Justiça do dia 29.12.1977, p. 9433, cujo relator fora o Ministro Xavier de Albuquerque. Neste julgamento, que foi por maioria de votos, o Ministro Leitão de Abreu, em voto histórico e significativo, fez uma crítica velada àqueles que sustentavam a revogação da lei que contenha um tratado internacional por uma lei interna que lhe é posterior. S. Ex<sup>a</sup>., com muita propriedade, fez a distinção de que o procedimento de elaboração dessa lei e, por via de consequência, a sua revogação, haveriam de observar os procedimentos apropriados, e não a legislação interna, exatamente considerada, pois a lei interna é produzida de uma determinada forma enquanto a lei externa o é de outra. Portanto não se poderia - valendo-se da sua fonte de produção - confundir os efeitos que poderiam ser produzidos.

tão-somente regular as formas de convivência social e garantir sua conservação; a economia se converte numa questão eminentemente privada e o direito, por sua vez, se torna predominantemente direito civil, consagrando os princípios jurídicos fundamentais ao desenvolvimento capitalista, como os da autonomia da vontade, da livre disposição contratual e o da *pacta sunt servanda*.

É bom lembrar as palavras de Faria (1989, p. 134):

Ao regular as relações e os conflitos sociais num plano de elevada abstração conceitual, sob a forma de um sistema normativo coerentemente articulado do ponto de vista lógico-formal, a lei nada mais é do que uma ficção a cumprir uma função pragmática precisa: fixar os limites das reações sociais, programando comportamentos, calibrando expectativas e induzindo à obediência no sentido de uma vigorosa prontidão generalizada de todos os cidadãos, para a aceitação passiva das normas gerais e impessoais, ou seja, das prescrições ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto.<sup>101</sup>

Para Gomez (1984, p. 107), contrariamente ao que defende a doutrina liberal do Estado de Direito, o jurídico é antes de mais nada político; o direito positivo não é uma dimensão autônoma do político e um fundamento do Estado, mas uma forma constitutiva do mesmo e submetido a suas determinações gerais. Diz o autor que o culto da lei e a separação dos poderes se interpõem como véu ideológico que dissimula e inverte a natureza eminentemente política do direito.

Aliás, no Brasil, alguns constitucionalistas como Ferreira Filho (1990)<sup>102</sup>, resistindo a própria idéia de politização do chamado Estado de Direito, vêem, de forma negativa, a Lei como um instrumento político, um meio para a realização de uma política governamental, motivo por que não se legitima por um conteúdo de justiça e sim por ser expressão da vontade política do povo ou do governo. Assim, “a politização das leis fere, não raro, a racionalidade do Direito, gera leis irracionais.” (FERREIRA FILHO, 1990, p. 47).

Com tal perspectiva eminentemente formalista e neutral, há uma tendência ainda majoritária, entre os juristas pátrios de se reduzir o modelo de Estado de Direito a uma vinculação e controle do ordenamento jurídico vigente, sem, portanto, dar-se atenção ao processo legislativo como um fórum de enfrentamento ideológico e político, mas tão-somente técnico; ou perceber-se que, do mesmo modo que o Estado denominado de Direito, o próprio Direito e a Lei representam uma forma condensada das relações de força entre os grupos sociais que determinam a sua origem, seu conteúdo e a lógica de seu funcionamento.

Ocorre que, as novas condições de desenvolvimento do capitalismo internacional deste final de milênio e a inevitável inclusão do Estado brasileiro neste processo explicitou ainda mais a insuficiência de um governo e Estado que se quer neutro politicamente e afastado da organização dos mercados, isto porque os resultados desta internacionalização do capital vem fazendo vítimas nos mais variados quadrantes e setores da sociedade nacional e internacional, agravando as diferenças de classe e submetendo significativa parcela da população a condições aviltantes de trabalho e vida, o que representa em alto e bom som a violação dos Direitos Humanos e Fundamentais consagrados pelo Texto Político de 1988.

<sup>101</sup> No mesmo texto, o autor adverte para o fato de que este recurso usado pelo sistema estatal vigente, valendo-se de normas crescentemente indeterminadas e conceitualmente abstratas termina por representar, sob a fachada de um formalismo jurídico dotado de funcionalidade legitimadora, a concentração dos processos decisórios no interior da ordem burocrática institucionalizada pelas esferas de poder oficiais, voltada à articulação, negociação e ajuste dos interesses dos grupos sociais e frações de classe mais mobilizadas.

<sup>102</sup> Na mesma linha de reflexão vai Ferreira Pinto (1990); Russomano (1978); Franco (1968); Bastos (1990); Cretella Jr. (1988).

Tal conjuntura, impõe a adoção de políticas públicas voltadas à gestão dos interesses dos excluídos do modelo de desenvolvimento imposto pela economia global, trazendo à tona a necessidade de um Estado intervencionista nos processos sócio-econômicos de seu país, implementador e garante daquele plexo de direitos e garantias prometidos constitucionalmente, a partir de princípios e prioridades que levem em conta a situação real da maior parte de sua cidadania. Estamos falando do Estado Democrático de Direito.

Este Estado Democrático de Direito, especialmente localizado no Brasil, tem colocado sérias questões a serem respondidas pela teoria política contemporânea, sendo que a principal delas, ao menos no âmbito dos países ditos em desenvolvimento, é a de saber sobre as condições e possibilidades de se atribuir aos poderes públicos a responsabilidade de proporcionar a toda sociedade e cidadãos as prestações necessárias e os serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento de suas vidas, contempladas não só a partir das liberdades tradicionais, mas sim a partir das prerrogativas, direitos e deveres garantidas pela nova ordem constitucional.

Pode-se dizer, enfim, que a ideia de Estado Democrático de Direito, como o próprio tema da Democracia, passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos espaços e instrumentos políticos de participação, que expandem, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea, representativa da intervenção consciente de novos sujeitos sociais neste processo. Como lembra Warat: *No existe nada de antemano establecido como sentido del Estado de derecho, la enunciación de sus sentidos sera permanentemente inventada para permitir una gobernabilidad no disociada de las condiciones democraticas de existencia.*” (WARAT, 1994, p. 18).

Porém, revela-se imprescindível conceber o Estado Democrático de Direito proclamado pelo texto constitucional brasileiro, principalmente em seu Título Primeiro, como a maior evidência de que se impõe a abolição fática da separação entre sociedade e Estado, resultando daí a exigência de que este Estado assuma a responsabilidade de transformar a ordem econômico-social no sentido de viabilizar a efetivação material da ideia de democracia real, baseada no pressuposto da igualdade concreta e existencial.

A função do conhecimento democrático e emancipador do Direito, aliado à função também social dos operadores jurídicos, reclama do Estado, em todos os seus vetores e poderes, mas principalmente do Poder Judiciário, a superação do caráter negativo dos Direitos Humanos e Fundamentais, que deixam, deste modo, de ser considerados como uma autolimitação do poder soberano do Estado, para reforçar o princípio da soberania popular, impondo a este conceber tais direitos como instrumentos jurídicos e políticos destinados a regular suas ações positivas na busca da implementação de uma verdadeira democracia.

Torna-se fácil, em tal quadro, como uma das alternativas às diversas crises institucionais relatadas, a conclusão de que os princípios constitucionais supra-referidos têm a função de delimitar os campos e possibilidades de interpretação e integração das demais normas constitucionais e infraconstitucionais, ou seja, qualquer criação, interpretação e aplicação de lei ou ato de governo, deve ter como fundamento o comando da norma que diz ser a República Federativa brasileira um Estado Democrático de Direito, com objetivos claros a perseguir e tutelar (art. 3º), o que significa estabelecer responsabilidades e prioridades políticas interventivas em todos os campos das demandas sociais explícitas e reprimidas.

Neste sentido, por exemplo, a ordem econômica deve assegurar a todos existência digna (art. 170,CF/88), enquanto que a ordem social deve visar a realização da justiça social (art. 193), e a educação, o preparo do indivíduo para o exercício da cidadania (art. 205).

De outro lado, uma vez que a legitimidade do texto constitucional - e toda e qualquer ordem jurídica pátria- tem seu sustentáculo principiológico e político neste Título I, pode-se também concluir que o plano de eficácia dos Poderes do Estado é medido pela busca, respeito e garantia dos Direitos Humanos ou Fundamentais<sup>103</sup>, lato sensu, principalmente após a promulgação, em nossa legislação interna, dos textos convencionais conhecidos como Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, consoante os Decretos n. 592, de 06.07.1992, e o de n. 678, de 06.11.1992.

Tal raciocínio afasta a ideia de que o Constituinte de 1988 pretendeu instituir, kelsenianamente, um mero Estado de Legalidade, apenas formalmente ligado à Constituição, mas, ao contrário, faz crer que a ênfase dada pelos objetivos, fundamentos e princípios constitucionais à República brasileira é a de se constituir em um efetivo Estado Democrático, que, por sua vez, implica o reconhecimento da postura ativa e constante do Poder Público à efetivação/concretização das normas constitucionais, como parte de seu poder/dever institucional.

Se não for este o comportamento do Estado e do Estado-Juiz, a Lei, inclusive a Constituição, veiculada pelo Estado, apresentar-se-á como imposta à comunidade, em nome de um pacto ou consenso meramente formal, cuja vigência, eficácia e validade não são discutidas pelos seus destinatários, eis que tais categorias são lidas tão somente no âmbito intra-sistêmico do processo legislativo formal e de sua adequação procedimental junto às instâncias oficiais de aplicação da norma jurídica.

Por outro lado, como já referimos antes (LEAL, 2007), em termos de formatação jurídica do Estado contemporâneo nacional, estamos vivendo uma experiência retrospectiva em termos de Ocidente, haja vista que desde a década de 1970 tem surgido e se aperfeiçoado um verdadeiro implemento conceitual e operativo à Democracia Contemporânea, na medida em que o Estado, enquanto gestor dos interesses públicos, é tomado como Estado Constitucional, ultrapassando a perspectiva neo-positivista de Estado de Direito (Luño, 2002), chegando alguns constitucionalistas europeus a sustentar que tem ocorrido, desde então, um fenômeno nominado de decantação terminológica da tradicional expressão Estado de Direito (Rechtsstaat, Stato di Diritto, Estado de Derecho), explorando as possibilidades de um Estado Constitucional (Verfassungsstaat, Stato Costituzionale, Estado Constitucional).<sup>104</sup> Dentre estes autores, destacam-se as figuras de Peter Häberle, Martin Kriele, Klaus Stern, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Antonio Baldassere, Stéfano Rodotà, Gustavo Zagrebelsky, Eduardo García de Enterría, Aguiar de Luque, Sanchez Ferriz, Garcia Pascual, Peña Freire, Rubino LLorente, Manuel García Pelayo, entre outros.

Em tal perspectiva, concordando com Luño, é possível verificar, no âmbito do nominado Estado Constitucional, em termos de vinculação normativa às relações sociais, (a) um certo deslocamento da primazia da lei à primazia da Constituição; (b) um deslocamento da reserva da lei à reserva da Constituição; (c) outro deslocamento do controle jurisdicional da legalidade ao da constitucionalidade. Tais deslocamentos, além de priorizar o Texto Político como fundamento de

<sup>103</sup> Tratamos do tema legitimidade do poder político a partir da constituição em nosso livro Leal (1997).

<sup>104</sup> Tema já explorado anteriormente - ainda que de forma mais tímida - por Schmitt (1928); e, também, Loewenstein (1987).

validade de todo o sistema jurídico, ainda destacam as funções axiológicas da Constituição que estabelecem as diretrizes fundacionais deste sistema, delimitando as possibilidades dos ordenamentos e normas jurídicas, bem como a regulação de comportamentos e condutas sociais.

Ao lado disto, a ideia de Estado Constitucional amplia significativamente a natureza política e os compromissos comunitários dos Poderes Estatais, pois igualmente vinculados aos objetivos e finalidades da República, compromissados com os valores positivados pela cidadania através do Poder Constituinte originário.<sup>105</sup> Da mesma forma, legitima diversos outros espaços e atores para os efeitos de controle e concretização destes preceitos constitucionais, instituindo instrumentos arrojados para tanto, como (no Brasil) Mandado de Segurança Coletivo, Hábeas Data, Mandado de Injunção, Sistemas de Controle de Constitucionalidade Concentrado e Difuso, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, etc. (QUEIROZ, 2002).<sup>106</sup>

Na dicção de Queiroz, opera-se uma verdadeira mudança de função (e significado) na Constituição, eis que ela não representa tão somente a fronteira entre o Estado e a Sociedade, como no modelo constitucional liberal, nem tão pouco se apresenta como um mero sistema de regras para a luta política (Rahmenordnung), que o legislador se encontra obrigado a respeitar. A Constituição hodierna compreende um projecto político, um modelo de desenvolvimento para o futuro, um futuro que não se pode prever, mas apenas construir.<sup>107</sup> Constitui, nestes termos, um projeto inacabado, um processo constituinte tornado permanente que liga o presente ao futuro.

Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma perspectiva cívica da Constituição (civic constitutional vision), em que:

*Political society is primarily the society not of right bearers but of citizens, an association whose first principle is the creation and provision of a public realm within which a people, together, argue and reason about the right terms of social coexistence, terms that they will set together and which they understand as their common good. Hence, the state is justified by its purpose of establishing and ordering the public sphere within which persons can achieve freedom in the sense of self-government by the exercise of reason in public dialogue. (MICHELMAN 1988, p. 29).*

Na mesma senda e ampliando o significado da Norma Constitucional anda Böckenförde (1991, p. 174), quando sublinha a ultrapassagem do conceito de constituição como ordem quadro (Rahmenordnung) para uma ordem fundamental da comunidade (que compreende o Estado e a sociedade com os seus fundamentos básicos). De acordo com essa concepção, os direitos fundamentais deixariam de ser percebidos numa relação meramente vertical Estado/cidadãos, para se conceberem a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção das relações sociais e intersubjetivas.

<sup>105</sup> Como quer Müller (1998, p. 60): “Os poderes ‘executantes’ [ausführenden] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia. O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado: os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [Kreislauf] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático).”

<sup>106</sup> Há toda uma produção literária que aborda este fenómeno sob a perspectiva política também, *ex vi*: Avritzer (1995, 1999); Benhabid (1996); Calhoun (1996); Shapiro; Hacker-Cordón (1999); Trend (1995).

<sup>107</sup> Remeto também para o debate desta matéria um antigo texto de Ferrajoli (1996), no qual lembra o autor que o Estado de Direito Constitucional de Direito não é mais do que a dupla sujeição do direito ao direito, gerada por uma dissociação entre vigência e validade, entre forma e substância, entre legitimação formal e substancial, ou, se se quiser, entre as weberianas racionalidade formais e racionalidades materiais.

A partir desta proposta constitucional, na doutrina de Häberle (1991, 1998), só a título exemplificativo, há uma radicalização dos responsáveis pela interpretação/aplicação deste Texto Político, eis que o autor alemão insiste no fato de que se tem que contar com um público mais amplo do que os juristas especializados para dar efetividade aos valores da norma fundamental, preconizando uma sociedade aberta dos intérpretes constitucionais.

Um dos pressupostos centrais do pensamento häberliano é o reconhecimento de que a indeterminação do texto constitucional só admite pensar em “constituição interpretada”, em que a idéia de “mutação constitucional” desta hermenêutica, conforme a atuação e contribuição dos cidadãos, grupos sociais e órgãos estatais daquele momento histórico, é fundamental (HÄBERLE, 1997, p. 39). O pensamento alemão contemporâneo conta com várias doutrinas neste sentido, haja vista a dicção de Muller:

Se a constituição deve desenvolver força normativa, a “vontade à constituição”, que é uma vontade para seguir ou concretizar e atualizar a constituição, não pode permanecer restrita à ciência jurídica enquanto titular da função no sentido mais amplo e os titulares de funções no sentido mais estrito, que foram instituídos, encarregados, legitimados e adotados de competências de decisão e sanção pela constituição e pelo ordenamento jurídico, mediante prescrições de competências. (MÜLLER, 1998, p. 29).

Segue advertindo o autor que a tipicidade da Constituição é formulada de teores materiais, exigências, programas e esforços políticos, posições jurídicas, formulações de teoria do Estado, etc. A restrição do olhar à sua forma de linguagem e a uma sistemática verbal impede o acesso aos teores materiais normatizados e, com isso, ao fato do direito constitucional positivo possuir um teor material normativo (MÜLLER, 1998).

Todo este clima de debate jurídico vai gerando um resgate de cultura constitucional, permitindo a sensibilização dos operadores do direito - públicos e privados - em relação à natureza multidisciplinar do sistema jurídico e de sua aplicação, ainda sem corrigir, todavia, experiências centralizadoras de poder e governo, tais quais como as desenvolvidas pelo Poder Executivo em face do Poder Legislativo, atrofiado e pouco legiferante.

De forma inexorável, em face de tais cenários, também o Poder Judiciário vai alterando sua postura, eis que o aumento das demandas vão gerando déficits enormes de direitos constitucionais e fundamentais, pressionando todos os poderes instituídos a darem respostas a estas questões.

Cada uma destas instituições, a sua maneira, relaciona-se de formas diferentes com a sociedade: o Executivo, pela via dos serviços e políticas públicas, com investimentos compensatórios, preventivos e curativos em face dos problemas que lhe acorrem; o Legislativo, com menos atividade legiferante de iniciativa própria e mais comportamentos de controle e aferição política do Executivo (através de comissões parlamentares para assuntos diferenciados); o Judiciário, avançando na direção de garantidor das prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais de toda a comunidade, bem como desenvolvendo algumas ações de concretização de direitos que, a despeito de previstos no sistema normativo, não têm recebido a devida atenção dos demais poderes estatais (saúde, educação, trabalho, segurança, etc.).

É a partir deste quadro que podemos aceitar a tese de Bercovici, no sentido de que o Brasil hoje possui uma Teoria da Constituição de nível elevado, preocupada com as questões da

interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade, todavia - e este é o centro do debate que quero propor -, não consegue lidar de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais e econômicos inerentes à nova ordem constitucional no país, isto porque as soluções apresentadas situam-se entre o instrumentalismo constitucional e a crença no Poder Judiciário como “salvador da República”, ou a adoção de concepções processuais da Constituição, limitada a um instrumento de governo ou a uma carta símbolo da identidade nacional (BERCOVICI, 2003, p. 77).

Se no plano da dimensão fática é certo afirmar que os poderes públicos instituídos têm instabilizado significativamente o equilíbrio republicano da independência e harmonia entre eles, alcançando com isto alguns pilares centrais da democracia representativa, não é menos correto asseverar que o Poder Judiciário, em particular, nos últimos tempos, tem assumido comportamentos e condutas cada vez mais amplas, judicializando temas e questões que possuem, em tese, natureza política e social atinentes também e, quiçá precipuamente, a outras esferas e espaços de deliberação pública (como o Parlamento e o Executivo).

Estes comportamentos jurisdicionais, na verdade, se são importantes numa análise de cumprimento de sua função social imediata, não podem ser tomados como fórmulas substitutivas e mesmo emancipadoras dos demais poderes instituídos e de suas funções democráticas - inclusive no plano filosófico do seu significado -, eis que precisam ser cotejados no âmbito específico da ideia revisada de Democracia Representativa, ainda vigente nos sistemas políticos ocidentais (LEAL, 2003).<sup>108</sup>

Na verdade, o que está em jogo é saber dimensionar, neste particular, as diferenças constitutivas das atividades/funções legislativas, executivas e judicantes numa ordem democrática e os significados disto em termos de Democracia Representativa<sup>109</sup>.

Numa Constituição que se pretende axiologicamente definida como Democrática, o plexo valorativo que contém autoriza por si só medidas e ações concretizadoras do modelo de sociedade que sinaliza por qualquer ator político? Ou ainda se mantêm determinadas regras de competência e autoridade institucional em face das atribuições normativas que o próprio Texto Político confere a determinados agentes sociais? Tais regras devem ser interpretadas com que grau de independência e autonomia, ou em que medida podem ser violadas e por quem? Em que situações?

Habermas coloca este debate também no âmbito da justificação e da aplicação do sistema normativo:

*In any case, the constitutional judicial review initiated by individual cases is limited to the application of (constitutional) norms presupposed as valid; thus the distinction between discourses of norm application and those of norm justification offers at least an argumentation-theoretic criterion for demarcating the respective tasks that the judiciary and the legislature can legitimately accomplish. (HABERMAS, 1998, p. 119).*

<sup>108</sup> “A escolha axiológica e personalíssima do bom ou deontológica do correto, a pretexto de que só o intérprete-aplicador de um direito de sua exclusiva compreensão teria voz audível pela sentença, desconhece que o provimento é um discurso suscetível a igual taciturnidade quando proferido à distância da lei, porque a voz do juiz, na Sociedade Jurídico-política de Direito Democrático, há de ser legítima e não autófona.” (LEGAL, 2003, p. 29)

<sup>109</sup> E não estou dizendo, com isto, que *Judging serves the community in two ways: by doing justice according to law in each case and by maintaining the rule of law in the community at large*, como quer Brennan (1997, p. 119), numa perspectiva reducionista da função jurisdicional nas democracias contemporâneas, como deixo claro abaixo.

O autor alemão aqui estaria interpretando a Constituição na direção que Ely<sup>110</sup> o faz, ou seja, de uma forma processual; a Constituição como o instrumento que regula a organização e a solução processual de problemas sociais. Para Habermas, a Suprema Corte, enquanto intérprete da Constituição, deveria ocupar-se dos procedimentos e das normas de organização das relações sociais, a partir das quais se efetiva a legitimidade do processo democrático.<sup>111</sup>

O problema central nesta fala de Habermas é que ela não pode ser descontextualizada de sua obra como um todo,<sup>112</sup> no sentido de ter em mente a importância da Democracia Representativa e sua maturação política e racional - que passa pela questão de uma comunicação não-coatada dos cidadãos em geral -, oportunizando a existência de uma cidadania ativa e co-responsável pelo processo de gestão dos interesses comunitários.<sup>113</sup> Por esta razão é que Habermas não pode aceitar com facilidade a supressão da instância representativa e presentativa de uma sociedade emancipada dos grilhões autoritários das falas políticas monológicas, em nome de uma nova inteligência institucional, ciosa e acima do bem e do mal (como o Poder Judiciário), responsável pela concretização dos valores constitucionais.

A partir destas reflexões, um problema de cumprimento ou não de normas de condutas sociais cogentes não é um problema exclusivamente jurídico, mas político, cultural, econômico, situação que chama todos à responsabilidade à concretização de uma verdadeira Sociedade Democrática de Direito.

Há muito ainda o que debater.

## REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. *Cultura Política, atores sociais e democratização*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 28, São Paulo, jun. 1995.

AVRITZER, Leonardo. Teoria crítica e teoria democrática. In Novos Estudos CEBRAP, n. 53, São Paulo, mar. 1999.

BARRETO, Tobias. *Ensaio e estudos de filosofia e crítica*. São Paulo: Instituto Nacional do Livro, 1975.

BARROS, Roque. *As Idéias Filosóficas no Brasil*. São Paulo: Convívio, 1978.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1990.

<sup>110</sup> Habermas lembra que Ely “parte da idéia de que a Constituição Americana regula, em primeira linha, problemas de organização e procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais.” (HABERMAS, 1997, p. 326).

<sup>111</sup> “*The Supreme Court in turn as the interpreter of the constitution would look after procedures and organizational norms upon which the legitimating effect of democratic process depends.*” (HABERMAS, 1998, p. 338).

<sup>112</sup> Guibentif (2004, p. 43), adverte para o fato de que, quando Habermas trata destes temas, mister é que tenhamos em conta a integralidade de sua obra, eis que *the preoccupation “with modes of democracy and democratization of the public sphere go back to his original work “The Structural Transformation of the Public Sphere”. His interpretation of the history of law goes back to and parallels his treatment of the history of philosophy in “The Philosophical Discourse of Morality”. Finally, he is able to make good in a public way on the thesis about communication first fully formulated in “The Theory of Communicative Action.”* Aliás, cumpre igualmente lembrar que se a teoria da racionalidade comunicativa ocupa posição privilegiada no pensamento de Habermas, mister é que se tenha em conta que tal racionalidade não é metafísica, mas se exterioriza no mundo-da-vida e serve de fundamento normativo para a teoria social crítica. De modo que os conceitos de razão comunicativa e mundo-da-vida são utilizados como fundamento de sua teoria social crítica, sendo que o mundo-da-vida constitui o contexto da situação da ação social.

<sup>113</sup> Por tais razões, “*communicative and participatory rights constitutive of democratic will-formation acquire a privileged position*” (HABERMAS, 1995, p. 24). Na verdade, como refere RASMUSSEN, *op. cit.*, p. 82: *The Aristotelian connotations of this view are apparent. The classic line is that politics is to be associated with the public good and grounded in the ethical activity of the citizenry.*

- BENHABID, Seyla. *Democracy and Difference: contesting the Boundaries of the Politics*. New Jersey: Princeton Press, 1996.
- BEVILÁCQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1970.
- BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik*. In: BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt: F. s/Meno, 1991.
- BRENNAN, Gerard. *Judicial Ethics in Australia*. Sidney: LBS, 1997.
- CALHOUN, Crai (Org.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1996.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- DOLINGER, Jack. *A Nova Constituição e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário*. Ática, 1989
- FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. *El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su diferencia con la realidad*. In: IBAÑEZ, Andrés. *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Civitas, 1996.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência*. In *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 9, São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1988.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- GOMEZ, José Maria. *Surpresas de uma Crítica: a propósito de juristas repensando as relações entre o direito e o Estado*. In: *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- GUIBENTIF, Pierre. *Approaching the production of law through Habermas's concept of communicative action*. London: Sage, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *El legislador de los derechos fundamentales*. In: PINA, António Lopes et al. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 1991.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Cambridge: MIT Press, 1995.

LACERDA, Galeno. *O juiz e a justiça no Brasil*. In: *AJURIS*, v. 53, Porto Alegre: RTJRGs, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático*. In *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas - FUMEC*, v. 6, Belo Horizonte, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1987.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MACHADO NETO, A L. *História das Idéias Jurídica no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1979.

MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: Ibrasa, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 34, Belo Horizonte: Faculdade de Direito, 1984.

MICHELMAN, Frank. *Political Truth and the Rule of Law*. *Harvard Law Review*, v. 114, Cambridge, 1988.

MIRANDA, Pontes. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 4 volumes. São Paulo: Bookseller, 2006.

MOSCA, Gaetano. *Elementi di scienza politica*. Milano: Daltrunno, 1987.

MOSLER, H. *L'influence du droit national sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. In: *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, v. I, Bruxelles, Paris, 1972, pp.540/541.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PUGGINA, Márcio Oliveira. *Deontologia, Magistratura e Alienação*. In *AJURIS*, v. 59. Porto Alegre: RTJRGs, 1993.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: Coimbra, 2002.

REALE, Miguel. *Direito, Valor e Norma*. São Paulo: Saraiva, 1991.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1985.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

SALDANHA, Nelson. *A Escola de Recife*. São Paulo: Convívio, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais, Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. In: *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1928.

SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDÓN, Casiano. *Democracy's Edges*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVEIRA, José Néri. *A função do Juiz*. In: *AJURIS*, v. 54. Porto Alegre: RTJRGs, 1992.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1985.

TREND, David. (Org.). *Radical Democracy*. London: Routledge, 1995.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1982.

WARAT, Luis Alberto. *Fobia al Estado de Derecho*. ANAIS DO PRIMEIRO ENCONTRO DE DIREITO E FILOSOFIA. 1994. *Anais...* Universidade Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991.



PARTE II

CAPITULO IV

*O problema da prestação de serviço público  
essencial enquanto direito social fundamental e  
sua contraprestação em face da incapacidade  
financeira do usuário*



## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente ensaio pretende enfrentar o problema da prestação de serviço público no Brasil enquanto direito social fundamental e sua contra-prestação em face da incapacidade financeira do usuário. No particular, quero trazer à baila um estudo de caso concreto envolvendo a prestação de serviços de energia elétrica, haja vista o contingente significativo de demandas que tem ocorrido aos tribunais do país envolvendo esta matéria.

Para tanto, em primeiro plano, vou abordar o enquadramento do serviço público essencial enquanto direito fundamental social, e o que decorre daí em termos de redefinição de serviço público agora relacionado com o usuário, não só destinatário final do produto serviço, mas elemento constitutivo dele, o que lhe outorga a condição de sujeito de direito que tem responsabilidades sociais, políticas e econômicas com relação à sua efetividade e mesmo suas possibilidades.

Após estas definições preliminares, quero avaliar como se pode enfrentar a problemática situação fática que aflige milhões de brasileiros e também as fornecedoras de energia elétrica: a inadimplência contra-prestacional, e de que forma o Poder Judiciário tem enfrentado as lides oriundas daqui.

## 2 O SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA E SUAS CARACTERÍSTICAS CONSTITUTIVAS DE FUNDAMENTALIDADE

A primeira questão que se coloca para este tema é sabermos que tipo de RES é a energia elétrica: eles se configuram como efetivos BENS PÚBLICOS. Sim, tratam-se de bens públicos, porque têm suas matrizes fundantes na força da natureza e no uso de seus recursos, natureza esta que, de forma indubitosa, pertence ao ser humano e está a serviço de sua existência digna enquanto pessoa humana.

E de que forma tais bens públicos podem e são usados pela natureza humana? Em face de suas particularidades finitas, eles precisam ser usados de forma racional e equilibrada em face do meio ambiente como um todo (natural e construído), razão pela qual sofrem regulação pública no âmbito da fruição e prestação. Tal regulação, guardadas as peculiaridades de cultura, sociedade, Estado e disponibilidade dos bens, obedece a preceitos de ordem pública indisponível e incondicionada, garantindo assim a igualdade nos seus acessos.

São estas normativas que vão regulamentar a fruição daqueles bens, notadamente pela via dos serviços públicos prestados para tal fim, seja pela iniciativa direta da Administração Pública, seja pela via dos concessionários destes serviços (SABINO, 2004, p. 321).

Em termos operacionais da viabilidade financeira à prestação destes serviços, há usuários públicos e particulares que arcam com tal mister, sendo mensuráveis as quantias devidas no tocante a cada destinatário, i.é., os usuários pagam pelo que consomem em termos de unidade de medição de cada serviço.

Costuma-se dizer que os serviços de prestação de energia se enquadram dentre aqueles nominados de *uti singuli* (os quais são divididos em obrigatórios e facultativos), sendo que os obrigatórios, a exemplo do fornecimento de energia elétrica, não podem, em tese, ser suspensos por falta de pagamento em face da permanência que deve sempre nortear a prestação do serviço público *stricto sensu* (MELLO, 2004, p, 116), bem como pelo fato de que este bem jurídico que é

a energia se afigura como indispensável à manutenção e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana (CARBAJO, 2003 p. 39).

Para alguns doutrinadores, no que diz respeito à utilização desses serviços, há uma verdadeira imposição da administração, que exatamente em virtude disso não pode interrompê-los. Além do mais, tais serviços geram para o usuário que se encontrar na área de sua prestação, direito subjetivo à sua obtenção (CHINCHILLA 2002, p. 91).

Na direção deste raciocínio, os serviços *uti singuli facultativos*, por constituírem apenas mais conforto e comodidade oferecidos aos usuários, poderiam, ai sim, ser suspensos por falta de pagamento, eis que configurariam uma categoria especial de serviços públicos capazes de se com-  
prazerem à interrupção, mormente se com base na inadimplência do usuário, haja vista a possibilidade do Poder Público opor àquele a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) (PEREIRA, 1999, p. 213 e ss).

Veja-se que no caso do serviço de energia, por ser essencial, desde a edição do Código de Defesa do Consumidor tem-se que tal mister público deverá ser contínuo, sem interrupções, consoante regra encartada no seu art. 22, elencando este estatuto ainda como obrigação do fornecedor a prestação de serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, quando este último resultar de essencialidade.

Na verdade, este mesmo estatuto consumerista desde seu intróito se ocupa desta matéria, ao determinar o art. 6º, X, que é direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, enquanto que seu art. 4º, estabelecendo a política nacional das relações de consumo, determina que ela deve atender às necessidades dos consumidores, respeitando a sua dignidade, saúde e segurança, providenciando a melhoria de sua qualidade de vida.

Prescreve ainda a mesma legislação que a ação governamental deve se dar no sentido de proteger efetivamente o consumidor, garantindo que os produtos e serviços possuam padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho (art. 4º, II, d); devendo o Estado ainda providenciar a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (art. 4º, III).

A despeito do Código de Defesa do Consumidor não se ocupar da natureza de essencialidade de determinados serviços, consoante dispõe Benjamin, essencialidade, pelo menos neste ponto, há que ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo serviço público indispensável à vida em comunidade, ou melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se aí não só os serviços públicos *stricto sensu* (os de polícia, os de proteção, os de saúde), mas ainda os serviços de utilidade pública (os de transporte coletivo, os de energia elétrica, os de gás, os de telefone, os de correios) (BENJAMIN, 1991. p. 111, grifo do autor).

Em termos de referência normativa do serviço público propriamente dito no país, importa lembrar que ele se situa em campo de natureza política e econômica, sendo que, em termos econômicos, é a Constituição de 1988 que determina o modelo clássico de organização capitalista mundial de tal atividade, fundado na propriedade privada dos meios de produção, no livre exercício das atividades econômicas e na abstenção da intervenção do Estado em tal domínio - como regra geral. Cabe ao Estado, neste modelo e em nível econômico, a tarefa de disciplinar o exer-

cício da atividade econômica exercida pelos particulares, admitindo-se apenas excepcionalmente que desempenhe de forma direta atividades de natureza econômica, observando, quando o faz, determinados princípios.<sup>114</sup>

Veja-se que o art. 170, inc. IV, de nossa Carta Política, dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... IV - livre concorrência. Seu art. 173, por sua vez, adverte para o fato de que, 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.<sup>115</sup>

Em face de tais ponderações, a doutrina especializada tem sustentado que a intervenção direta do Estado no domínio econômico, isto é, desempenhando atividade econômica em sentido amplo, faz-se sob duas modalidades: em sentido estrito, ou presta serviços públicos, sendo que para cada qual há regimes jurídicos diversos, ou seja, a atuação do Estado que implique exercício da atividade econômica em sentido estrito não se subordina à mesma disciplina prevista para o desempenho de serviço público (GRAU, 2000, p. 141).<sup>116</sup>

Vale aqui a advertência de Marçal Justen Filho, no sentido de que a atividade econômica em sentido estrito é regida pela racionalidade econômica, objetivando o lucro, segundo o princípio do utilitarismo; funda-se na utilização especulativa da propriedade privada, de forma a dar atendimento aos interesses dos particulares; rege-se pelos princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência; pressupõe a liberdade dos agentes econômicos para a organização dos fatores de produção, objetivando a obtenção de resultados não fixados pelo Estado e a apropriação do lucro (JUSTEN FILHO, 2002, p. 64).

Já o serviço público vem conceituado pela doutrina administrativista no país como atividade da Administração que visa a assegurar, de modo permanente, contínuo e geral, a satisfação às necessidades, essenciais ou secundárias, da coletividade, assim por lei consideradas, e sob as condições impostas unilateralmente pela própria Administração (MOREIRA NETO, 2001, p. 342).<sup>117</sup> Todavia, salvo melhor juízo, este conceito não consegue mais albergar a complexidade que marca hoje os serviços públicos no país, pelo fato de que ele não diz respeito tão somente ou preponderantemente ao Estado Administrador, mas a toda a sociedade, tema que vamos abordar mais tarde.<sup>118</sup>

O princípio da continuidade no serviço público tem extraído posicionamentos marcantes na doutrina, que não admite a sua desconstituição, por ser uma das marcas registradas do Direito

<sup>114</sup> Quem nos lembra muito bem disto é Aguilar (1999).

<sup>115</sup> Por esta razão é que Mello (2005, p. 499) lembra que, “em verdade, a atuação direta do estado na atividade econômica está submetida basicamente ao regime de direito privado, o que não afasta a incidência de algumas normas e princípios de direito público.”

<sup>116</sup> Ver também os textos de: Aguilar (1999) e Novais (1996).

<sup>117</sup> Na doutrina italiana, Alessi adverte para o fato de que o serviço público implica a idéia de uma prestação que possui como objetivo principal o interesse público na sua realização. Primeiro, porque a prestação de serviço público deve representar o elemento essencial da relação, em confronto com o correspondente por parte do utente do serviço. Depois, porque a realização da prestação deve ter por objetivo imediato e direto a satisfação de necessidades individuais de importância coletiva, independentemente de qualquer interesse subjetivo patrimonial a um eventual correspondente (ALESSI, 2000, p. 475).

<sup>118</sup> Esta perspectiva institucionalista de serviço público centralizado no Estado marca a tradicional e histórica formação do pensamento administrativista ocidental. Gaston Jeze chega a afirmar que serviço público é toda atividade cujo desempenho deve ser regulado, assegurado e controlado *pelos governantes*, porque o desempenho dessa atividade é indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante. (GEZE, 1999, p. 29). Ver igualmente o trabalho de Freitas (2001).

Público. Para Alessandro Segalla, continuidade é a ausência de interrupção, segundo a natureza da atividade desenvolvida e do interesse a ser atendido.

Em termos práticos, é claro que a continuidade se avalia diferentemente conforme se trata de fornecimento de água, energia elétrica ou de transporte de passageiros. Observe-se que a regularidade, sob um certo ponto de vista, pressupõe continuidade. Aquela é um plus relativamente a esta. Os serviços podem ser contínuos, sem que sejam regulares. Mas é impossível o serviço ser regular, se também não for contínuo. (SEGALLA, 2001, p. 134-135).

De todos os princípios relativos à prestação de serviços públicos, temos que o da continuidade é o que desempenha importância destacada para o sistema constitucional, pelo fato de que a Constituição Federal erigiu à condição de públicos vários serviços que entendeu desempenharem papel de extrema importância na sociedade, devendo ser sempre fornecidos visando à satisfação do seu interesse.

O Professor Caio Tácito enalteceu a importância deste aspecto quando apontou que o princípio da continuidade do serviço público impõe ao concessionário o dever de prosseguir na exploração do mesmo, ainda que tal atividade seja ruínosa, pois à Administração incumbe, correlatamente, partilhar das cargas extraordinárias, restaurando a economia abalada e a eficácia da execução do contrato (TÁCITO, 1974, p. 209).

Já na dicção de Masagão (1974), só para citar mais um clássico da doutrina brasileira sobre a matéria, a continuidade significa que as necessidades públicas, a cuja satisfação se destina o serviço, não devem ser atendidas esporadicamente, mas de forma ininterrupta e constante.<sup>119</sup>

De qualquer sorte, é Celso Antônio Bandeira de Mello que traz à lume, no âmbito da doutrina abalizada do Direito Administrativo pátrio, a noção de serviço público como atividade de oferecimento de utilidade pública ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (MELLO, 2005, p. 632).

Vai mais longe o autor no aprofundamento do tema, e com ele concordo, quando assevera que esta noção de serviço público vê-se composta de dois elementos centrais: o seu substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; um traço forma, que lhe dá caráter jurídico com um regime de direito público, isto é, uma unidade normativa formada por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns e outros em função da defesa de valores especialmente qualificados no sistema normativo (MELLO, 1987, p. 18).

Veja-se que resta consagrado na tradição brasileira, desde há muito, que qualquer serviço público deve se submeter a determinados princípios reitores, dentre os quais, destaco:

<sup>119</sup> Na mesma direção vai Cretella Jr (1967, p. 66), quando insiste na tese de que se o serviço público, razão de ser do direito administrativo, se interrompe, toda a coletividade sofre os efeitos dessa descontinuidade, gerando-se um mal-estar de conseqüências imprevisíveis, que repercutem inclusive sobre a segurança do próprio Estado. Urge, pois, assegurar aos serviços públicos o mais perfeito dos funcionamentos, sem a mais leve solução de continuidade.

- (1) o Princípio da Igualdade de todos perante o serviço público, envolvendo aqui a paridade de tratamento;
- (2) o Princípio da Continuidade do serviço público, que envolve a regularidade de sua prestação;<sup>120</sup>
- (3) o Princípio da Qualidade do serviço público, envolvendo a adequabilidade das condições de sua prestação, o que amplia o conceito de eficiência do serviço;
- (4) o Princípio da Modicidade do custo repassado ao usuário do serviço, eis que se trata de interesse massivo de toda a comunidade, constituída por quem pode mais e por quem pode menos em termos de capacidade econômica;
- (5) o Princípio da Participação e Controle do serviço público, envolvendo tanto o interno e externo, como, principalmente, o controle social deste serviço.<sup>121</sup>

Por certo que junto com tais princípios específicos e atinentes ao serviço público, todos os demais insertos na Carta Política brasileira de 1988 se aplicam na sua concepção, constituição, prestação e controle, isto porque não se pode interpretar o sistema jurídico a partir de fragmentos normativos, mas de sua integralidade, associado que está à concretização dos objetivos e finalidades da República.<sup>122</sup>

Em termos de operacionalização da prestação do serviço público, há bastante tempo vem se sustentando possa ele ser efetivado para além da forma centralizada no próprio Estado, tais como, pela via descentralizada: com a transferência do serviço à titularidade de uma pessoa jurídica de direito público criada para tal fim, sob o controle do Estado (pela modalidade das autarquias); com a transferência tão somente do exercício - sem titularidade - a pessoa jurídica de direito privado, que o efetivará em nome do Estado, por sua conta e risco (na modalidade da concessão ou permissão de serviço público).<sup>123</sup>

No que tange à viabilidade econômica destes serviços, não optou a norma constitucional vigente por prever a sua gratuidade universal como princípio informativo das prestações, até porque isto implicaria impactante resultado no processo da concessão/permissão de tal atividade por parte do Estado, quiçá afastando dela qualquer interesse da iniciativa privada.<sup>124</sup>

Aliás, é a própria lei de concessões e permissões vigente no país (Lei federal n. 8.987/95) que prevê, dentre outras coisas, as que seguem:

- (1) Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários (art. 6º), considerando como serviço adequado aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, corte-

<sup>120</sup> Para o mesmo Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra anteriormente referida, por ser da natureza pública do serviço nominado como público o regime jurídico administrativo, revela-se impossível ao concessionário invocar a *exceptio non adimplenti contractus*, para eximir-se do seu mister. Vai-se ver mais tarde que tal regra hoje não se põe de forma tão radical.

<sup>121</sup> Assim, os trabalhos de Alfonso (2004); Mello (1980); Medauar (2003); Dromi (2004); Mello (2004).

<sup>122</sup> Como já tive oportunidade de referir no texto Leal (2004), bem como, mais recentemente, no texto Leal (2006).

<sup>123</sup> Nas palavras de Zanobini (2000, p. 152): “*Di tali poteri questio soggetti non hanno mai la titolarità, ma possono avvere soltanto l’esercizio, in forza di una concessione fatta dello Stato e sempre da questo revocabile senza che l’ente venga meno.*”

<sup>124</sup> Como o fez para os serviços de ensino público em estabelecimentos oficiais (art.206, IV, CF/88); ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208,I, CF/88); transporte coletivo urbano gratuito para os maiores de 65 anos (Estatuto do Idoso e art. 230, §2º, CF/88). Ratifica tal entendimento a disposição normativa inserta no art.6º, §3º, da Lei federal n. 8.987/95 - que trata das concessões e permissões de serviços públicos no país -, asseverando não se caracterizar como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por *inadimplemento do usuário*, considerado o interesse da coletividade.

sia na sua prestação e modicidade das tarifas. Por outro lado, na mesma linha de conceituação, refere que a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações, e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

(2) A existência de uma tarifa pública remuneratória à prestação dos serviços, sendo que ela será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

Ora, salvo melhor juízo, não paira mais dúvidas de que a prestação de serviços públicos pode ser objeto de prestação mediante o pagamento de tarifa a ser formalmente fixada.

Quando Mello define o que seja concessão de serviço público, ainda sob a égide do Decreto-Lei n. 200/67 e o Decreto-Lei n. 900/69, destaca-o como ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público, por sua conta e risco, sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, remunerando-se pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários, tendo a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro (MELLO, 1987, p. 35).

Esta garantia econômica destacada acima, em verdade, coloca a realização do serviço público por pessoa de direito privado em uma situação segura no sentido de ter resguardada a saúde orçamentária de tal mister, haja vista que tal cláusula contratada em regime jurídico público não se submete às mutações unilaterais da Administração, sob pena de inviabilizar a própria concessão ou permissão, quando lhe onera o ofício de forma insuportável.

Assim é, pois, disposição normativa vinculante a existência de remuneração do serviço público - independente de quem seja a pessoa que o preste. Numa concepção mais temperada sobre a prestação destes serviços e o seu pagamento, Hely refere que estes serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção por todos aqueles que se encontram na área de sua prestação ou fornecimento, *e satisfaçam às exigências regulamentares* (MEIRELLES, 2002, p. 265, grifo do autor).

Historicamente, uma boa parcela da jurisprudência nacional tem se manifestado no sentido de reconhecer a essencialidade do serviço de energia elétrica, sustentando não ser possível a simples interrupção do fornecimento de energia elétrica, por exemplo, na hipótese de inadimplência por parte do consumidor, pois o fornecedor do serviço deverá adotar medidas legais, que não se confundem com a atuação da Justiça Privada no Brasil:

Administrativo. Mandado de segurança. Energia elétrica. Ausência de pagamento de tarifa. Corte. Impossibilidade.

1. É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente.
2. Essa violação, contudo, não resulta em se reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma.
3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da constitucionalidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.
4. Os arts. 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.
5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

6. Não há de se prestigiar atuação a justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.
7. O direito do cidadão de utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vista a beneficiar o que deles se utiliza.
8. Recurso improvido.<sup>125</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, neste julgado, deixou consignado que o serviço de energia elétrica é essencial e, como tal, se subordina ao princípio da continuidade de sua prestação, não podendo ser interrompido pela falta de pagamento, nos casos em que a empresa concessionária se utiliza de ameaça para a cobrança de débitos pendentes, e isto porque o art. 22, do CDC, explicita que este tipo de serviço deverá ser contínuo, e o art. 42, do mesmo estatuto legal, é claro em coibir ameaça ou exposição a ridículo de consumidor inadimplente.

Pode-se dessumir daí que a concessionária não poderá negar ou interromper a prestação de um serviço contínuo e essencial, cabendo-lhe buscar através dos meios legais a satisfação de seus créditos.<sup>126</sup> Importa destacar, no ponto, que não propugna o STJ o calote institucionalizado em tais situações, apenas entende que o serviço essencial, para ser interrompido, deverá ser precedido de regulamentares procedimentos legais, não podendo a ameaça ser o fator preponderante. É tamanha a importância e essencialidade deste serviço, que o Superior Tribunal de Justiça, em outra decisão, patenteou que o Mandado de Segurança é a via competente para dirimir este tipo de controvérsia.<sup>127</sup>

Mais contemporaneamente, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de reafirmar esta vertente da casuística no país<sup>128</sup>:

ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - PAGAMENTO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA SOB A MODALIDADE DE TARIFA - CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO: LEGALIDADE. 1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei

<sup>125</sup> STJ, Rel. Min. José Delgado, RMS n. 8915-MA, 97/0062447-10, 1ª T., julgado em 12.05.98, DJ de 17.08.98.

<sup>126</sup> Administrativo. Mandado de segurança. Suspensão do fornecimento de energia elétrica. 1. A concessionária de energia elétrica deve buscar a satisfação dos seus créditos através dos meios legais que dispõe, o que não significa a suspensão da prestação do serviço público. 2. Remessa ex officio improvida. Tribunal Federal da 4ª Região, Des. Nylson Paim de Abreu, REO n. 0441560/94-RS, 2ª T., DJ de 27.09.95.

<sup>127</sup> STJ, REsp. n. 201.112-SC (99/0004398-7), Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª T., DJ de 10.05.99. No seu voto condutor, o eminente Min. Garcia Vieira, deixou consignado: "Para receber os seus créditos, tem a impetrada os meios legais próprios, não podendo fazer justiça privada porque não estamos mais vivendo nessa época e sim do império da lei e os litígios são compostos pelo Poder Judiciário e não pelo particular. A energia elétrica é bem essencial e indispensável à saúde e higiene da população. Seu fornecimento é serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no seu pagamento."

<sup>128</sup> É preciso reconhecer que durante algum tempo parte da jurisprudência inclinou-se por inadmitir a suspensão do serviço ao argumento da essencialidade do bem em questão e da característica de continuidade do fornecimento de energia elétrica, com apoio no art. 22 do CDC (Lei n. 8.078/90). O Poder Público ou seu delegado, assim, só ficaria autorizado a proceder à cobrança executiva do débito, sob pena de infringir o art. 42, do mesmo diploma, que proíbe o uso de expedientes constrangedores na cobrança de dívidas a consumidores. Este posicionamento foi, por exemplo, em período passado, o da Primeira Turma do STJ, tendo o Min. José Augusto Delgado sido o relator do acórdão padrão que resultou no assentamento desse entendimento, nos termos do acórdão proferido no ROMS 8915-MA, unânime, j. 12.05.98, DJ 17.08.98.

8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos. 3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95, exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/96, que criou a ANEEL, idêntica previsão. 5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade da partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta). 6. Recurso especial improvido.<sup>129</sup>

É o próprio Código de Defesa do Consumidor que não permite qualquer tipo de expediente que venha a utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer, sob pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa (GAMA, 2004).

Por outro lado, não desconhecemos que há toda uma reflexão no país em sentido oposto ao que se está aqui defendendo, que sustenta a possibilidade de corte do fornecimento pelo não pagamento da tarifa previamente avençada entre administrado e Administração Pública, uma vez que a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser competidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento.<sup>130</sup> Aduzem estas reflexões que importa relevar no ponto o princípio da igualdade de tratamento dentre os destinatários dos serviços públicos, pois as concessionárias, vinculadas ao Estado através de um contrato de direito público, teriam a faculdade de negar-se a cumprir com essa obrigação de fazer, tal como um particular.

Aliás, tal postura vem de certa forma contemplada inclusive pelos termos da Lei n. 8.987/1995, no âmbito do seu art. 6º, §3º, quando disciplina que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção nas hipóteses de situação de emergência ou após prévio aviso, quando a interrupção for motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e, ainda, se ocorrer inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. Ao fazer isto, esta norma criou verdadeira antinomia institucional à natureza do serviço público, eis que, embora haja a descontinuidade do serviço, o dispositivo considera não ter tal fato ocorrido, se os motivos foram possíveis de se enquadrar nos Incisos I e II, configurando verdadeiras hipóteses de excludente da responsabilidade do concessionário, como quer Mukai (MUKAI 1998, p. 24).

Cumprir observar, todavia, que o referido diploma legal estabelece que o corte do fornecimento de energia deve condicionar-se ao interesse da coletividade, ou seja, ele somente será possível *quando o interesse da coletividade assim o determinar*. A interrupção (ou não) do serviço deve

<sup>129</sup> REsp 705203 - SP ; RECURSO ESPECIAL. 2004/0166429-5 . Relatora Ministra Eliana Calmon. II Turma. Julgado em 11 de outubro de 2005, publicado no Diário de Justiça de 07.11.2005 p. 224. Na mesma direção, o Min. Teori Albino Zavascki referiu que *a controvérsia acerca da suspensão de fornecimento de serviço essencial restou superada pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do ERESP 363.943/MG, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 01/03/2004, quando se consagrou entendimento no sentido de que, persistindo a inadimplência do consumidor após o recebimento de aviso prévio, é legítima a interrupção de serviço essencial, explorado por empresa concessionária de serviço público, nos termos do art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/1995*. I Turma, julgado em 27/09/2005, publicado no DJ de 10/10/2005.

<sup>130</sup> Ver os trabalhos de Almeida (2002); Nunes (1997).

fundamentar-se, pois, no princípio da supremacia do interesse público envolvido na espécie, que se constitui como um dos princípios fundamentais do Direito Público e sustentáculo do Poder Estatal.

Se é verdade que, a fim de garantir a sua continuidade, eficiência, bem como a modicidade de suas tarifas, os contratos de concessão admitem a intervenção do poder concedente no serviço prestado de modo que o mesmo seja executado e mantido em perfeitas condições de regularidade e continuidade, mesmo que a execução tenha sido entregue a uma pessoa jurídica de direito público, isto ocorre porque o prestador do serviço público age na qualidade de *longa manus* do Estado, devendo orientar-se pelo regime jurídico que rege as relações jurídicas em que o Estado é parte, ou seja, não se duvida, o regime jurídico de direito público. Em face disto é que a concessionária possui o dever de prestar serviço adequado, não podendo ela suspendê-lo unilateralmente, o que destaca ainda mais a impossibilidade (nos contratos de direito público) de se alegar simplesmente a exceção do contrato não cumprido na espécie, sob pena de se renunciar ao regime próprio do serviço.<sup>131</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tenho que ao tentarmos discutir o tema da natureza jurídica da prestação do serviço público de energia elétrica no Brasil e as possibilidades dele ser sustado em face de inadimplências pretéritas - haja vista que dívidas presentes não ensejam a continuidade do serviço em face de que ele precisa ser mantido orçamentariamente, salvo existência de lei que autoriza alguma forma de benefício social - é preciso termos presente que, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade patrimonial (envolvendo o (des)cumprimento de contratos e obrigações lícitas), deve incidir sobre o patrimônio do devedor, e não sobre a própria pessoa, de forma que - como já vimos - quando o corte de energia elétrica é utilizado a fim de coagir o consumidor a efetuar o pagamento das parcelas em atraso, configura prática abusiva por parte da concessionária de energia elétrica, uma vez que os meios adequados para que a concessionária receba os valores decorrentes do serviço por ela prestado são a ação de cobrança e a ação de execução. A suspensão do serviço, decorrente de ato unilateral da concessionária, salvo melhor juízo, configura crime de exercício arbitrário das próprias razões, na medida em que viola o sistema jurídico e a própria dignidade da pessoa humana.<sup>132</sup>

Na mesma direção o Ministro Luiz Fux, ressaltando posição na direção da proteção de direito fundamental e da dignidade da pessoa humana, teve oportunidade de referir que:

ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE. 1. A 1ª Seção, no julgamento do REsp n. 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei n. 8.987/95, art. 6º, § 3º, II). 2. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do REsp n.º 337.965/MG entendeu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei n. 8.987/95. 3. Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário

<sup>131</sup> Ver os trabalhos de Justen Filho (2005); Azevedo; Alencar (1998); Grau (2002).

<sup>132</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre o princípio da dignidade humana, vale a leitura da obra de Sarlet (2007).

ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção. 4. A aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal. 5. A Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa não empreender o corte de utilidades básicas de um hospital ou de uma universidade, tampouco o de uma pessoa que não possui módica quantia para pagar sua conta, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. 6. Ressalvadas, data maxima venia, opiniões cultíssimas em contrário e sensibíllimas sob o ângulo humano, entendo que ‘interesse da coletividade’ a que se refere a lei pertine aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos. 7. Por outro lado, é mister considerar que essas empresas consagram um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, por isso que é notório que essas pessoas jurídicas recebem mais do que experimentam inadimplementos. 8. Destacada minha indignação contra o corte do fornecimento de serviços essenciais a municípios, universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos submeto-me à jurisprudência da Seção. 9. Recurso especial improvido, por força da necessidade de submissão à jurisprudência uniformizadora.<sup>133</sup>

Veja-se que aqui há um destaque importante que precisa ser feito, a saber, a circunstancialidade do caso concreto quando envolve a periclitacão de direito fundamental do sujeito individual em face do sujeito coletivo que é toda a sociedade usuária dos serviços sob comento. Em outras palavras, se a energia elétrica se apresenta como bem jurídico densificador materiais da efetivação da dignidade da pessoa humana e enquanto condição de possibilidade para o exercício efetivo da cidadania, mister é que ele seja cotejado com o universo de sujeitos de direitos que pretende alcançar.

Vem a calhar, na espécie, a abordagem que Alexy faz sobre a forma de solucionar casos concretos a partir de uma perspectiva mais ampliada do sistema jurídico e sua relação com o meio em que atua, notadamente em face de seus princípios e regras jurídicas. Considera o autor que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas existentes no entorno em que eles operam. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que se caracterizam por que podem ser cumpridos em diversos níveis e graduações, e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só dependem das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 1997, p. 118).

Veja-se que a dimensão das possibilidades fáticas leva à utilização dos princípios de adequação e necessidade das demandas em face dos recursos existentes. Aplica-se, a partir daqui, a chamada lei da ponderação, em que quanto mais alto seja o nível de descumprimento de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento de outro.<sup>134</sup>

Com base nestas reflexões, impõe-se efetivamente ao Poder Judiciário não perder de vista a natureza social (mais que individual) do serviço prestado em termos de fornecimento de energia elétrica, essencial sim, mas a toda comunidade, e não somente a uma parcela dela; que tal bem jurídico, por ser finito, demanda racionalização e custo financeiro à sua coleta e forneci-

<sup>133</sup> No Recurso Especial n. 691516 / RS, relator Ministro Luiz Fux. I Turma, julgado em 11/10/2005, publicado no Diário de Justiça de 24/10/2005, p. 193. Ver nesta direção o trabalho de Rocha (2004).

<sup>134</sup> Vai nesta direção vai também o trabalho de Enterría (2001).

mento, motivo pelo qual deve haver uma política pública definindo a quem compete providenciá-la e fornecê-la, bem como a forma de fazê-lo, com que custo e pago por quem.

Tais dimensões fáticas, quando associadas ao universo jurídico cogente, não têm o condão de afastar ou mesmo flexibilizar direitos sociais e fundamentais, mas tão somente de contextualizar e mesmo equacionar os múltiplos interesses e bens jurídicos envolvidos na espécie de conflito de que se trata - e não se tenha dúvidas sobre o fato de que existem sempre inúmeros bens, conflitos e interesses (explícitos ou implícitos) interagindo em qualquer tensão social ou intersubjetiva.

Neste particular, tratando-se de fornecimento de energia que demanda estruturas econômicas mínimas à sua viabilização, mister é que a ponderação dos interesses em litígio sempre seja aferida no caso concreto, verificando-se quais os valores, princípios e regras que estão em jogo, para então, se for o caso, relevar - diante da impossibilidade fática de se atender satisfativamente todas as pretensões -, quais as que merecem relevo no particular, procurando atender, no máximo, o plexo de garantias fundamentais sociais e individuais existentes e envolvidas (notadamente aqueles atinentes ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana).

Junto com o Ministro Luiz Fux, tenho que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, não se podendo aceitar simplesmente este mecanismo como fórmula de coatar o cumprimento arbitrário de obrigação contratual. Nestes casos, deve o Judiciário coibir tal comportamento, fazendo com que tais relações sejam levadas à esfera devida de execução.

Aliás, quando a Lei Federal n. 8.987/95, prevê a possibilidade de não caracterizar descontinuidade do serviço público sob comento a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando ocorrer o inadimplemento do usuário, o faz considerando o interesse da coletividade. O que podemos entender por tal disposição normativa?

Novamente acompanho o Ministro Fux em seu voto: ressalvadas, data maxima venia, opiniões cultíssimas em contrário e sensibilíssimas sob o ângulo humano, entendo que 'interesse da coletividade' a que se refere a lei pertine aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos. Em outras palavras, quando se estiver diante de interesses de natureza tal que diga respeito à garantia constitucional fundamental, assecuratória do mínimo existencial, cuja periclitación ameaça de forma substancial a dignidade da pessoa humana, então estar-se-á diante de uma situação que não admite a suspensão do serviço, porque isto deporia contra a própria comunidade, no seu significado mais republicano.<sup>135</sup>

Ao se aferir no caso se há ou não tal ameaça de violação a direito social ou individual, revela-se inexorável avaliar, dentre os interesses e bens envolvidos, quais os que estão a demandar maior atenção e cuidados no caso, isto porque, não se esqueça, há princípios e regras jurídicas operando sobre eles: na perspectiva do fornecedor da energia, a relação contratual entabulada com o consumidor, prevendo o pagamento do serviço como contraprestação e forma de viabilizar a sua continuidade, modicidade, qualidade, eficiência, para toda a sociedade; na perspectiva do

<sup>135</sup> Estou, pois, divergindo de algumas posições doutrinárias que sustentam, de forma radical, que constitui prática abusiva o corte de energia elétrica por falta de pagamento, eis que o serviço é considerado essencial, não prevalecendo a norma que autoriza a interrupção (art. 6º, parágrafo 3º, II da Lei n. 8.987/95), pois a mesma conflita com o Código do Consumidor, prevalecendo a norma consumerista em razão do princípio da proibição de retrocesso ao invés do princípio *lex posteriori revoga legis a priori*, como quer Martins (2004).

consumidor, da mesma forma, o de receber tal serviço nestas condições, inclusive participando do controle efetivo dos seus requisitos constitutivos.

A inadimplência de qualquer uma das partes implica sérias consequências, tanto individuais (possibilidade de suspensão do serviço e cobrança da dívida), como sociais (inviabilizando a prestação deste serviço para os demais consumidores, por ausência de estrutura financeira necessária, o que pode gerar quiçá problemas de segurança comunitária).<sup>136</sup>

Ora, se a parte consumidora do serviço público não se encontra em estado de periclitacão do seu mínimo existencial capaz de lhe comprometer a vida ou suas funções vitais e neurais à concretização dos direitos fundamentais, sociais e individuais, não pode simplesmente deixar de cumprir com sua quota comunitária de responder pelas condições de prestação do serviço (pagamento do preço ou tarifa públicas), sob pena de comprometer os níveis de existência digna de seus pares em igual situação de sujeitos de direito.<sup>137</sup>

De toda a sorte, como referido dantes, são as especificidades do caso concreto que deverão delimitar as condições de possibilidades de solução da lide.

Se é certo que inexistem soluções fáceis neste âmbito, eis que o bem jurídico tutelado diz com a dignidade da vida humana, não é menos correto afirmar que o sopesamento deste bem deve levar em conta sua natureza coletiva e societária, em face de sua dimensão individual. Ademais, veja-se que, inexistindo norma constitucional ou infraconstitucional que discipline a gratuidade ou mesmo a isenção do pagamento de tais serviços, até que sejam editadas, ou que se conclua pela responsabilidade do Estado em prestá-los por dever de ofício, gratuita e universalmente, não se pode imputar simplesmente à concessionária o ônus de suportar o inadimplemento injustificado do consumidor, porque beira a ilicitude.

Nas ações judiciais que ocorrem aos tribunais brasileiros, muitas vezes, o consumidor em momento algum contesta os valores que lhe estão sendo cobrados pelo fornecedor, pela prestação do serviço, tampouco questiona a modicidade, qualidade e eficiência dos preços praticados, referindo tão somente que não tem condições de pagar o serviço prestado, sem contudo demonstrar nenhuma iniciativa de tentar o equacionamento do problema que enfrenta, como que relegando ao concessionário a obrigatoriedade de encontrar uma solução para uma situação que ele ajudou a criar.

Tais soluções devem, ao contrário de serem atribuídas somente a uma parcela dos atores sociais, contar com a participação ativa de todos os beneficiados e responsáveis por elas.

## REFERÊNCIAS

AGUILAR, Fernando Herren de. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2000.

<sup>136</sup> Nesta direção, o trabalho de Oliveira (1998), igualmente: Pinheiro (2001).

<sup>137</sup> Veja-se que, neste sentido, a Corte Especial tem entendido não poder haver corte indiscriminado de energia elétrica, principalmente quando provoca prejuízos a toda uma comunidade, que depende desse bem para seu funcionamento. Aqui, o direito à suspensão da energia, quando o usuário deixa de efetuar o pagamento da contraprestação ajustada, não é refutado, pois decorre de previsão legal. O que se procura impedir são os resultados gravosos decorrentes do corte quando efetuado de forma indiscriminada, assim considerado o que é realizado sem que a concessionária tome as providências necessárias no sentido de preservar os serviços essenciais à população. Significa dizer que, se tais precauções forem tomadas, o corte pode ser efetivado. Ver decisão do STJ-2ª. Turma, Resp 302620-SP, rel. p/ o acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 11.11.03, DJ 16.02.04.

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo*. Madrid: Ariel, 2004;
- ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis n. 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei n. 9.648, de 27.05.1998*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcello, et al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CARBAJO, Joël. *Droit des services publics*. Paris: Dalloz, 2003.
- CHINCHILLA, Carmen Marín. El servicio público: una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? In: *Estudios sobre la Constitución Española*, Tomo II. Madrid: Civitas, 2002.
- CRETELLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Civitas, 2001.
- FREITAS, Juarez. *O Estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos*. In *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GEZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. Suspensão do fornecimento de energia elétrica: constitucionalidade, código do consumidor, princípios e os postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 36. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2005.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Sociedade e Administração Pública: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- MARTINS, P. Luis. *Corte de energia elétrica por falta de pagamento: prática abusiva*. Brasília: Consulex, 2004.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 2001.

MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviço Público: Conceito e Delimitação na Ordem Constitucional. In: *Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, José Carlos de. *Código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: LED, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PINHEIRO, Claudia. A suspensão de serviço público em virtude do inadimplemento do usuário à luz dos princípios da boa-fé e da proporcionalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais n. 40, p. 74, out./dez. 2001.

ROCHA, Fabio Amorim da. *A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SABINO, Alvarez Gendín. *El servicio público: su teoría jurídica administrativa*. Madrid: IEP, 2004.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEGALLA, Alessandro. A Suspensão do Fornecimento de Energia Elétrica a Usuário Inadimplente à Luz da Constituição Federal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, janeiro-março/2001. 2001.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1974.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano: Cedam, 2000.

## CAPITULO V

*Os direitos fundamentais da gestante no âmbito das relações de trabalho: um estudo de caso*



## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo neste texto tratar do tema envolvendo o Direito Fundamental de ser gestante no Brasil e suas particularidades normativas e pragmáticas, em especial no que tange aos desdobramentos garantidores do estado gravídico no âmbito das relações de trabalho. Para tanto, vou me valer de algumas considerações teóricas aplicáveis à espécie, para em seguida tratar de um de caso jurisprudencial.

## 2 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS DESAFIOS

Pode-se dizer que, no Brasil, desde a Constituição de 1988, tem-se um catálogo de Direitos Fundamentais bastante amplos e pontuais. Dentre estes, quero dar destaque para os estabelecidos no art. 6º (direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados), associados com os previstos no título da ordem social, particularmente os arts. 226 a 230, que tratam da família, tendo claro que tais direitos possuem estreita relação com o princípio da solidariedade social, previsto no artigo 3º, incisos I, III e IV, da CF, e da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da CF.

Faço esta referência normativa expressa porque, não raro, os principais obstáculos à implementação desses direitos - no Brasil e em outros países - em locais que há ainda altos índices de desigualdade social e vulnerabilidade econômica, são de grande monta, notadamente em face - ao menos argumentativamente - de suas dimensões prestacionais, reclamando prestações positivas do Estado, o que implica previsão orçamentária prévia.

Por tais razões é que Canotilho, por exemplo, tem sustentado que a proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais depende de condições chamadas pela doutrina moderna de pressupostos de direitos fundamentais, dentre os quais: capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa (CANOTILHO, 2009).<sup>138</sup>

Não tenho dúvidas de que os Direitos Fundamentais Sociais acima referidos representam normas de eficácia plena, mesmo nas relações entre particulares, somando forças à doutrina de Sarlet (2009) e Piovesan (2007).<sup>139</sup> Todavia, neste debate, questiona-se sobre a possibilidade do Poder Judiciário, numa demanda proposta por um único indivíduo, dar efetividade a um direito social, desconsiderando as políticas públicas desenvolvidas pelo ente público competente, e privilegiando somente uma pessoa, em detrimento de toda a coletividade.

Estou querendo dizer que, do ponto de vista pragmático, não resolve muito afirmar que é preciso preencher os déficits de direitos assegurados formalmente e descumpridos materialmente no cotidiano da vida das pessoas pelos poderes instituídos e por elas próprias se não se enfrenta como fazê-lo, com base em que premissas e procedimentos. Vale dizer, é possível dar concretude

<sup>138</sup> Daqui vem a tese do autor português no sentido de que as normas constitucionais devem orientar a elaboração legislativa, constituindo o seu pressuposto material de constitucionalidade, configurando-se, assim, como dimensão objetiva dos direitos sociais, que vinculam o legislador de duas maneiras: num sentido proibitivo, vedando a edição de atos normativos contrários às normas e princípios constitucionais, e num sentido positivo, impondo ao legislador o dever de realização dos direitos fundamentais.

<sup>139</sup> Ver meu texto Leal (2009).

imediatamente a todos ao mesmo tempo de todos os direitos e garantias asseguradas pela Constituição brasileira de 1988? Quem tem competência para fazê-lo?

Numa perspectiva mais textualista (no sentido de certa declinação dos chamados originalistas norte-americanos, que pregavam a reconstrução do *original intent* dos legisladores - principalmente dos *framers of the constitution*, aqueles que promulgaram a constituição -, utilizando como parâmetro a situação histórica e cultural da época da edição da norma), comprometida com certo pluralismo político, pode-se afirmar que os juizes, agentes não eleitos popularmente, não podem substituir com os seus valores e compreensões de mundo as normas postas pelo legislador regularmente eleito, sendo o debate democrático no congresso a melhor forma de resolver os conflitos de interesses entre os diferentes agentes sociais, razão pela qual os juizes devem seguir a lei, e não sua própria visão da justiça (SCALIA, 1997).<sup>140</sup>

Para os adeptos desta perspectiva, o texto de lei claro não deve ser interpretado, limitando-se a atividade do juiz a uma subsunção. Caso o texto seja obscuro, o intérprete pode resolver a obscuridade analisando a linguagem de estatutos similares ou buscando harmonizar o preceito legal com os do resto da lei e com a legislação relacionada. Os juizes somente podem integrar as lacunas das leis quando o legislador expressamente o permitir. Se o legislador não delegar esse poder, o juiz deve declarar que a questão está fora do domínio da lei (*outside the statute's domain*), e decidir baseado em outros parâmetros normativos aplicáveis, conforme o caso concreto.

Não tenho como adequada esta valoração excessiva do significado literal do texto da norma no contexto das demais normas e no contexto lingüístico e cultural, utilizando como parâmetro uma coerência horizontal (a comparação com outras normas do ordenamento), tendo como fundamentos a divisão dos poderes e uma visão formalista para a qual é tarefa do juiz individualizar significados textuais, restringindo a atividade judicial e ampliando a legislativa (o legislador é o único agente com funções de *policymaking* e *lawmaking*) (TARUFFO, 1999, p. 39 e ss).

Mas, por outro lado, também não entendo que seja viável inverter estes papéis descriptivamente e como postura hermenêutica, até porque o que se estaria fazendo é tão somente sobrepujar o autoritarismo formal da norma pela autoridade subjetiva do magistrado, seguindo talvez a orientação *originalista*, que dá destaque demasiadamente à *public values philosophy*, no sentido de que os juizes devem utilizar como parâmetros para a interpretação da lei os princípios da divisão dos poderes e da soberania legislativa, buscando sempre propiciar o desenvolvimento e a garantia dos valores públicos, já que os tribunais são os órgãos mais confiáveis e mais bem equipados para garantir determinados valores essenciais a um Estado constitucional (ESKRIDGE, 1989. v. 137, p. 1007 e ss).<sup>141</sup>

Mas é possível outro caminho, considerando que ambas as correntes acima identificadas entendem que os tribunais complementam, necessariamente, a atividade do legislador, já que os juizes, conhecedores dos valores fundamentais da sociedade, também são participantes na formação das políticas jurídicas, atuando como *policy-makers* quando da interpretação e aplicação

<sup>140</sup> Ver a crítica que Dworkin faz a este movimento em Dworkin (1996), em especial a partir da p. 11, identificando Scalia como um dos maiores representantes deste textualismo gramatical conservador da Suprema Corte Americana.

<sup>141</sup> Ver também o excelente texto de Calabresi (2006). Para Eskridge, são os princípios e valores básicos subjacentes ao ordenamento jurídico que contribuem *para e são* resultado do desenvolvimento moral da sociedade, afigurando-se como verdadeiros elementos extranormativos que devem ser garantidos pelo juiz quando da interpretação da lei (criação do direito).

da lei (a diferença entre as duas teorias está no âmbito de criatividade judicial que cada uma reconhece ao juiz)?

Este debate no Brasil não é novo, eis que, como lembra Comparato, já Ruy Barbosa sustentava ser demasiadamente artificial a distinção que se faz entre *questões políticas e questões jurídicas*, isto pelo fato de que o efeito da interferência da justiça, muitas vezes, não consiste senão em transformar, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão política em questão judicial. Destaca Ruy:

Mas a atribuição de declarar inconstitucionais os atos da legislatura envolve, inevitavelmente, a justiça federal em questões políticas. É, indubitavelmente, um poder, até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais. Quando a pendência toca a direitos individuais, a justiça não se pode abster de julgar, ainda que a hipótese entenda como os interesses políticos de mais elevada monta.<sup>142</sup>

É interessante como, da mesma forma que Ruy Barbosa, Pontes de Miranda tinha claro a artificialidade desta abrupta separação entre política e direito, sustentando que:

Nunca se considera questão exclusivamente política qualquer questão que consista em saber se existe ou não, ou - se existe - qual a extensão ou qual a amplitude de atribuição das entidades políticas (união, estados-membros, distrito federal e municípios), de algum dos poderes públicos (poder legislativo poder judiciário estadual, prefeitos, câmaras municipais), ou de algum dos seus órgãos e se foi, ou não, violado (habeas corpus, mandado de segurança) direito de alguém. (MIRANDA, 1970, p. 637).<sup>143</sup>

Com base em tais premissas pode-se concluir que a relação entre direito e política é passível sim de sindicabilidade, seja política ou jurídica, exatamente para que se tenha claro o respeito às regras constitucionais e infraconstitucionais estabelecidas. O problema é saber quais os limites, a extensão e profundidade de tal possibilidade. Ou seja, a questão é: em que medida a ação judicial incisiva sobre atos e comportamentos públicos e privados não exorbita dos quadrantes delimitadores de sua competência e invade a autonomia e independência das pessoas (físicas e jurídicas)?

Para responder a esta pergunta tomo como premissa a tese de Dworkin de que os magistrados não são pessoas iluminadas pela razão esclarecida da modernidade e, por isto, capazes de exercer o domínio e a demarcação privilegiada do sentido verdadeiro (juízo de evidência) da ordem normativa vigente, mas, ao contrário, *the moral reading, as i said, is a theory about what the constitution means, not a theory about whose view of what it means must be accepted by the rest of us*.<sup>144</sup> o desvelamento do que a constituição diz, por sua vez, é tarefa de muitos, no imbricado processo político e social de constituição da república.

<sup>142</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A questão política nas medidas provisórias: um estudo de caso*. Op.cit., p.11. Não se esqueça, entretanto, que o art. 68, da Constituição de 1934, e o art. 94, da Constituição de 1937, determinaram ser vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas (como denúncias contra os interventores designados por Getúlio Vargas para substituir os governadores de Estados eleitos). Vargas neste período aposentou compulsoriamente Ministros do STF considerados contrários ao Movimento do Tenentismo, não tendo inclusive cumprido algumas decisões desta Corte.

<sup>143</sup> Este é um tema por demais complexo e que refoge ao objeto deste ensaio, razão pela qual não vou aprofundá-lo no debate brasileiro.

<sup>144</sup> Na sua Teoria Moral da Constituição (DWORKIN, 1996, p. 10).

Então, tenho que, por não se confundirem judiciário, legislativo e executivo, a questão da *originalidade judicial* só pode se evidenciar nos casos em que as normas existentes *parecem indeterminadas, ambíguas*, ou mesmo em que nenhuma norma, explicitamente, parece disponível; isto é, nos chamados casos difíceis (*hard cases*),<sup>145</sup> nos quais, tradicionalmente, opera-se a discricionariedade do juiz, não de forma livre, mas a partir do universo em que está constituída - ou seja, levando em conta sim as estruturas institucionais e de competências normativas dos demais poderes de estado e as responsabilidades atribuídas aos sujeitos de direito da sociedade civil.

Quero dizer que, ao fundir pretensões jurídicas e morais, o texto constitucional faz com que a validade de um direito dependa não somente de uma determinada norma positiva, mas de complexos problemas morais, políticos, econômicos e sociais, isto porque, ao ser compreendida de forma mais aberta, a norma jurídica desmistifica-se, abandonando a onipotência que o positivismo jurídico lhe atribui e tornando-se uma fonte extraordinária de direitos morais. Por tais razões é que se opera, no âmbito da cotidiana tarefa de interpretação da constituição, verdadeira *moral reading of the constitution*, aqui entendida como *the moral reading proposes that we all—judges, lawyers, citizens—interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice*. (DWORKIN, 1996 p. 3).<sup>146</sup>

Daí a necessidade de, ao reconhecer competências constitucionais aos poderes instituídos, em especial ao judiciário, ter presente seus limites formais e materiais, exatamente para que não se perca de vista a necessidade de

*mantenere il nucleo identitario dello patto costituzionale, caso contrario il patto si estingue, per far posto, salvo anarchia, ad un nuovo patto costituente, che non può certo trovare nel precedente né base sostanziale, né legittimazione. Su penna di si tenere un trasferimento implicito di sovranità e del possibile affermarsi di un modello di custodia nel quadro de una democrazia limitata*. (BONGIOVANNI, 2008, p. 65).<sup>147</sup>

E como se faz isto? A partir de equações argumentativas que dêem conta da legitimidade da ordem jurídica a partir da preocupação de darem respostas à questão acerca de como decisões jurídicas sucedem vinculadas a decisões institucionais precedentes e como podem ser fundamentadas racionalmente.<sup>148</sup>

Robert Alexy lembra, em situações como esta, da vinculação que decisões jurídicas devem ter com outras - institucionais/parlamentares/constitucionais -, que servem de demarcação originária à legitimação democrática da ação judicial.<sup>149</sup> a necessária fundamentação que se exige pela via do discurso jurídico igualmente está demarcada pelos significados e sentidos encetados

<sup>145</sup> Aliás, este conceito de *hard case* não tem nada a ver com a perspectiva de que haja situações fáticas passíveis de serem solvidas por uso restritivo do conceito de regra jurídica como demarcatória de situações típicas conformadas gramatical e objetivamente que não autorizam atribuições de sentidos na apreciação de casos concretos (*easy case*), mas tão somente indica cenários normativos de alta porosidade e abertura signica que reclamam mediação intersubjetiva diferida do intérprete/aplicador. Ver o texto de Guarneri; Pederzoli (2003).

<sup>146</sup> Adverte o autor que: “*The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional Law. But political morality is inherently uncertain and controversial, so any system of government that makes such principles part of its law must decide whose interpretation and understanding will be authoritative.*” E neste sentido, com certeza não é o Poder Judiciário o único ator que tem tal competência - a despeito de ser o guardião final da Constituição.

<sup>147</sup> Habermas reconhece pontualmente este problema também, em especial no texto Habermas (1997).

<sup>148</sup> Tenho que Alexy (2009) dá boas pistas para tanto.

<sup>149</sup> Esta preocupação é também institucionalista (além de procedimental), na medida em que reconhece a outros espaços institucionais iguais competências à deliberação pública sobre aspectos normativos da sociedade civil. Lembro-me das reflexões de Griffin (1996), ao sustentar que o Judiciário não tem supremacia exclusiva no processo de interpretação constitucional, uma vez que todos os órgãos constitucionais são responsáveis pela efetivação e interpretação do sistema jurídico (notadamente o constitucional).

pelo sistema normativo vigente, que a despeito de em constante mutação, conta com referências, procedimentos e instâncias deliberativas regulares que precisam ser observadas, sob pena de dar-se vezo a imposições autoritárias.

E isto ocorre por uma razão muito simples, a saber, pelo fato de que uma teoria coerencial do direito não pode resolver sozinha o problema da aplicação racional do direito. Assim como regras não podem se aplicar a elas mesmas, um sistema não pode produzir ele próprio a resposta correta. Para tanto, são necessários pessoas e procedimentos (GRIFFIN, 1996), todavia, estas pessoas e procedimentos precisam, por sua vez, estar ancorados em sistemas normativos que possuem caráter fundamentalmente deontológico, regulando o contexto vital dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta. Daí a conclusão de Alexy - diferente de Habermas<sup>150</sup> -, no sentido de que este caráter deontológico do sistema normativo (princípios e regras jurídicas) não implica *absolutos*, podendo ser compreendido como constituído, dentre outras coisas, por mandados de otimização.<sup>151</sup>

Está correto Alexy, pois, por suas palavras, a conceitualização dos princípios como mandados de otimização conduz, na realidade, à inclusão de critérios do âmbito da racionalidade econômica no direito, e é precisamente este seu sentido (HABERMAS, 1997, p. 123) eis que, em face de demandas progressivamente infinitas, as quais demandam recursos naturais e construídos finitos, será preciso ponderar razões de justificação e fundamentação das escolhas decisórias judicantes a partir, por exemplo, de parâmetros materiais de adequação, necessidade e proporcionalidade proposta pelo autor alemão.<sup>152</sup> tais juízos cognitivos e deliberacionais, por sua vez, são tomados no espaço público da interlocução procedimental que deve ser criado (pela via do devido processo legal, por exemplo), garantindo aos sujeitos participantes condições emancipadas e críticas de atuação.

A partir desta lógica argumentativa, Alexy (2002a, p. 124) sustenta que não importa se um direito individual é restringido em benefício de bens coletivos ou em benefício dos direitos individuais de outros: a restrição é obrigatoriamente inadmissível e viola o direito quando não for apropriada, necessária ou proporcional.

Mas aqui persiste um problema: é relevante aferir se as razões de justificação e fundamentação da adequação, necessidade e proporcionalidade da decisão judicial são válidas? Por certo que sim, e isto porque práxis decisórias (e não decisões propriamente ditas, eis que estas são resultado da práxis), precisam ser universalistas, a fim de garantir a segurança, previsibilidade e certeza das regras do jogo democrático. E para serem universalistas, mister é que, na decisão de casos individuais, se constituam regras que obtenham força prejudicial. Porém, estas regras

<sup>150</sup> Habermas entende, aqui, que conceber os princípios informativos do sistema normativo como mandados de otimização permitiria análises envolvendo custos e vantagens, e isto, sob o prisma normativo, levaria a uma restringibilidade dos bens que protege em face de outros bens, mesmo que coletivos. Em outras palavras: “Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito - e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores.” (HABERMAS, 1997, p. 323).

<sup>151</sup> Habermas é explícito ao defender que: “Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização - conforme é sugerido pela “ponderação de bens” nas demais doutrinas metodológicas -, porque isso suprimiria seu sentido de validade deontológica.” (1997, p. 258). Argúi o autor que: “No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade, sem explicar pragmaticamente, no entanto, o que entende por ordem transitiva,” até porque, no ponto, parece concordar com Dworkin em relação à tese de que: “no conflito entre princípios, não se faz necessária uma decisão do tipo “tudo ou nada”. É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios que cedem o lugar. Um princípio passa à frente do outro, conforme o caso a ser decidido”. (1997, p. 259).

<sup>152</sup> Não tenho tempo e espaço para explorar amiúde estes conceitos alexianos aqui, razão pela qual remeto o leitor a alguns textos indispensáveis à esta abordagem: Alexy (2002a; 1999; 2002b; 1998; 1997).

possuem o caráter de normas relativamente concretas, sendo, portanto, não só capazes como também necessitadas de justificação. Com isto todo o discurso de aplicação inclui um discurso de justificação (ALEXY, 2002a, p, 127).<sup>153</sup>

Vai em direção hermenêutica similar Habermas (1997, p. 306) ao dizer que:

As normas de princípio que ora perpassam a ordem jurídica exigem uma interpretação construtiva do caso concreto, que seja sensível ao contexto e referida a todo o sistema de regras. Porém, no interior do sistema do direito, ela significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do estado clássico de direito, à custa da autonomia dos cidadãos. Orientada por normas fundamentais, a jurisprudência precisa voltar seu olhar, normalmente dirigido para a história institucional da ordem jurídica, para problemas do presente e do futuro. Ingeborg maus teme, de um lado, que a justiça intervenha em competências legislativas para as quais ela não possui uma legitimação democrática e que ela promova e confirme, de outro lado, uma estrutura jurídica flexível, a qual vem ao encontro da autonomia dos aparelhos do estado - de tal modo que a legitimação democrática do direito também pode ser solapada por este lado.

Daí a necessidade do controle dos atos decisoriais a partir de procedimentos e argumentos racionais, tendo em conta que eles precisam conviver com outras decisões instituintes das possibilidades de convívio e comportamento sociais.

Dadas estas premissas, passo ao estudo de caso.

### 3 O ESTUDO DE CASO

O caso que se me apresentou para julgamento e que envolvem os temas sob comento deu-se no âmbito de Agravo de Instrumento interposto por uma cidadã nos autos da ação ordinária ajuizada em desfavor de uma Câmara Municipal de Vereadores de cidade gaúcha<sup>154</sup>, em face da decisão exarada nos seguintes termos:

Vistos os autos. Tangente ao pedido liminar formulado, não se pode olvidar que o art. 273, do CPC, exige prova inequívoca da verossimilhança da alegação, bem como risco de dano irreparável ou de difícil reparação. No particular cumpre observar que há verossimilhança na alegação expendida pela requerente, na medida em que demonstrou, em sede de cognição sumária, sua condição de gestante (fl. 27) antes da data em que restou exonerada (fl. 21). Muito embora a natureza jurídica do cargo ocupado pela autora, caracterizado pela sua precariedade, tal não obsta seu direito à estabilidade reconhecida pela ordem constitucional, em consonância com o art. 7º, XVIII, estendido aos servidores públicos pelo art. 39, § 3º, ambos da Carta Magna, e vedada a dispensa de gestante pelo art. 10, II, 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse rumo, aliás, colaciono o seguinte precedente jurisprudencial: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. ART. 7º, XVIII, CF/88 E ART. 10, II, 'B', DO ADCT. DIREITO A INDENIZAÇÃO EQUIVALENTE À REMUNERAÇÃO QUE FARIA JUS DA EXONERAÇÃO ATÉ CINCO MESES APÓS O PARTO. PRECEDENTES DAS CÂMARAS INTEGRANTES DO 2º GRUPO CÍVEL DESTA COR-

<sup>153</sup> Em verdade, tal postura de Alexy contradita diretamente a assertiva de que discursos de aplicação se distanciam de discursos de justificação, como quer Günther (2004), pois as dimensões de validade (justificação) e adequabilidade (aplicação) dar-se-iam em momentos argumentativos e pragmáticos distintos.

<sup>154</sup> Nos autos do Agravo de Instrumento n. 70047664347, julgado pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no dia 01 de março de 2012, à unanimidade, por minha relatoria.

TE. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME<sup>z</sup> (Apelação Cível N. 70040397895, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, Julgado em 14/12/2011). No entanto, não se pode perder de vista uma particularidade do caso vertente. A requerente foi nomeada para cargo em comissão pela Presidente da Câmara de Vereadores de Frederico Westphalen. Com o término do mandato desta sobreveio sua exoneração poucos dias depois de saber da sua gravidez. Destarte, seu pleito de reintegração encontra um obstáculo que não pode ser olvidado: seria ela reintegrada em cargo de confiança de Vereador recém escolhido Presidente da Câmara de Vereadores. Ora, a pretendida decisão liminar teria o condão de submeter o edil eleito Presidente da Câmara a ter funcionária ocupante de cargo importante e de confiança, escolhida por outra Vereadora que, talvez, nem seja do seu grupo político. Daí que essa circunstância, no meu entender, malgrado a verossimilhança reconhecida no caso, impede o acolhimento da decisão liminar de reintegração. A possibilidade, então, que poderia contornar esse obstáculo seria a determinação de pagamento dos vencimentos que a requerente faria jus. Mas esse pleito, em sede liminar (como se depreende do item <sup>z</sup>Antecipação de Tutela<sup>z</sup>, fl. 3), não restou formulado, e a decisão seria, nessa hipótese, <sup>z</sup>extra petita<sup>z</sup>. Sem esquecer que a parte autora também não justificou o risco de dano irreparável ou de difícil reparação que estaria sujeita em não sendo deferida a liminar. Diante do exposto, nos termos formulados pela requerente, INDEFIRO o pedido de antecipação de tutela. Defiro o pedido de AJG. Cite-se. Intime-se.

Em suas razões, a agravante sustentou que trabalhou desde o dia 04 de janeiro de 2011 até 29 de dezembro de 2011, junto à repartição pública referida, prestando serviços na função de Assessora da Presidência da Câmara Municipal de Vereadores. Disse que, quando de sua exoneração, já estava grávida, o que era de conhecimento de todos, fazendo *jus*, portanto, a estabilidade no emprego, desde a ciência da gravidez até cinco meses após o parto.

Embasou sua pretensão no disposto no art.10, letra “b”, do ADCT, da Constituição de 1988, que assegura estabilidade à empregada gestante. Pugnou a concessão da antecipação de tutela, no sentido de ser reintegrada no cargo que titulava e/ou similar, com igualdade de rendimentos, ao menos até o fim do prazo de estabilidade provisória.

Inicialmente entendi por bem afastar a impossibilidade de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, conforme previsão expressa da Lei n. 9.494/97, bem como do próprio Código de Processo Civil, que no § 2º, do art. 273, dispõem acerca da vedação à concessão da antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Evidencia-se, assim e desde já, aparente colisão entre o cumprimento de legalidade estrita por parte do Poder Legislativo local e o direito constitucional de estabilidade provisória da empregada gestante.

Aqui entra a teoria coerencial à ponderação dos interesses mediados pelos direitos consecutórios referidos acima, levando em conta o caráter deontológico das normas jurídicas sob comento e suas funções reguladoras do contexto vital dos cidadãos e interesses envolvidos no particular, levando-me a sustentar que tais dispositivos jurídicos não podem implicar, repito, *absolutos*, mas mandados de otimização capazes de elevar à máxima potência seus comandos compromissados à dignidade da vida humana em toda a sua extensão material e formal, o que será feito a partir de razões justificatórias e públicas das escolhas e decisões tomadas no feito - angularizadas pelo universo dos autos e da lide.

Com esta orientação tenho que exaurir a cognição antes de conceder a liminar pretendida à gestante sem que, com isso, pusesse em risco o direito constitucional de estabilidade previsto

e, seguramente, a impossibilidade de se dar efetividade à jurisdição se, somente ao final da ação, concedesse a pretensão, quando provavelmente não mais seria possível a reintegração ao cargo, subsistindo tão-somente a via indenizatória, causaria prejuízo maior à Fazenda Pública, que teria de efetuar pagamento sem a contrapartida da prestação do trabalho.

De outro lado, a fim de reconhecer o direito da autora à estabilidade em virtude do seu estado de gravidez no momento em que foi dispensada do cargo comissionado, dispõe a Constituição Federal Brasileira de 1988 que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos (art. 7º, inciso I).

Com tal disposição, equaciona-se o disposto no art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a saber:

Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição

II - fica vetada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Veja-se que o Brasil é signatário da Convenção da Organização Mundial do Trabalho nº 103/52, em cujo art. VI, está a previsão de que, quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. III, da presente convenção (licença maternidade), é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada.

Na mesma direção vai o art. 10, inc. 2, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), firmado pelo Brasil, quando disciplina que Devem-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

No plano do direito interno, notadamente em relação ao texto constitucional supracitado, várias interpretações surgiram, notadamente quando se buscava inquirir se a gestante deveria, ou não, comunicar sobre sua gravidez ao patrão. A discussão resultou na manifestação das seguintes teorias: objetivista; subjetivista; e eclética.

Para os defensores da teoria objetivista, a empregada fará jus à estabilidade desde que esteja de fato grávida, independentemente de ter, ou não, comunicado tal fato ao patrão. Pela teoria subjetivista, a empregada só será considerada detentora da estabilidade se comunicar sobre sua gravidez ao patrão. Enquanto isto, a teoria eclética sustenta que, até o terceiro mês de gestação, há a necessidade de comunicação da gravidez, enquanto, a partir do quarto mês de gestação, a comunicação é prescindível, uma vez que a partir de tal período o estado de gravidez é objetivamente observável, em face dos chamados *sinais de presunção da gravidez*, situação equivalente ao chamado fato notório que, em consequência, independe de prova.<sup>155</sup>

Com efeito, exigir que a empregada comunique que está grávida é o mesmo que atribuir um encargo probatório à parte mais vulnerável. Condicionar um direito constitucional da mulher

<sup>155</sup> Ver os textos de: Mandalozzo (1996); Fagundes (2003); Lopes (2012).

instituindo entraves probatórios, qual seja, a prova da comunicação da gravidez, é inviabilizar o próprio direito, além de criar-se o inconveniente de negar à mulher trabalhadora a proteção que informa teleologicamente a própria Constituição.

Foi na direção da teoria objetivista a jurisprudência especializada no âmbito do Direito do Trabalho brasileira, em especial a partir da Orientação Jurisprudencial n. 88, do Tribunal Superior do Trabalho, ao firmar entendimento no sentido de que: *GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b, do ADCT).*

Em termos de natureza jurídica destas normas sob comento, pode-se afirmar que representam verdadeira restrição ao direito potestativo de o empregador resilir, unilateralmente, o contrato individual de trabalho, se a gestante estiver no outro pólo, pois se revela prioritário à ordem constitucional, neste particular, proteger a espécie humana da forma mais digna possível, na medida em que a gestante e a mãe chamam a si o ônus de arcar com os cuidados do rebento.

Definido o trabalho como direito social fundamental, nos termos do art. 6º, do Texto Constitucional, não seria aceitável que, por força de fato natural, fosse, mesmo em situações como as que se ostentam nestes autos (servidora ocupante de cargo de confiança ou temporário), além de exposta à perda do emprego, restasse sem qualquer proteção no que tange ao seu direito igualmente fundamental de ser mãe albergado por licença ou fomento pecuniário mínimo que seja.

Não desconheço que o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar a este respeito. Naquela oportunidade, Sua Excelência a Ministra Relatora sustentou que, *não se tratando de dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas de encerramento do prazo regular de duração de contrato temporário sob regime administrativo especial regulado pela Lei Estadual nº8391/1991, não há que se falar em incidência do art. 10, II, b, do ADCT ao caso.* Registrou ainda o Pretório Excelso que *a interpretação dada pelo Tribunal estadual ao art. 7º, XVIII, c/c art. 39, §2º, (redação original), CF, importa em ter por absoluta a estabilidade garantida à gestante no art. 10, II, b, do ADCT, exegese contrária à própria literalidade do dispositivo.*<sup>156</sup>

Em outra direção, todavia, andou, em meu sentir acertadamente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO - MILITAR - CONTRATO TEMPORÁRIO - LICENCIAMENTO - PRORROGAÇÃO - LICENÇA GESTANTE - O militar temporário permanece nas fileiras da ativa enquanto for da conveniência e oportunidade do comando da região militar, sendo a relação jurídica estabelecida entre ele e o serviço das armas de natureza transitória (art. 3º, inc. II, Lei n. 6.391/76). Assim, o vínculo jurídico que prende ao estado o militar temporário é de natureza especial, não se aplicando as normas atinentes ao contrato de trabalho. Embora incontestável a condição de militar temporária da impetrante, devendo regra especial pautar a relação desta perante a administração, o que consiste na ausência do direito à estabilidade assegurado aos militares de carreira, entende-se que ato administrativo não pode contrastar com a determinação constitucional de proteção à maternidade. Aplica-se a estabilidade provisória conferida à gestante até cinco meses após o parto insculpida no art. 7º, inciso I c/c art. 10, inciso II, alínea b da CF às militares, até mesmo por força do art. 142, § 3º, inciso VIII da CF que estende, expressamente, aos militares o disposto no art. 7º, inciso XVIII

<sup>156</sup> STF - RE 287905 - SC - 2ª T. - Relª Minª Ellen Gracie - DJU 30.06.2006 - p. 35.

do mesmo diploma legal. Prequestionamento delineado pelo exame das disposições legais pertinentes ao deslinde da causa. Precedentes do STJ e do STF. <sup>157</sup>

Nesse sentido, cito precedente recente do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA EM EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. VÍNCULO TEMPORÁRIO E PRECÁRIO. DESNECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E DE MOTIVAÇÃO PARA DISPENSA. PERÍODO DE GESTAÇÃO. FRUIÇÃO DE LICENÇA MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 10, II, “b”, DO ADCT.

1. Se a Lei Complementar Estadual n. 59/2001, de Minas Gerais, estabelece o Diretor do Foro como autoridade competente para designar, a título precário, o substituto em função judicial na Comarca, mutatis mutandis, a ele compete dispensar quem anteriormente designou (Precedente: RMS 19415/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 05.04.2006).

2. Ante a precariedade do ato de designação, revela-se legítima a dispensa ad nutum de servidor nestes termos designado para o exercício de função pública, independentemente da existência de processo administrativo para tanto (Precedentes: RMS 11.464/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJU de 14/05/2007; RMS 15.890/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 17/11/2003).

3. A estabilidade do serviço público, garantia conferida aos servidores públicos concursados ocupantes de cargos de provimento efetivo, não pode servir de fundamento para a dispensa de servidora pública não estável, como a ora recorrente, por motivo de gravidez ou por se encontrar a mesma no gozo de licença-maternidade.

4. Assim, servidora designada precariamente para o exercício de função pública faz jus, quando gestante, à estabilidade provisória de que trata o art. 10, II, “b”, do ADCT, que veda, até adequada regulamentação, a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

5. Recurso ordinário parcialmente provido para, concedida em parte a segurança pleiteada, assegurar à impetrante o direito à indenização correspondente aos valores que receberia caso não tivesse sido dispensada, até 05 (cinco) meses após a realização parto. <sup>158</sup>

Assim, restando comprovada pela documentação trazida ao instrumento a gravidez da agravante, através de sorodiagnóstico de gravidez e de ultrassonografia obstétrica, que indica gestação de aproximadamente 13 (treze) semanas em 26/01/2012 e, considerando que a rescisão do contrato de trabalho se deu na data de 01/01/2012, mostra-se evidente que a demandante já estava grávida quando de sua exoneração.

Por tais razões entendi que deveria ser deferida a antecipação de tutela requerida, determinando que a parte demandada providencie o retorno da autora ao cargo que titulava, ao menos até decisão final do recurso.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 2002.

<sup>157</sup> TRF 4ª R. - AMS 2005.71.02.001208-3 - 3ª T. - Relª Juíza Fed. Vânia Hack de Almeida - DJU 01.11.2006 - p. 628.

<sup>158</sup> RMS 25.555/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 09/11/2011.

- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, 1999.
- ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 22, nov. 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jürgen Habermas. In FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. *Jürgen Habermas: 80 anos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Roma: Laterza, 2008.
- CALABRESI, Steven G. *Originalism: A Quarter-Century of Debate*. Washington: Regnering Publishing, 2006.
- CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina 2009.
- DWORKIN, Ronald. *The Moral Reading of the Constitution*. In: The New York Review Book. v. 43, n. 5, March, 21, 1996. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles>>. Acesso em: 10 abr. 2012
- ESKRIDGE, Paul. Public values in statutory interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*. [s.l.]: [s.n.], 1989.
- FAGUNDES, Leila. *Trabalho da mulher - O trabalho feminino na sociedade*. Direito Net, 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/11/19/1119/>>. Acesso em: 03 maio 2012.
- GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- GUARNIERI Carlo; PEDERZOLI Paolo. *La democrazia giudiziaria*. Bologna: Il Mulino, 2003.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEAL, Rogério Gesta. *A decisão judicial: elementos Teórico-constitutivos à Efetivação pragmática dos Direitos fundamentais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.
- LOPES, Cristiane Maria Salgueiro. *Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf>>. Acesso em: 12 de agosto de 2012.
- MANDALOZZO, Silva Netto. *Maternidade no direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 1996.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo III. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1970.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Eds.) *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998.

BARBOSA, Ruy. *Obras completas*. Tomo I. São paulo: Ministerio da Cultura, 1941.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

TARUFFO, Michele. *Ley y juez en el "rule of law" inglés y en el constitucionalismo americano*. In: La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho. Madrid: Mateu Cromo, 1999.

## CAPITULO VI

*Elementos jurídico-argumentativos de proteção do meio ambiente como direito fundamental social: uma perspectiva procedimental.*



## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo enfrentar neste estudo de caso as possibilidades de análise e decisão de tema envolvendo a proteção do meio ambiente. Para tanto, num primeiro momento, quero demarcar alguns pressupostos teóricos que delimitam o significado deste marco referencial utilizado, para em seguida extrair dele categorias e conceitos-chaves à constituição da argumentação jurídica fundamentadora da decisão judicial, necessariamente vinculada a uma adequada Teoria do Sistema Jurídico conformada aos Direitos Fundamentais.

Ao fim, pretendo testificar estes elementos reflexivos e pragmáticos à solução de um caso concreto envolvendo o meio ambiente e sua proteção, que se deu junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

## 2 ELEMENTOS PRELIMINARES E IDENTIFICATÓRIOS DE UMA TEORIA PROCEDIMENTAL DO DIREITO

Tenho reiteradamente asseverado que o nominado Estado Democrático de Direito estabelecido pela ordem constitucional contemporânea no Brasil tem como marca identificatória mais sensível, normativa e pragmaticamente falando, o fato de ir ao encontro de medidas urgentes voltadas às garantias da dignidade da pessoa humana, no sentido de minimizar os efeitos do modelo de crescimento econômico imposto pelo mercado transnacionalizado (sem transformá-lo radicalmente), cumprindo quiçá um papel revolucionário (tal qual o da burguesia e do Estado de Direito quando do rito de passagem do medievo à modernidade) (LEAL, 2003).<sup>159</sup>

É deste histórico e cenário que se pode visualizar, progressivamente, o surgimento de um Judiciário promovedor de medidas sociais compensatórias e mesmo satisfativas para determinadas demandas individuais e coletivas, e aqui se pode citar os casos das decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos, garantia de energia elétrica e água, que se avolumam nos Tribunais de todo o país.<sup>160</sup>

Todavia, estes comportamentos jurisdicionais, na verdade, se são importantes numa análise de cumprimento de sua função social imediata, não podem ser tomados como fórmulas substitutivas e mesmo emancipadoras dos demais poderes instituídos e de suas funções democráticas - inclusive no plano filosófico do seu significado -, eis que precisam ser cotejados no âmbito específico da ideia revisada de Democracia Representativa, ainda vigente nos sistemas políticos ocidentais.<sup>161</sup>

Na verdade, o que está em jogo é saber dimensionar, neste particular, as diferenças constitutivas das atividades/funções legislativas, executivas e judicantes numa ordem democrática e os significados disto em termos de Democracia Representativa.<sup>162</sup>

<sup>159</sup> Igualmente ver o texto de Pascual (2001, p. 49 e ss).

<sup>160</sup> Neste cenário, há toda uma rede de fomento para que os juízes desempenhem um papel especial e importante, pois, através de perquirições interdisciplinares, vão delimitando os *interesses sociais*, para os fins de equilibrar e estabelecer contrapesos jurisdicionais em face das diferentes reivindicações societárias, criando eles próprios regras apropriadas que refletem esse equilíbrio. Ver o texto de Spiro (2005, p. 119).

<sup>161</sup> Reforça esta ideia Leal (2003, p. 29): “A escolha axiológica e personalíssima do bom ou deontológica do correto, a pretexto de que só o intérprete-aplicador de um direito de sua exclusiva compreensão teria voz audível pela sentença, desconhece que o provimento é um discurso suscetível a igual taciturnidade quando proferido à distância da lei, porque a voz do juiz, na Sociedade Jurídico-política de Direito Democrático, há de ser legítima e não autódona.”

<sup>162</sup> E não estou dizendo, com isto, que *Judging serves the community in two ways: by doing justice according to law in each case and by maintaining the rule of law in the community at large*, como quer Brennan (1997, p. 119), numa perspectiva reducionista da função

No âmbito da filosofia, tal problemática é expressa por Habermas em termos de justificação e da aplicação do sistema normativo:

*In any case, the constitutional judicial review initiated by individual cases is limited to the application of (constitutional) norms presupposed as valid; thus the distinction between discourses of norm application and those of norm justification offers at least an argumentation-theoretic criterion for demarcating the respective tasks that the judiciary and the legislature can legitimately accomplish. (HABERMAS, 1998, p. 119).*

O autor alemão aqui estaria interpretando a Constituição na direção que Ely (2000)<sup>163</sup> o faz, ou seja, de uma forma processual; a Constituição como o instrumento que regula a organização e a solução processual de problemas sociais, regulação esta que possui, por sua vez, normas de operacionalização que são constitutivas das escolhas políticas e axiológicas dos envolvidos por estes problemas.

É no bojo do processo/procedimento já delineado pela norma constitucional e também pela infraconstitucional que a jurisdição deve criar um efetivo espaço democrático e participativo de comunicação intersubjetiva, voltada ao entendimento e à pacificação do conflito. Para tanto, todavia, deve estar munida e municiar a todos os envolvidos com razões de justificação e fundamentação das possibilidades de solução do caso, o que se obtém através de todos os momentos da lide, avaliando-os em face do plexo axiológico que informa o sistema jurídico e a Sociedade Democrática de Direito que o constituiu.

Fix-Zamudio lembra que “avec ce droit constitutionnel d’action, les Constitutions d’Amerique consacrent, avec une certaine ampleur, le droit à la defense en justice, considéré comme un droit inhérent à la personne humaine et inviolable” (FIX-ZAMÚDIO, 1973, p. 65), dando conta, pois, que na própria América Latina o tema dos direitos processuais constitucionais já vem sendo considerados como fundamentais à condição de sujeito de direito contemporâneo, isto desde a década de 1960.<sup>164</sup>

Na jurisdição alienígena da mesma forma a orientação segue esta senda, na medida em que, a título de exemplificação, a experiência italiana dá conta de que a garantia constitucional por ela deferida a título de direito à tutela jurisdicional não se limita a proteger o abstrato direito de ação, tal como o concebe o direito processual moderno. Todo e qualquer embaraço ao exercício dos direitos substanciais ou aos interesses legítimos, seja no plano formal seja no material, configura denegação da tutela jurídica devida pelo Estado aos indivíduos.

O processo devido ou o justo processo tem de se mostrar idôneo a uma adequada atuação da garantia constitucional de justiça, de sorte que, nesse aspecto, é inconstitucional a lei ou o comportamento processual cujo efeito prático seja criar uma situação que, mesmo não impedindo o exercício do direito de ação (direito de acesso ao tribunal), cria tal desequilíbrio jurídico entre as partes - e suas circunstâncias materialmente identificadas - que, *in concreto*, preconstitui, ain-

---

jurisdicional nas democracias contemporâneas.

<sup>163</sup> Habermas lembra que Ely “parte da idéia de que a Constituição Americana regula, em primeira linha, problemas de organização e procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais” (HABERMAS, 1998, p. 326).

<sup>164</sup> Tais informações podem-se encontrar também em Miranda (1979, p. 379).

da que de fato, o êxito do processo subordinando-o praticamente à atividade processual de uma só das partes (COMOGLIO, 1990, p. 155).<sup>165</sup>

Ao longo do tempo, contudo, o sistemas jurídicos ocidentais foram se aperfeiçoando exatamente para estarem mais conforma a norma fundamental que os guia: a Constituição, nuclearmente em face dos direitos e garantias fundamentais que lhe dá sentido. Impõe-se avaliar tal perspectiva agora.

### 3 PROGNÓSTICOS DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO ORIENTADO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DIMENSÃO AMBIENTAL

Já tive oportunidade de sustentar, a partir de Habermas, a tese de que “the modern legal order can draw its legitimacy only from the idea of self-determination: citizens should always be able to understand themselves also as authors of the law to which they are subject as addressees” (HABERMAS, 1986, p. 28).<sup>166</sup>

Ratificando aqui sua crença nas teorias contratualistas de fundamentação do poder político e mesmo da noção de sociedade decorrente daí, Habermas vai mais além, porque - a partir de sua virada lingüística (linguistic turn) e com uma Teoria do Discurso -, constrói o que se pode chamar de um novo fundamento para o poder político e o seu exercício institucional e social (dentre eles os dos poderes executivo, legislativo e judiciário), qual seja, o de entendimento deontológico (deontological understanding) da condição de cidadania e sujeito de direito. Em outras palavras, o modelo de discurso/ação deliberativo na democracia refunda a noção de contrato social, no sentido de conceber a comunidade regulada normativamente como constituída não pela forma do contrato jurídico avençado entre os seus pares e criador do Estado, mas constituída pelo processo discursivo/ativo da construção de consensos fundada em valores conscientemente compartilhados.

Assim é que um dos argumentos centrais desenvolvidos no texto *Faticidade e Validade* (HABERMAS, 1986), passível de ser aproveitado aqui, é o que demonstra que há uma relação interna e condicionante - e não simplesmente histórica e contingente associação - entre as normas jurídicas e a democracia (com suas representações institucionais), assim como ocorre com a relação entre as previsões formais de equidade e suas dimensões materiais, caso contrário se esvaziaria o próprio sentido do sistema jurídico como um todo (HABERMAS, 1986). Tal relação evidencia-se no âmbito do conceito de lei como resultado de procedimentos que veiculam os interesses sociais pela via da comunicação e interlocução dos sujeitos afetados pela norma, pondo-se como mais democrático aqueles procedimentos que mais se aproximam da manifestação da vontade popular direta.

*A legal order is legitimate to the extent that it secures the equally fundamental private and civic autonomy of its citizens; but at the same time it owes its legitimacy to the forms of communication which are essential for this autonomy to express and preserve itself. That is the key to a proceduralist conception of law.* (HABERMAS, 1989, p. 493).<sup>167</sup>

<sup>165</sup> No Brasil, ver o texto de Theodoro Junior (2000, p. 37-54). Neste sentido é que a jurisdição tem de se prestar como um efetivo espaço público de debate garantidor das prerrogativas dos envolvidos direta ou indiretamente com a decisão judicial decorrente, notadamente reconhecendo as diferenças que os identificam - o que demanda tratamento, por vezes, diferenciados a um e a outro, em face do interesse envolvido ou das particularidades mesmo dos sujeitos de direito de que se trata (reconhecimento de hipossuficiência de parte, inversão do ônus da prova, etc.).

<sup>166</sup> O autor vai retomar estas reflexões de forma mais sistematizada no texto *Faticidade e Validade*, de 1992. Tratei desta abordagem no texto Leal (2006, p. 353).

<sup>167</sup> Tal perspectiva se afasta da assertiva de que as teses de Habermas pretendem instituir uma salvaguarda às relações sociais que não é de ordem jurídica, o que implicaria uma autonomia da Sociedade diante do Direito, como quer Streck (2005, p. 176), isto porque, na

Mas como se estabelece a relação entre a manifestação da vontade social em face do sistema jurídico que a regula no dia a dia de seu evolover? Dá-se pela via da transmutação desta vontade em códigos normativos constitucionais e infraconstitucionais (tanto princípios como regras). Tais comandos vinculantes estabelecem, em caráter exemplificativo, as possibilidades emancipatórias do convívio social, ratificando suas funções civilizatórias e compromissórias à inclusão dos sujeitos de direitos na ambiência do tecido social.

Estou dizendo que as normas inseridas no sistema jurídico vigente, enquanto deontológicas, seja na forma de princípios ou regras, constituem um momento objetificante das normas axiológicas previamente demarcadas pelo processo político e legislativo legítimo da manifestação de vontade da soberania popular, identificando as eleições comunitárias atinentes à vida que desejam partilhar, a partir, por óbvio, dos pressupostos mínimos existentes para tanto (constituídos por esta mesma Soberania), a saber: *“the basic rights to conditions of live which are socially, technically and ecologically secure to the degree necessary for equal ability to make use of rights.”* (HABERMAS, 2004, p. 50).

Neste sentido, mister é que se identifique de que maneira tais parâmetros normativos abordam o tema do meio ambiente, objeto deste estudo particular.

De pronto importa referir que qualquer sistema jurídico ocidental pode ser tomado em, pelo menos e preambularmente, duas acepções: a gramatical (em face de seus enunciados que pretensamente estão racionalmente constituídos e concatenados), e a pragmática (enquanto projeção empírica de seus comandos sobre a realidade circundante do cotidiano das pessoas). Daí que se diz que o sistema jurídico é sempre o que ele expressa e a sua *testificação empiriocriticista* (VERDROSS, 1982, p. 118) - haja vista a complexidade do processo relacional que ele mantém com a conjuntura incontrolável do tempo e do espaço em que opera. Em face disto, pode-se sustentar que as formas de interpretação e aplicação do sistema jurídico assim concebido devem ter presente a criação de condições para que a norma interpretada e aplicada ao caso concreto tenha eficácia (temporal e espacial), sempre no sentido da realização dos elementos axiológicos que o fundaram e que vinculam a todos sob sua égide.

Estou asseverando que de nada adianta a aplicação de norma que venha a ser absolutamente desconectada de uma realidade histórica que não mais comporta aquela interpretação, ou que não leve em conta o universo de variáveis que estão presentes empiricamente no caso. Entretanto, o oposto não pode ocorrer, que seria o intérprete responsável pela aplicação da norma ao caso concreto deixar de dar o seu correto direcionamento valorativo, oferecido pela Constituição, especialmente por seus princípios fundamentais.

De outro lado, a noção de sistema jurídico que tomo como base aqui, precisa ser sempre relevada na dicção do que sustenta Savigny (1960), no sentido de representar necessária concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito a uma grande unidade ordenadora das relações sociais. Tal unidade sistêmica tem, por sua vez, à luz do que dispõe Alexy

---

realidade, quaisquer salvaguardas - institucionais ou não - dos sujeitos de direito são trabalhadas pelo filósofo tedesco numa acepção epistemológico-argumentativa, tomando como pressuposto lógico-constitutivo o seu processo/procedimento de construção, bem como a forma de operacionalização individual e coletiva delas, reciprocamente condicionadas pela necessidade de justificação e fundamentação racional-comunicativa. Assim, é óbvio que é a ordem jurídica legitimamente forjada por consensos comunicativos que garante a autonomia não diretamente da sociedade, mas dos sujeitos que a constituem (os quais, por sua vez, ensejam a formatação de um modelo de Sociedade historicamente situada e compromissada, axiológica e deontologicamente).

(1997), três níveis, que se constituem em: ‘regras’, ‘princípios’ e ‘procedimentos’; fundadas, pois, na ideia da razão prática do direito, passível de controle e constituição dialógica pelos atores atingidos ou envolvidos em qualquer relação intersubjetiva decisional sobre interesses e pretensões, privadas e públicas.

*Hay que excluir un legalismo estrictamente orientado por las reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y con ello - dicho com outra terminología - de valores en el sistema jurídico. En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución. (ALEXY, 1997, p. 176).*

Quando o sistema jurídico brasileiro fala do meio ambiente, o faz pela via de dispositivos de natureza principiológica e regratória, alguns inscritos no art. 225, da Constituição Federal de 1988, bem como em outros comandos dispersos tanto na Carta Política como na legislação infraconstitucional, que orientam a interpretação e aplicação da legislação e também da política ambiental, dentre os quais se pode destacar os seguintes: o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização, e o princípio da cooperação ou da participação (DERANI, 2002, p. 164 e ss). Estes princípios, só para dizer o mínimo, estão condensados, ao lado de outros, nas disposições normativas federais, estaduais e municipais brasileiras atinentes à espécie.

Decorre daqui a tese de que a política ambiental não prescinde apenas da atuação do poder público, mas de ações solidariamente responsáveis que envolvam tanto o Estado quanto a coletividade, pois:

[...] os administradores, de meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que eram passam a ocupar a posição de destinatários do dever poder de desenvolver comportamentos positivos, visando àqueles fins. Assim, o traço que distingue a função ambiental pública das demais funções estatais é a não exclusividade do seu exercício pelo Estado. (GRAU, 2004, p. 119).

Canotilho chega a falar da emergência, nos dias de hoje, de um verdadeiro Estado Constitucional Ecológico (nacional e internacional), fundado na ideia de Democracia Sustentada, em face dos seguintes argumentos: (1) que o Estado Constitucional, além de ser e dever ser um Estado de Direito Democrático e Social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos; (2) que o Estado Ecológico aponta para formas novas de participação política sugestivamente condensadas na expressão democracia sustentada, o que eleva o meio ambiente a um status de fim e tarefa do Estado, da Sociedade e do Mercado, como direito subjetivo fundamental (CANOTILHO, 2003, p. 494).<sup>168</sup>

De outro lado, qualquer política ambiental tem de levar em conta: 1) a adoção de medidas preventivo-antecipatórias em vez de medidas repressivo-mediadoras; 2) o controle da poluição na fonte, ou seja, na origem (especial e temporal); 3) quanto à polícia do ambiente esta deve ser exercida no sentido de obrigar o poluidor a corrigir e recuperar o ambiente (CANOTILHO, 1993.

<sup>168</sup> Lembra o autor que estes conceitos todos operam a partir da lógica do que se tem chamado de *globalismo ambiental*, que procura formatar uma espécie de *Welt-Umweltrecht* (direito de ambiente mundial), apontando para uma cidadania ambiental em termos intergeracionais.

p. 47). E tudo isto porque neste chamado Estado Constitucional Ecológico encontra-se de forma explícita a idéia de justiça intergeracional e de direitos de futuras gerações.

Nesta direção vai a doutrina italiana contemporânea, sustentando que:

*La dottrina, seguita talora dal diritto positivo, ha cercato di rispondere a questi fallimenti - l'aumento incontrollato del debito pubblico, la progressiva insostenibilità dei sistemi previdenziali, la perdita dell'ambiente salubre per mezzo della sovrapproduzione di rifiuti tossici e di gas di difficile smaltimento, la spoliazione di risorse naturali e i rischi connessi a modificazioni genetiche irreversibili - ricostruendo e proponendo diritti delle generazioni future e doveri delle generazioni presenti. (ABRESCIA, 2007, p. 72).<sup>169</sup>*

Da mesma forma os norte-americanos têm se ocupado deste tema, ao sustentarem que, dependendo do tipo de dano ambiental de que se esteja falando, ele pode configurar uma verdadeira catástrofe, o que demanda políticas preventivas igualmente fortes e eficazes para a proteção do interesse público envolvido. Cass Sunstein fala, por exemplo, do Irreversible Harm Precautionary Principle, existindo três fundamentos para justificá-lo, a saber:

*an emphasis on people's occasional failure to appreciate the expected value of truly catastrophic losses; a recognition that political actors may engage in unjustifiable delay when the costs of precautions would be incurred immediately and when the benefits would not be enjoyed until the distant future; and an understanding of the distinction between risk and uncertainty. (SUNSTEIN, 2005).<sup>170</sup>*

Em um texto mais antigo, o mesmo autor faz referência à precaução como instrumento de proteção de interesses públicos indisponíveis, como o meio ambiente, asseverando que *“The precautionary principle has been highly influential in legal systems all over the world. In its strongest and most distinctive forms, the principle imposes a burden of proof on those who create potential risks, and it requires regulation of activities even if it cannot be shown that those activities are likely to produce significant harms”*. (SUNSTEIN, 2003, p. 1).<sup>171</sup>

Em face destes princípios é que a doutrina especializada brasileira tem se referido à importância de um outro princípio, o da precaução, como um dos principais orientadores das políticas ambientais, além de ser elemento estruturante do direito ambiental. No Direito Positivo Brasileiro, o Princípio da Precaução tem seu fundamento na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), mais especificadamente no seu artigo 4º, I e IV, que expressa a necessidade de haver um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização dos recursos naturais, e também introduz a avaliação do impacto ambiental como requisito para a instalação da atividade industrial.

<sup>169</sup> Adverte o autor ainda, e com razão, que *una teoria giuridica dei diritti (o della responsabilità nei confronti) delle generazioni future costituisce in realtà una teoria della Costituzione, essendo quest'ultima, intrinsecamente, un processo relazionale tra generazioni*. Por esta razão, *La strada seguita dagli sistemi giuridici è infatti perlopiù orientata alla positivizzazione di doveri costituzionali imposti sulla generazione presente, e formulati in via mediata (sotto forma del principio di precauzione)*.

<sup>170</sup> É verdade que os exemplos que o autor traz aqui são efetivamente diferenciados em termos de impactos causadores no meio ambiente natural e construído, referindo-se, por exemplo: *The normative arguments are illustrated throughout with reference to the problem of global warming; other applications include injunctions in environmental cases, genetic modification of food, protection of endangered species, and terrorism*.

<sup>171</sup> Neste ponto, lembra o autor que várias são as situações em que o princípio da precaução opera, a saber: *“arsenic regulation, global warming and the Kyoto Protocol, nuclear power, pharmaceutical regulation, cloning, pesticide regulation, and genetic modification of food”*. Registro que a posição do autor nestes dois trabalhos citados igualmente é a de não se radicalizar demais o princípio da precaução ambiental a ponto de gerar certa paralisia na relação entre meio-ambiente e vida social.

A Constituição Federal vigente, da mesma forma, incorporou o Princípio da Precaução em seu artigo 225, § 1º, V, ao asseverar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Tais perspectivas estão a impor ao Estado e à coletividade uma nova postura e comportamento em relação às questões ambientais, pois tais princípios exigem que sejam adotadas medidas ambientais que, num primeiro momento, obstem o início de uma atividade potencialmente e/ou lesiva ao meio ambiente, atuando também quando o dano ambiental já está concretizado, para que os efeitos danosos sejam minimizados ou cessados.

A literatura norte-americana tem dado relevo até demasiado a certas situações como estas, na dicção de Sunstein:

*As many treaties and statutes emphasize, some risks are distinctive in the sense that they are potentially irreversible or catastrophic; for such risks, it is sensible to take extra precautions. When a harm is irreversible, and when regulators lack information about its magnitude and likelihood, they should purchase an “option” to prevent the harm at a later date—the Irreversible Harm Precautionary Principle. This principle brings standard option theory to bear on environmental law and risk regulation. And when catastrophic outcomes are possible, it makes sense to take special precautions against the worst-case scenarios—the Catastrophic Harm Precautionary Principle. (SUNSTEIN, 2003, p. 02).*

Assim, conforme Antunes (2001),<sup>172</sup> a precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo (na dicção de Sunstein, *Better safe than sorry*) (SUNSTEIN, 2003, p. 02).

Esta nova dimensão do direito ambiental com seus elementos normativos postos tem inaugurado ações administrativas e judiciais preventivas que não se limitam à eliminação dos efeitos lesivos ao meio ambiente, mas antecipam e previnem a ocorrência de uma atividade potencialmente danosa.

Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. (DERANI, 2002, p. 167).

A partir da ideia de precaução, consagra-se o critério da probabilidade na tomada de decisões que envolvam a questão ambiental, em detrimento do critério da certeza. Ou seja, enquanto que ao demandado incumbe o dever de demonstrar, efetivamente, que a atividade desenvolvida

<sup>172</sup> Da mesma forma Machado (2001, p. 57).

não é lesiva ao meio ambiente, exigindo-se, portanto, certeza absoluta da inofensividade de sua prática, ao demandante cabe demonstrar que há probabilidade da ocorrência do dano.<sup>173</sup>

No manejo deste sistema jurídico, entretanto, importa ter presente alguns critérios de aplicação das normas (regras e princípios), por procedimentos racionais e controláveis, dentre os quais quero destacar o da ponderação dos interesses envolvidos. Tem-se, então, na dicção de Suzana Toledo, que:

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo. (BARROS, 2000, p. 172).

É com base neste racionalismo objetivo que Canotilho assevera que *as idéias de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (Balancing), surgem em todo o lado onde haja necessidade de encontrar o direito para resolver casos de tensão (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos* (CANOTILHO, 2002, p. 1174).<sup>174</sup>

Aqui é que o enquadramento sistêmico-constitucional ganha fôlego na solução do caso concreto, mediado pela interpretação do operador do direito, para dar relevo à idéia de que,

[...] no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. .... A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens. (CANOTILHO, 2002, p. 1179).

Em face destes elementos, posso agora passar à avaliação do caso concreto densificador da reflexão que foi apresentada até aqui, verificando se é possível, a partir destes elementos, efetivamente decidir com qualidade e maior precisão as demandas sociais desta natureza que se apresentam à jurisdição.

#### 4 O ESTUDO DE CASO

O caso concreto que submeto à testificação dos argumentos construídos acima envolve Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público, nos autos da Ação Civil Pública proposta contra Município gaúcho e empresa nele estabelecido,<sup>175</sup> em face da decisão assim exarada:

<sup>173</sup> Ver a evolução deste debate nos textos de: Freestone; Hey (2002) e Wiener (2004). Dizem os primeiros autores que: *“Indeed, it has been claimed that the precautionary principle has become, or at least is becoming, a binding part of customary international law. In the mid-1970s, German environmental policy was founded on the basis of Vorsorgeprinzip, a precursor of the precautionary principle. With respect to risks, German policy has been described as seeing “precaution” as a highly interventionist idea, one that embodies “a loose and open-ended interpretation of precaution.”*

<sup>174</sup> Ver igualmente o texto de Kiss (2006, p. 57 e ss).

<sup>175</sup> No âmbito do Agravo de Instrumento n. 70015155823, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de minha relatoria.

Conforme já declarado na decisão de fl.196, mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça (fl.254), “a exigência legal de tratamento dos despejos domésticos parece ter sido cumprida (adoção do sistema de fossa séptica - decreto nº 23.430/74, art. 106) e ainda não há prova do descumprimento das condições previstas no art. 108 do mesmo diploma)”. O ônus da prova, portanto, incumbe ao autor. Digam o autor e a ré se têm interesse em produzir outras provas, em 05 dias [...]

Nas suas razões, o agravante argumentou que a ação civil proposta visa a indenização e a obrigação de fazer relativa ao suposto impacto ambiental decorrente da venda de unidades condominiais horizontais e, segundo os elementos constantes nos autos da referida ação, o efluente doméstico proveniente do conjunto habitacional é depositado diretamente em Arroio que cruza a cidade e de onde se faz a captação para abastecimento da população.

Diga-se de pronto que o ora Agravante já havia postulado, quando da interposição da exordial, liminarmente: (a) a proibição de comercialização das unidades habitacionais, sem que os esgotos produzidos nas futuras construções fossem encaminhados ao tratamento adequado, (b) que a segunda agravada realizasse as suas expensas, o *recall* das unidades habitacionais no referido condomínio, (c) a fixação de multa de R\$1.000 (hum mil reais) por dia de atraso no prazo estabelecido para implementação do *recall* e multa de R\$10.000 (dez mil reais), por unidade habitacional comercializada, sem a adoção das providências anteriores.

Tais perquirições foram indeferidas na época e, interposto agravo de instrumento, a decisão foi mantida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que, diante da relevância e complexidade da demanda, se impunha a dilação probatória.

Em novo Agravo de Instrumento (objeto desta avaliação), sustentou o cabimento da inversão do ônus da prova, eis que o caso em debate se enquadra no que dispõe o art. 6º e art.12, e seguintes, do CDC, no que se refere à responsabilidade dos fatos danosos decorrentes dos produtos ou serviços, bem como nos termos do art. 17, do mesmo diploma legal, uma vez que, para o caso em questão, podem ser considerados como consumidores todas as vítimas de possível evento. Destacou que a inversão do ônus da prova deve ser adotado quando há verossimilhança ou hipossuficiência e, na espécie, a primeira restou demonstrada pelos elementos já constantes nos autos, enquanto que a segunda restou configurada na medida em que, mantida a decisão atacada, não terá o agravante a possibilidade de arcar com os honorários periciais.

Requeru a concessão do efeito suspensivo para determinar a suspensão da instrução processual, a fim de que a instituição autora não restasse submetida a litigar e revelar sua estratégia de posicionamento em situação na qual não lhe foi garantida vantagem processual a que teria direito. No mérito, postulou o provimento do apelo para que fosse determinada a inversão do ônus da prova em face dos fatos a serem provados, a saber: a regularidade do sistema de recepção de esgoto de seu empreendimento imobiliário, bem como que o seu funcionamento não gera qualquer sorte de degradação ambiental.

O problema central, pois, diz respeito à adequação de sistema de esgoto cloacal de condomínio residencial em comarca do interior do Estado do Rio Grande do Sul, bem como a condenação dos agravados em indenizar os danos ambientais causados. Em face disto, a problemática que surge é em relação às condições e possibilidades de se constituírem os elementos probatórios necessários à verificação da existência ou não de perigo ambiental no empreendimento imobili-

ário vergastado, e quem deve produzi-la. Para o enfrentamento de tal questão, importa se fazer algumas considerações.

Registre-se que, desde o informe do Patrulhamento Ambiental (Patran) que trouxe à colação os primeiros fatos do ocorrido, o que existe de concreto em termos de potencial lesividade ao meio ambiente é o despejo do esgoto sanitário proveniente de Condomínio Residencial junto ao nominado Arroio Duro, por meio de tubulação. O informe do Município de fl.109, por sua vez, dá conta de que este Condomínio possui rede de esgoto servido por tratamento primário com fossa séptica, sendo este o tratamento usual da rede de esgotos públicos em todos os bairros da cidade. Por outro lado, é o próprio Ministério Público que constatou, nos autos, que de acordo com o projeto protocolizado na prefeitura, e que foi rigorosamente cumprido, cada apartamento é dotado de uma fossa séptica que recebe toda água utilizada em sanitário, pias e outros. Essa fossa séptica se liga ao coletor público.

Assim, até agora, não há sequer indício de qual o impacto ambiental que pode decorrer daquele despejo noticiado. Todavia, cumpre levar em conta que, consoante informações prestadas pela empresa envolvida e pela municipalidade, não contestadas pelo Ministério Público: (a) não são indicados que recursos hídricos estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, inexistindo projeção quantitativa do dano lá sinalizado; (b) no nominado Arroio Duro de-ságuam igualmente águas de outros Bairros da cidade; (c) a comunidade não possui rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal, sendo ela mista; (d) o receptor de águas para o fornecimento à comunidade não é atingido em face dos despejos sob comento, eis que o receptor dos recursos hídricos para tal desiderato encontra-se localizado em outro lugar, no alto da barragem do Arroio Duro, vários quilômetros antes e acima da zona urbana; (e) o referido arroio, no trecho em que ocorre colocação dos dejetos, não está em seu estado natural. Há muitos anos, por interesse econômico e para controle das cheias, o Arroio teve seu curso alterado e foi integralmente canalizado. Na zona urbana o Arroio é um canal. Repita-se: com a abertura das comportas as águas ficam totalmente limpas.

Estes fatos trazidos aos autos, melhor cotejados, impuseram um questionamento neural à solução da controvérsia do Agravo: (1) Em nome do princípio da precaução à proteção do meio ambiente ora envolvido, que tipo de elementos probatórios iniciais devem existir a viabilizar a sindicabilidade jurisdicional postulada pelo Ministério Público? (2) Como se podem alcançar níveis maiores de certeza da ameaça ao bem juridicamente tutelado? Passo a responder tais questionamentos.

(1) Os elementos necessários à ativação legítima da tutela jurisdicional do Estado no que tange à proteção de bem jurídico fundamental como o meio ambiente são aqueles que dão indícios de sua lesão ou ameaça de lesão, consoante preleciona a própria Constituição Federal, nos seus art. 5º, XXXVI, art. 225, e seguintes, sendo cada caso concreto o responsável pela densificação material de tais possibilidades. De outro lado, este bem jurídico efetivamente se apresenta como relacionado diretamente ao que tem se chamado de interesse difuso ou coletivo, regulado, por exemplo, pelos termos do art. 90, do Código de Defesa do Consumidor, e pelo art. 21, da Ação Civil Pública.

Inexistindo no sistema jurídico brasileiro, acertadamente, um rol identificador exaustivo daqueles interesses, eles podem ser compreendidos em face das naturezas indivisível e indisponível que possuem, figurando como seus titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circuns-

tâncias de fato (CDC art. 81, parágrafo único, I), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso.

Tais elementos e considerações fizeram com que o magistrado de primeiro grau acolhesse a pretensão de aferir as matérias ventiladas na ação civil pública, pois atendidas as configurações delineadas acima.

(2) Para o desenvolvimento regular do feito, no intento de alcançar níveis maiores de certeza sobre as ameaças ao meio ambiente sinalizadas, entendeu por bem o mesmo magistrado a não deferir a inversão do ônus da prova pretendida pelo Parquet, o que me parece, no caso, inadequado, a uma, pelos fatos trazidos ao processo por todas as partes, gerando dúvidas sobre, por exemplo: (a) quais os recursos hídricos que estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, considerando que existe o despejo de produtos poluentes no Arroio que abastece de águas a comunidade? (b) o que implica, no caso, a comunidade não possuir rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal? (c) afinal, o receptor de águas para o fornecimento à comunidade é ou não atingido em face dos despejos sob comento? (d) o fato de o Arroio Duro ter tido o seu curso alterado e ter sido canalizado, afasta a potencial lesividade ao meio ambiente envolvido?

A duas, porque é do interesse público, da mesma forma indisponível e indivisível, que sejam tais questões, e outras pertinentes à espécie, elucidadas no feito, o que só poderá se realizar com elementos probatórios a serem produzidos na instrução. A responsabilidade para fazê-lo, em meu sentir, é dos sujeitos passivos da ação civil pública, até em face da preliminar caracterização de responsabilidade que possuem aqui.

Veja-se que na relação Estado e Sociedade deve-se garantir tanto a liberdade individual do cidadão quanto a integridade do meio ambiente, estabelecendo diretrizes e instrumentos que possibilitem a “apropriação” e a “transformação” da natureza com vistas à sua proteção e manutenção do equilíbrio ecológico.<sup>176</sup> Nesta direção, já a Declaração do Rio de Janeiro adotou, em seu dispositivo n° 16, o Princípio do Poluidor-Pagador, ao afirmar que: As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de quem contamina, deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais (ANTUNES, 2001, p. 31).

No Brasil, a Lei n. 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, também adotou o referido princípio, ao apontar como uma das finalidades da Política Nacional do Meio Ambiente a imposição ao usuário, da contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos e da imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Além disso, o Princípio do Poluidor-Pagador fora recepcionado pela Constituição Federal no seu art. 225, parágrafo 3º, que prescreve: As atividades e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

No plano internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio da Recomendação C(72), 128, de 28 de maio de 1972, incorporou formalmente o Princípio do Poluidor-Pagador. Mais tarde, por força do Ato Único Europeu, os ordenamentos jurídi-

<sup>176</sup> Conforme o trabalho de Mirra (1996).

cos de todos países da comunidade europeia e também o Conselho da Europa aceitaram o Princípio do Poluidor-Pagador (ARAGÃO, 1997, p. 27).<sup>177</sup>

Tendo este princípio um caráter econômico destacado, porque imputa ao poluidor os custos decorrentes da atividade poluente, para a otimização dos seus resultados positivos na proteção do meio ambiente é preciso que ele seja operado com bom senso econômico, jurídico e político, haja vista que implica custos às medidas de prevenção e controle da poluição, para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos, e para evitar distorções ao comércio e aos investimentos internacionais. Quero dizer com isto que, na prática, os custos de controle da poluição que surgem devido à regulamentação ambiental devem ser suportados pelo poluidor e por todos aqueles que estão vinculados diretamente a ele, pois a sociedade não deve arcar diretamente e sózinha com as obrigações decorrentes da proteção do ambiente.

Da mesma forma:

In 1982, the United Nations World Charter for Nature apparently gave the first international recognition to the principle, suggesting that when “potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed.” The closing Ministerial Declaration from the United Nations Economic Conference for Europe in 1990 asserts, In order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle. . . . Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation. (GRAHAM, 2008).

Para se aferir tais situações, o sistema jurídico brasileiro, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor em algumas situações como estas que analiso, em que se afigura difícil a estes (meio ambiente e Sociedade) a prova do fato constitutivo do seu direito, o que lhe é exigido nos termos do art. 333, do CPC, criou a possibilidade da inversão do ônus da prova, notadamente quando presente a verossimilhança das alegações sub judice, deixando a critério do juiz exigir que o fornecedor prove o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito que lhe é oposto, mesmo sem que este tenha provado o fato constitutivo conseqüente de forma absoluta.<sup>178</sup>

É o próprio Código de Defesa do Consumidor que dispõe sobre a facilitação da defesa dos direitos de que estou tratando, inclusive com a inversão do ônus da prova a favor do hipossuficiente quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Não se trata, pois, de inversão legal, pois não decorre de imposição ditada pela própria lei, mas, sim, fica submetida ao crivo judicial, cabendo ao magistrado, em face do caso, dizer se é caso de inversão, ou não, do ônus da prova, uma vez analisada a ocorrência daqueles pressupostos<sup>179</sup>.

<sup>177</sup> Conforme O objetivo do princípio do poluidor pagador é fazer não apenas com que os custos das medidas de proteção do meio ambiente (as externalidades ambientais) -sejam suportados pelos agentes que as originaram, mas também que haja a correção e/ou eliminação das fontes potencialmente poluidoras. Resumidamente, o Princípio do Poluidor-Pagador tem três funções primordiais: a de prevenção, reparação e a de internalização e redistribuição dos custos ambientais.

<sup>178</sup> Vai neste sentido o texto de Lisboa (2001, p. 95). Refere o autor que *prevalece no processo civil moderno o princípio geral da verdade formal, o que possibilita ao juiz o poder de proceder a inversão do ônus da prova pela mera constatação de que as alegações do autor possam ser verdadeiras, inclusive no que diz respeito à dificuldade de obtenção de informações técnicas sobre o produto e o serviço fornecidos.*

<sup>179</sup> Neste sentido, o texto de Moraes (1998, p. 44). Neste texto, o autor adverte também que *a inversão do ônus da prova, com a devida vênia, não deve ser decretada ab initio, quando o Juiz analisa a petição inicial, pois sequer houve manifestação do demandado, não se podendo precisar, inclusive, a dimensão da sua resposta, muito menos os pontos controvertidos. Assim, mostra-se prematuro e indevida a decretação da inversão do ônus da prova nessa fase do procedimento.*

Em face de tais considerações, e concordando com Moraes, parece claro que o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova é aquele que se dá por ocasião do saneamento do processo, quando, inexitosa a conciliação, o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos da lide, decidindo as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova (art. 331, § 2º, do CPC), ficando, dessa forma, cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar (MORAES, 1998, p. 53).

Este é o momento em que se encontra este feito, demandando a sindicabilidade dos fatos denunciados pelo Ministério Público, o que se afigura imprescindível para o deslinde da ação principal, merecendo a determinação da inversão sob comento.

Por estas razões, julguei parcialmente procedente o Agravo de Instrumento, para os fins de determinar a inversão do ônus da prova no feito, incumbindo, de forma solidária, ao Município e à Construtora, a responsabilidade pelas provas necessárias à comprovação da regularidade do sistema de recepção do esgoto de seu empreendimento descrito na inicial, e de que ele não gera degradação ambiental comprometedora do meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

- ABRESCIA, Michele. *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, Costituzione e responsabilità tra generazioni*. Roma: Mulino, 2007.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.
- ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- ANTUNES, Paulo Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. São Paulo: Coimbra, 1997.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília jurídica, 2000.
- BRENNAN, Gerard. *Judicial Ethics in Australia*. Sidney: LBS, 1997.
- CANOTILHO, José. Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais. In *Boletim da Faculdade de Direito*. v. 9, Coimbra, 1993.
- CANOTILHO, José. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José. Estado Constitucional e Democracia Sustentada. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1990.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonada, 2002.

ELY, John Ely. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

FIX-ZAMÚDIO Héctor. Les garanties constitutionnelles des parties dans le proces civil en Amérique Latine. In CAPPELLETTI Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil*. Paris: Dalloz, 1973.

FREESTONE, David; HEY, Ellen. *Origins and Development of the Precautionary Principle*. In *The Precautionary Principle and International Law*. New York: Macmilann, 2002.

GRAHAM, John. *The Role of Precaution and Risk Assessment in Risk Managemant: An American's View*. Disponível em: <[http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg/eu\\_speech.html](http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg/eu_speech.html)>. Acesso em: 20 dez. 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Postscript to Between Facts and Norms. *New York University Law Journal*, Ed. 154. New York University Press, Sept. 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Tanner Lectures on Human Values*. New York: New York University Press, 1986.

KISS, Eduard Anthony. *Hey The rights and interests of future generations and the precautionary principle*. New York: Macmillan, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva*. In *Revistado do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 4. Porto Alegre: IHJ, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas - FUMEC*, v. 6, Belo Horizonte, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, Paulo Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Constituições de Diversos Países*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1979.

MIRRA. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA Júnior, ALCEBÍADES, José; LEITE, José Rubens Morato (Org.) *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo, 1996.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista AJURIS*, v. 74. Porto Alegre: AJURIS, 1998.

PASCUAL, Carlo García. *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Valencia: E. Alfons el Magnánin, 2001.

SAVIGNY, Fredrich Carl. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Turim: Daltricce, 1960.

SPIRO, Peter. *The Judiciary and Legislation: on the role and legitimacy of Constitutional Adjudication*. New York: Westview Press, 2005.

SUNSTEIN, Cass. R. *Beyond the Precautionary Principle*. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. January, 2003. Chicago University Press, 2003.

SUNSTEIN, Cass. R. *Irreversible and Catastrophic*. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Apr. 2005. Chicago University Press, 2005. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>>. Acesso em 20 dez. 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *As garantias constitucionais do processo civil*. *Revista de Jurisprudência Brasileira - JB-*, v. 159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

WIENER, Jonathan. *Precaution in a Multirisk World. The Risk Assessment of Environmental and Human Health Hazards*. New York: Macmilann, 2004.

