



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2017
ISSN 1516-6104

50

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito

Revista Direito, Estado e Sociedade (ISSN 1516-6104)

Publicação semestral do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), em circulação desde 1991.

Missão e Política Editorial

Divulgar intervenções interdisciplinares e inovadoras que tenham qualidade aprovada por pares competentes. As contribuições podem se dar por meio de artigos originais, artigos de revisão, resenhas, entrevistas, palestras, relatórios de pesquisas ou relatos específicos sobre seminários científicos. Alguns números do periódico dedicam-se a temáticas específicas, conforme deliberação do Conselho Editorial. Como o periódico está vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, espera-se que os trabalhos estejam, preferencialmente, vinculados às suas linhas de pesquisa, a saber: Transformações Constitucionais e Pensamento Constitucional Contemporâneo; Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional; Teoria do Direito, Ética e Construção da Subjetividade.

Conselho Editorial

André-Jean Arnaud † (Centre National de la Recherche Scientifique; Paris, França); Cecília Caballero Lois (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Claudio Michelon (The University of Edinburgh; Edinburgo, Escócia); Costas Douzinas (Birkbeck – University of London; Londres, Inglaterra); Eduardo Rabenhorst (Universidade Federal da Paraíba; João Pessoa – PB, Brasil); Giuseppe Cocco (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Joaquim de Arruda Falcão (Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); José Afonso da Silva (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); José Eduardo Campos de Oliveira Faria (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Luiz Moreira (Instituto Brasileiro de Direito Público; Brasília – DF, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Marilena Chauí (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Oscar Vieira Vilhena (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma – La Sapienza; Roma, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University; Hamilton, Canadá).

Produção Editorial: PUC-Rio; Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Adjunto); Rebeca Freitas (Editor-Assistente); Úrsula Vasconcellos (Editor-Assistente).

Apoio gráfico-editorial

Editora PUC-Rio.

Indexação e Distribuição

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Ministério da Justiça; Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas (CCN); EBSCO; ISI; Ulrich's Periodicals; e VLEX. A Revista é distribuída por meio de permuta, doação e venda.

Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

As opiniões emitidas são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus respectivos autores. Deve ser feito o registro de possível conflito de interesses junto com a submissão. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

Notas aos Colaboradores

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados preferencialmente pelo endereço eletrônico <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/> ou para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marques de São Vicente 225, Ala Frings – 6º andar – Gávea – Rio de Janeiro – RJ – 22453-900. As normas de publicação e diretrizes de avaliação podem ser encontradas na última página.

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 50 Janeiro-Junho 2017

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

Sumário

5 | Carta do editor/*Editorial*

Artigos/Papers

- 10 | A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a Partir da Filosofia Política
State Punishment against Democracy: Thoughts on Political Philosophy
André Ribeiro Giamberardino e Nikolai Olchanowski
- 40 | O que Brown e Obergefell nos Ensinam sobre Contrimajoritarismo?
What do Brown and Obergefell Teach us about Countermajoritarianism?
Carlos Bolonha, Henrique Rangel e Igor De Lazari
- 62 | El Derecho al Trabajo en Épocas de Crisis: el Caso de España
The Right to Work in Times of Crisis: the Case of Spain
O Direito ao Trabalho em Tempos de Crise: o Caso da Espanha
Carmen Almagro Martín
- 86 | Educação no Cárcere: Análise Comparativa das Legislações
Brasileira e Argentina
*Education in Prison: a Comparative Analysis of the Brazilian and
Argentine Legislation*
Elton Dias Xavier e Roberta Cardoso Silva
- 109 | A Importância do Trabalho para a Consolidação da Dignidade do Homem:
Apontamentos sob a Perspectiva dos Direitos Sociais
*The Importance of Work for the Consolidation of Dignity of Man:
Points under the Perspective of Social Rights*
Janaína Machado Sturza e Aline Damian Marques
- 126 | Poder Local, Participação Popular e Clientelismo
Local Power, Popular Participation and Clientelism
Janaína Rigo Santin e Mariane Favretto

- 149 | Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional
From Supreme Solipsism to Rational Deliberation
Gabriel Rübinger-Betti e Juliano Zaiden Benvindo
- 179 | El Carácter Fundamental del Deber de Contribuir: el Derecho y la Ética de las Relaciones Tributarias
The Fundamental Feature of the Duty to Pay One's Taxes: Law and Ethics of Fiscal Relations
O Aspecto Fundamental da Obrigação de Contribuição: o Direito e a Ética das Relações Tributárias
Miguel Ángel Sánchez Huete
- 208 | A Ilusória Amorfa do Processo Administrativo Sancionador: o Princípio da Instrumentalidade das Formas vs. as Finalidades do Processo, sob o Amparo da Ética, da Moral e da Complexidade
The Illusory Formlessness Administrative Proceedings Sanctioning: the Principle of Instrumentality of Ways vs. the Purposes of the Process, under the Auspices of Ethics, Morality and Complexity
Sandro Lúcio Dezan e Paulo Afonso Cavichioli Carmona
- 233 | **Notícias e informações/News and information**
Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2017 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.
- 249 | **Resumos/Abstracts**

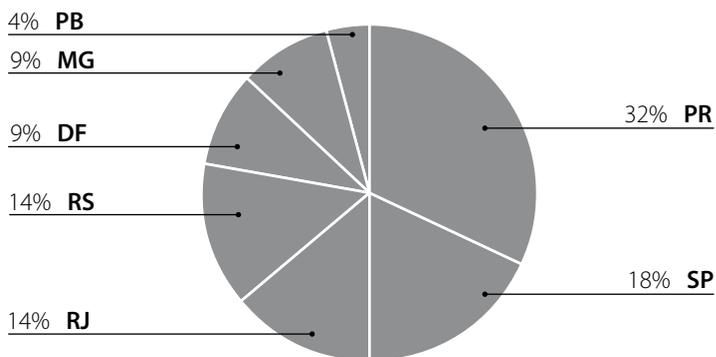
Carta do editor

É com grande satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro celebra o quinquagésimo número da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao primeiro semestre de 2017, mantendo sua classificação Qualis A1. É também com orgulho que noticiamos que a Revista foi selecionada pelo Edital de Apoio Financeiro à Editoração e Publicação de Periódicos Científicos Brasileiros da CAPES (Edital n.º 13/2006), o que permitirá incrementar sua excelência. Desde o segundo semestre de 1991, a Revista Direito, Estado e Sociedade tem se firmado como um periódico jurídico cuja missão primordial é a de trazer aportes críticos passíveis de contribuir para o pensamento jurídico brasileiro.

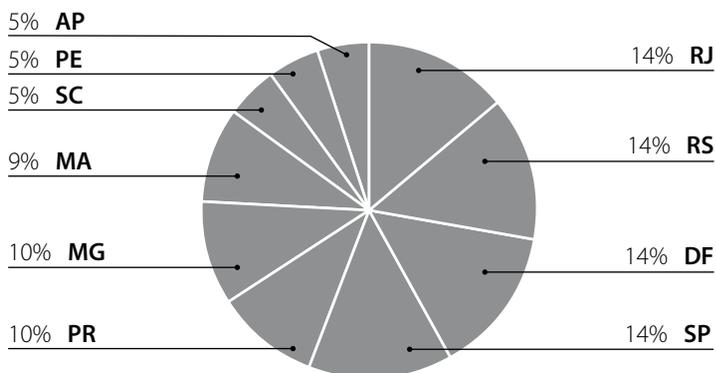
Em retrospectiva aos 50 números passados, apresentaremos a seguir alguns dados relevantes que permitem traçar o perfil dos autores que têm publicado artigos na Revista, mais especificamente em relação às suas respectivas unidades federativas (UF). Para tanto, utilizamos os dados referentes aos seis números anteriores, publicados ao longo dos três últimos anos (2014, 2015 e 2016).

Devido à grande preocupação da Revista Direito, Estado e Sociedade com a difusão da pesquisa, temos tentado, ao máximo, diversificar a origem dos artigos publicados. Com o intuito de cumprir este objetivo, foram publicados, ao longo dos três últimos anos, artigos de autores representando inúmeras instituições de 14 UFs, além de 7 instituições estrangeiras, pertencentes a 7 países diferentes. Percebe-se, conforme os gráficos apresentados a seguir, que a UF de origem dos autores se mantém diversificada ao longo dos anos:

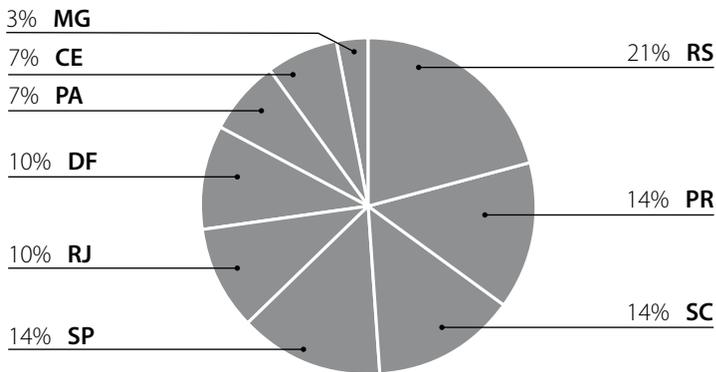
Autores por UF (2014)



Autores por UF (2015)

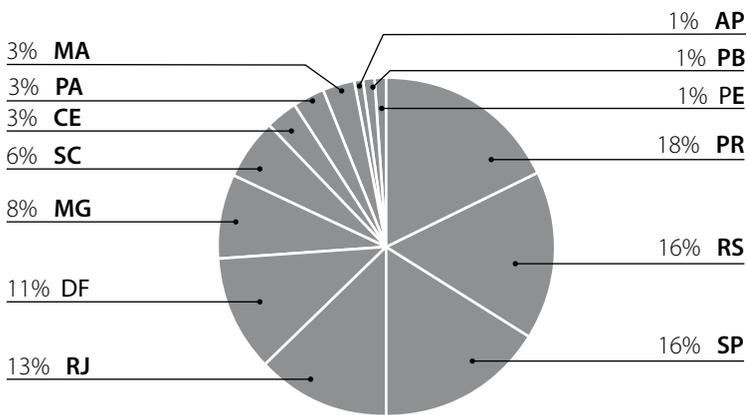


Autores por UF (2016)

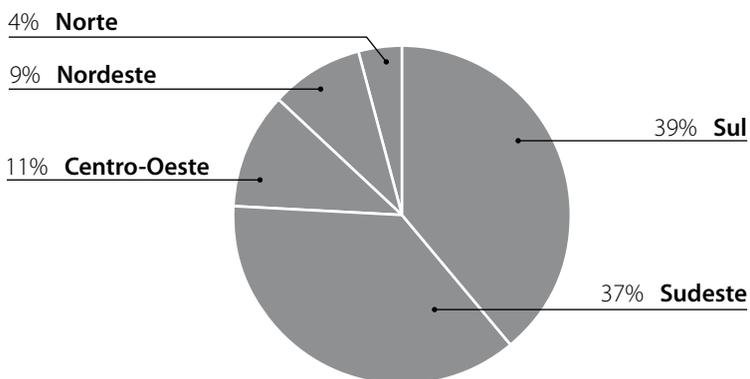


Contudo, acreditamos ser necessário manter o esforço contínuo para seguir aumentando esta diversidade. Sobretudo porque, como é possível visualizar nos gráficos a seguir, os autores se concentram, majoritariamente, nas regiões Sul e Sudeste – mais especificamente nos estados do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná, São Paulo, Distrito Federal e Minas Gerais:

Autores por UF (2014, 2015 e 2016)



Autores por Região (2014, 2015 e 2016)



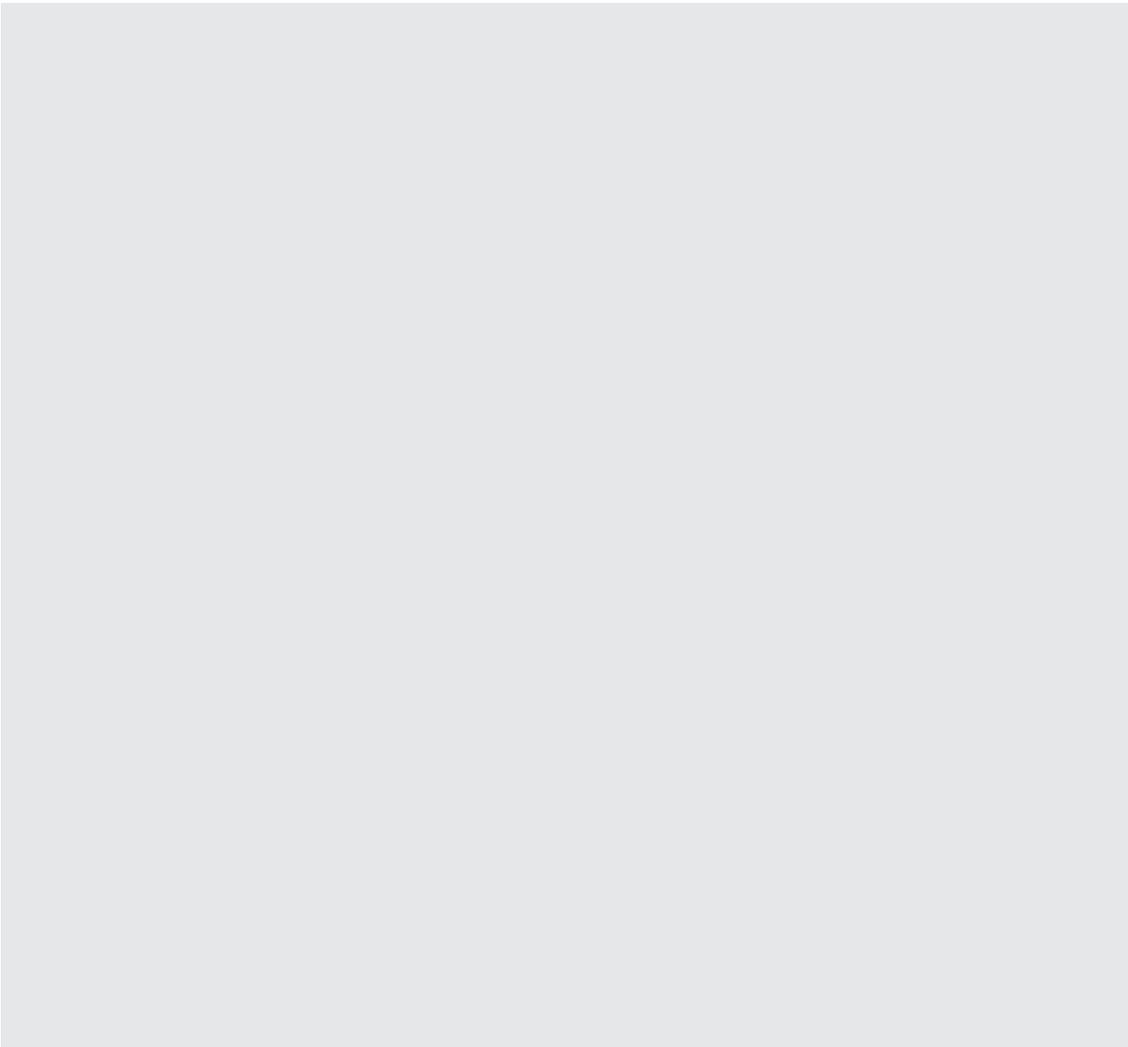
Consideramos importante destacar, ainda, que em virtude do elevado número de artigos recebidos nos últimos semestres e do objetivo de fomentar a pesquisa jurídica de qualidade no país, nos últimos anos a Revista Direito, Estado e Sociedade tem tornado o seu processo editorial mais rígido, segundo a política editorial que se encontra na nossa plataforma. Com o intuito de publicar artigos que atendam às nossas diretrizes formais e de conteúdo e que promovam debates inovadores, a fase de avaliação editorial, anterior à etapa de *double blind peer review*, tem ocasionado um aumento da taxa de rejeição preliminar. Por esse motivo, pedimos que os autores interessados em publicar no periódico atentem de forma minuciosa aos nossos critérios de avaliação.

Com temáticas diversas dentro das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito, este número conta com nove artigos inéditos, sendo dois de pesquisadores estrangeiros. Não podemos deixar de aproveitar o ensejo para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da Direito, Estado e Sociedade, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Lembramos que o envio de novos artigos pode ser feito a qualquer tempo e que estes devem ser submetidos por meio do nosso sistema editorial online em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>).

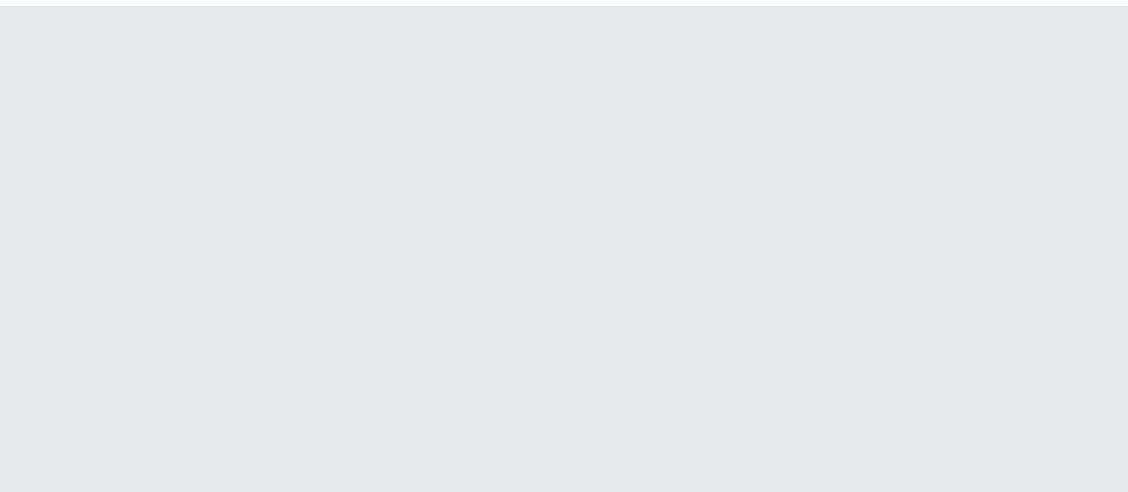
Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner
Editor-Chefe

Antonio Pele
Editor-Adjunto



Artigos



A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a Partir da Filosofia Política

*State Punishment against Democracy:
Thoughts on Political Philosophy*

André Ribeiro Giamberardino*
Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Nikolai Olchanowski **
Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

1. Introdução

Para Amartya Sen, desenvolvimento é a expansão de liberdades reais, mais que mera aferição de dados estatísticos relacionados à renda, à industrialização ou ao desenvolvimento tecnológico¹. Não se trataria de um processo "duro" e marcado pelo tensionamento ou pela conquista via força, mas seguindo um processo amigável de trocas mútuas. Pois bem: nessa esteira, desenvolvimento humano diz respeito à promoção da liberdade em sentido substantivo e à remoção de fontes de *privação da liberdade*, tais como "pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos"².

Mas o que dizer das formas pelas quais o próprio Estado, por seus mecanismos de justiça e punição, acaba por atuar contra o desenvolvi-

* Professor Adjunto na Universidade Federal do Paraná ligado à área de criminologia e direito penal. E-mail: andre.rg@terra.com.br.

** Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: nikolai.olchanowski@gmail.com.

1 SEN, 2000.

2 SEN, 2000, p. 18.

mento nesse preciso sentido? Se há um liame evidente entre o conceito de desenvolvimento em Amartya Sen e a idealização de um estado de "qualidade de vida" (ou seja, uma concepção substantiva de liberdade), também há relações complexas – mas certas – entre a funcionalização do Estado como gestor da "policialização" da vida e "exterminador de futuros" por meio do uso e abuso de seu aparato penal, o qual, em concreto, decreta a impossibilidade de alcance de liberdades substantivas – logo, de desenvolvimento - por uma grande parte da população.

Ressaltamos de forma breve e singela, no presente texto, o caráter político da pena. Ao mesmo tempo em que esse esforço parece dispensável, já que a relação entre pena e poder político é evidente, ele se torna central diante da pobreza com que a pena, com suas teorias justificadoras, vem sendo pensada no âmbito jurídico (especialmente no Brasil). Procuramos, assim, estabelecer aproximações entre a filosofia da pena e alguns caminhos que podem ser tomados em filosofia política, especialmente inspiradas no contexto do debate acerca da relação entre constitucionalismo e democracia.

Na sequência, discutimos o problema da participação popular na formulação de políticas criminais e indicamos com mais precisão os termos como o debate entre *insulacionistas* e *integracionistas* se apresenta. Procuramos apontar para as semelhanças dos principais argumentos postos neste debate para com os termos com que a relação constitucionalismo e democracia é pensada.

Desmitificar, enfim, a concepção abstrata de justiça presente no âmbito do instituto político da pena é uma tarefa fundamental para que se compreenda de forma adequada o lugar do Estado em face da promoção do desenvolvimento como liberdade substantiva.

Como hipótese central, a sugestão crítica de que o incremento do "Estado penal" e o recrudescimento das respostas institucionais aos desvios, especialmente aqueles de baixa danosidade social, porém associados a perfis definidos como "perigosos", consistem em verdadeira política pública de *empobrecimento*, impedimento e obstaculização do desenvolvimento, no sentido definido por Sen, para uma parcela enorme da população, especialmente em relação às liberdades políticas e relativas a oportunidades sociais³. A construção argumentativa é prevalentemente de natureza político-filosófica, na forma de ensaio.

3 SEN, 2000, p. 25.

2. A Pena como Instituição Política

Adotamos aqui o conceito de pena como *imposição intencional e autorizada de sofrimento ou dor a um indivíduo, em razão de um ato (suposto ou real) que tenha ofendido uma regra prevista por um sistema legal*⁴. Trata-se, evidentemente, de concepção muito diversa daquela usualmente tomada no âmbito jurídico, ora reduzindo a noção de pena a mera *consequência de um delito*, ora assumindo como base filosófica o pensamento utilitarista de modo a esvaziar qualquer possível conteúdo político-moral do debate.

É que o conceito proposto se aproxima ao que se conhece como uma concepção retributiva de pena. Afinal, é central o elemento da aflictividade, ou seja, o reconhecimento de que se trata de dor e sofrimento. Trata-se de critério diferenciador, pois a dor ou prejuízo produzidos pela pena seriam justamente os elementos que tornam possível dizer que uma pessoa foi punida⁵.

Como se extrai da definição fornecida, contudo, a dor é adjetivada de *intencional e autorizada*. Qualificá-la de intencional significa que a dor é um elemento essencial e deliberado da pena⁶. Não poderia ser chamada de pena, portanto, alguma medida que tenha por consequência acidental ou colateral a aflicção de determinado indivíduo. Na síntese de Carlos Nino:

... o sofrimento que a pena implica é um efeito intencional do recurso a ela (...). Isso não ocorre nos casos de outras medidas coercitivas impostas pelo Estado: ainda que elas produzam habitualmente sofrimento e efeitos desagradáveis para seus destinatários (e por vezes isso é um aspecto inevitável de tais medidas), isso é mero subproduto e não constitui parte essencial da razão para recorrer a tais medidas (...). Isto se põe em evidência com o fato de que se tais medidas, por hipótese (e supondo que isso fosse possível), fossem despojadas de seus aspectos desagradáveis, ou se fossem complementadas com uma compensação adequada pelo sofrimento que implicam, não por isso perderiam sua razão de ser; em contraste, na pena, tais modificações afetariam radicalmente a razão mesma de se recorrer a ela, de modo que deixaríamos de considerar pena a privação em questão⁷.

4 BOONIN, 2008, pp. 3-28; HART, 2008, pp. 4-5.

5 BOONIN, 2008, pp. 12-17.

6 BURGH, 1982; NINO, 1983.

7 NINO, 1980, pp. 203-204. Tradução nossa. No original: "... el sufrimiento que la pena implica es un

A necessidade de a pena ser *autorizada* decorre da necessidade de se tratar de uma medida *legal*, prevista e administrada por um dado sistema de justiça:

... numa abordagem padrão, a pena deve (ao menos supostamente) ser imposta em virtude de alguma autoridade especial, conferida através ou por instituições, pelas leis ou regras contra as quais a ofensa foi cometida. (...) A ação direta por parte de um indivíduo não autorizado que toma para si a atividade de punir pode ser chamada de pena (...). Mas, assim sendo, tratar-se-ia de um caso não padrão de pena, que poderia igualmente ser chamado de simulacro (isto é, por uma alegação falsa) de pena⁸.

A distinção entre pena e pena legal se destina a excluir do âmbito da definição práticas que, externamente, se assemelhariam à pena, mas seriam melhor denominadas *vingança*⁹.

Por último, a concepção de pena sugerida inclui uma referência necessária a um ato ofensivo, já praticado. É importante que se tenha em mente que tal exigência não significa fazer pender a definição a uma justificativa retributiva da pena (em essência *backward-looking*). A referência a uma ofensa cometida (ou supostamente cometida), ao contrário, é um elemento lógico da pena¹⁰. Há a simples constatação de que não faz sentido falar em

efecto intencional de recurrir a ella (ya que se persigue como fin o como medio para otro fin). Esto no ocurre en el caso de las otras medidas coactivas impuestas por el Estado: aunque ellas también producen habitualmente sufrimiento y efectos desagradables para sus destinatarios (y a veces esto es un aspecto inevitable de tales medidas), ello es un mero subproducto y no constituye parte esencial de la razón para recurrir a tales medidas. (...) Esto se pone de manifiesto con el hecho de que si a tales medidas, por hipótesis (y suponiendo que ello fuera posible), se las despojara de sus aspectos desagradables, o se las complementara con una compensación adecuada por el sufrimiento que implican, no por ello perderían su razón de ser; en cambio, en la pena, tales modificaciones afectarían radicalmente a la razón misma de recurrir a ella, de modo que dejaríamos de considerar pena a la privación en cuestión”.

8 FLEW, 1969, p. 87. Tradução nossa. No original: “... in a standard case punishment has to (be at least supposed to) be imposed by virtue of some special authority, conferred though or by the institutions against the laws or rules of which the offence has been committed. (...) Direct action by an unauthorized busybody who takes it upon himself to punish might be called punishment (...). But. If so, it would be a non-standard case of punishment. Or it might equally well be called pretending (i.e. claiming falsely) to punish.”

9 Para referências imprescindíveis sobre a proximidade entre pena, vingança e justiça, recorrer a: RICOEUR, 2008; DERRIDA, 1994. Para referência rápida sobre as diferenças entre pena e pena legal, comparar as entradas ‘Legal Punishment’ e ‘Punishment’ na Enciclopédia Plato: DUFF, 2013; BEDAU; KELLY, 2010.

10 A diferença está no fato de que a referência ao fato passado não inclui um julgamento valorativo sobre a relevância moral de critério de culpa, nem mesmo sobre problemas de justificação da pena. Sobre: GARDNER, 2008; MABBOTT, 1969; HART, 2008, pp. 158-185; BOONIN, 2008, pp. 18-21.

imposição intencional de sofrimento a alguém, senão *em razão* ou *porque* um ato proibido foi realizado.

A grande implicação desta forma de compreender a pena é torná-la uma questão de ordem política, carecedora de uma justificação moralmente correta. A pena, como imposição de dor por parte do Estado a um de seus cidadãos, ganha uma necessidade de justificação dificilmente verificável em outros institutos¹¹, já que há uma “*objeção moral prima facie*” contra fazer sofrer intencionalmente um indivíduo¹².

Punir, necessariamente, envolve tratar de forma muito diferente aqueles que cometem uma ofensa daqueles que se mantêm obedientes à lei (*law abiding citizens*). Envolve tratar o primeiro grupo de forma que se consideraria moralmente errado tratar o segundo. O problema da pena consiste, portanto, em tornar justas e razoáveis as razões que se dá para fomentar tal distinção¹³.

Como prática e instituição política, a pena nunca se justifica por si mesma. Com efeito, se todas as instituições políticas devem submissão a propósitos legítimos, eleitos como essenciais pela comunidade política que as instituiu, sempre com a possibilidade de serem alteradas ou, no limite, abolidas¹⁴, uma instituição que tem sobre si uma objeção moral tão relevante como a pena apenas aprofunda a necessidade de justificação.

Para que se mantenha a pena, em suma, é preciso responder, com base em princípios condizentes com os moralmente aceitos pela comunidade política, por que é justo que a alguns dos membros dessa comunidade seja imposto um sofrimento deliberado e evitável. Justificar a pena exige a emissão de um juízo de valor, uma defesa de posição. Exige que se aporte argumentos de moral para o debate público.

E um juízo de valor nunca é *apenas verdadeiro*. Sua correição, seu critério de verdade, só podem ser avaliados pela defesa (*case*) que se ofereça: “Sempre é apropriado perguntar por que a moralidade requer o que dizemos que ela requer, e nunca é apropriado apenas dizer: ela simplesmente assim exige”, já que, no campo do valor “fazemos uma defesa das proposições”¹⁵.

11 BURGH, 1982, p. 193.

12 ARMSTRONG, 1969.

13 BOONIN, 2008, p. 1; BEDAU, 1978.

14 DUSSEL, 2007, 71; RAWLS, 1999, p. 3.

15 DWORKIN, 2011, pp. 114-116. Tradução nossa. No original: “When a value judgement is true, there must be a reason why it is true. It can't be just true. It is always appropriate to ask why morality requires

Ainda com Dworkin¹⁶, se aceitarmos como princípio básico de qualquer organização política legítima a noção de igualdade, ou seja, a ideia de que qualquer governo só é legítimo quando age com igual respeito e consideração para com os cidadãos sobre os quais exerce autoridade, torna-se imperioso dar bons motivos para pensar que o tratamento aflitivo dado a uma pessoa, na condição de cidadã de um Estado, é compatível com um governo legítimo.

Ressalta-se que não se trata, aqui, de discutir as teorias de justificação da pena. A explicitação do caráter eminentemente político da pena por si só deve evidenciar a imprescindibilidade de uma carga de justificação moral, levada ao âmbito de uma decisão política (logo, coletiva), e é nesse sentido que se colocam as preocupações deste texto, as quais partem da premissa de que a igualdade política é um valor essencial para democracias, especialmente se compreendidas essas como autogoverno coletivo. Nesse caso, dado o caráter político da pena (englobando tanto sua justificação como tratamento específico de questões político-criminais, a exemplo de previsão de ofensas, quantidade e qualidade das penas etc.), é inegável que cabe ao povo tomar as decisões normativas também neste âmbito.

A partir de um debate contemporâneo, entre teóricos chamados de *insulacionistas* e aqueles denominados *integracionistas*¹⁷, defendemos a necessidade de se pensar o papel (normativo) da participação popular na formulação de políticas criminais. A questão gira em torno, de um lado, à completa perda de legitimidade da atuação do Estado nessa área, caso obstada a influência dos seus cidadãos e, de outro, à contenção do que se cunhou chamar de *populismo penal*¹⁸.

3. Contradições e Dilemas do Liberalismo Penal

Pressupondo a adesão do direito penal moderno à matriz contratualista hobbesiana, fica compreensível a adoção quase incontestada – inclusive pelos

what we say it does, and never appropriate to say: it just does. (...) In the formal and informal sciences we seek evidence for propositions, and in the domain of value we make a case for propositions”.

16 DWORKIN, 2000, pp. 11-183.

17 ROWAN, 2011; DZUR, 2012.

18 Embora existam acepções diversas do que se pode entender por populismo penal, a ideia é trabalhada abaixo especialmente a partir da crítica, mais genérica, de GARGARELLA (2014c) em relação à pressuposição de que a participação popular seria sempre equivalente ao incremento das demandas por punição.

setores autodefinidos como "críticos"¹⁹ – de uma fundamentação politicamente liberal do direito penal como limite possível ao arbítrio estatal e voltado à garantia da liberdade individual do cidadão.

Com efeito, o discurso hegemônico no âmbito do penalismo moderno é eminentemente utilitarista e reduz a preocupação com questões de justiça estritamente à forma do princípio da proporcionalidade, especialmente no momento de aplicação judicial da pena. Vai nesse sentido a “mais convincente” dentre as teorias ecléticas, de Herbert Lionel Hart, rejeitando, desde logo, a possibilidade de uma teoria monista da pena, afirmando que qualquer perspectiva deverá assumir que se aproxima de princípios distintos e parcialmente conflitantes. Seu ponto de partida é a diferenciação, já indicada por John Rawls em 1954, entre “justificar uma prática”, em termos gerais, e “justificar uma situação em particular que se enquadra na primeira justificação geral”²⁰. No léxico utilizado por Hart, trata-se da “Justificativa Geral da Punição” (*General Justifying Aim*), de um lado, e do “Princípio de Distribuição ou Proporcionalidade” (*Principle of Distribution*) no momento da aplicação da pena ao caso concreto, de outro. Diferencia-se, assim, a justificação da pena em abstrato da justificação da pena em concreto.

Em termos simplificados, Rawls e Hart defendem como solução de consenso o reconhecimento de que a “Justificativa Geral da Punição” reside em suas consequências benéficas, e em especial a prevenção geral decorrente da ameaça legal da pena, porém limitada por um “Princípio de Distribuição ou Proporcionalidade” na qual se inserem as considerações retributivas sobre o “justo merecimento”²¹, essas sempre tendo por referência o caso concreto. Seria dentro deste segundo momento, portanto, relativo à aplicação da pena, que emergiriam as questões de quem punir e quanto punir: respectivamente, aquele que teve acertada sua responsabilidade penal, e nos limites do justo merecimento em face da gravidade do delito cometido.

Trata-se, porém, de uma promessa histórica e perenemente vã. Com Eligio Resta, constata-se que a aposta fundamental da modernidade é fundada em uma ambivalência decisiva: a violência ritualizada e monopoliza-

19 Ver, exemplarmente, e para citar dois autores que trabalham com matrizes teóricas bastante distintas entre si, de um lado, a fundamentação “negativa” da pena de FERRAJOLI, 1995, pp. 321-352 e, de outro, as teorias do “apelo à necessidade”, trabalhadas por BOONIN, 2008, pp. 213-128.

20 RAWLS, 1969, p. 105.

21 HART, 2008, p. 9; RAWLS, 1969, p. 107.

da seria a única possibilidade de interromper a violência difusa, mimética, mas sendo também violência, funcionaria como um veneno que se converte em antídoto. Porém, como se depreende do conceito de *pharmakon*, só haveria efetivamente antídoto se em doses moderadas, sem excesso, sob pena de tornar a ser veneno, concentrando-se nesta tentativa de contenção todo o esforço do iluminismo penal²². Seria realmente possível diferenciar direito e violência, estabelecendo-se distinção estanque entre uma violência legítima, “weberianamente” regulada e racionalizada, e outra ilegítima, a ser simplesmente contida? Até que ponto é possível conter algo utilizando instrumento com o mesmo conteúdo do que se pretende conter?

Para Resta, supor que o direito pode regular a guerra, prevalecendo sobre a dimensão da decisão política, é uma ilusão²³. A grande aposta seria, esta sim, a construção de um “direito fraterno”, justamente porque não fundado sobre a inflicção de violência e na dicotomia “amigo/inimigo”, mas na abertura consciente de espaços à diferença: para tanto, deixando para trás as premissas hobbesianas, o conflito deve ser visto e aceito em sua riqueza e complexidade, e não reduzido às formas de sua regulação tendo por escopo sua supressão²⁴.

E para a construção de modelos alternativos de resolução de conflitos, não parece possível nos restringirmos de modo definitivo à “velha oposição” entre retributivismo e utilitarismo e ao individualismo que é próprio do pensamento liberal, havendo que se caminhar na direção da assunção de uma postura normativa de inclusão, integração e democracia.

Há um liame evidente, embora não direto nem equivalente, entre a fundamentação liberal da pena e suas justificações modernas, tanto retributivas e neoretributivas como aquelas de matriz utilitarista. Mesmo não havendo um sentido unívoco de “liberalismo”, Lacey indica como caracteres comuns os conceitos de individualismo e racionalidade²⁵, sejam conjugados, na linha retributivista, com a rejeição de qualquer forma de “paternalismo” estatal, sejam relidos a partir do princípio da utilidade.

Não obstante incontroversa a importância do liberalismo no que tange à preocupação com o abuso de poder pelo Estado, reconhece-se como sua

22 RESTA, 1992, p. 72

23 RESTA, 1992, p. 92

24 RESTA, 2002, pp. 74-75

25 LACEY, 1988, p. 143 e ss.

fraqueza a “desconfiança do social, a primazia do indivíduo”²⁶ o que, no âmbito da questão penal, repercute paradoxalmente no sentido de legitimar a funcionalização da pena como meio de “defesa social”, exatamente porque se não é capaz de compreender o “fato punido” e a violência senão como fenômeno individual.

Questão maior que se coloca, nesse sentido, é se haveria espaço para um repensar da fundamentação da pena, como instituição política, a partir do republicanismo. Mesmo sem qualquer pretensão de aprofundamento nesse denso debate, é pertinente levar em conta a reflexão de Roberto Gargarella quando busca aproximar o republicanismo e o liberalismo igualitário²⁷, afastando-se apenas do liberalismo conservador, levando sua reflexão também ao âmbito da questão da pena.

Gargarella parte, em primeiro lugar, da teoria da justiça de John Rawls²⁸, quem defendera para a pena uma justificação eclética e prevalentemente consequencialista, afastando-se da ideia de “merecimento”. Sua teoria da justiça, porém, fora apresentada com características diversas da aplicação que o próprio autor faz em relação à pena, na medida em que esta última tem traços claramente utilitaristas. Em forte síntese, sua base teórica parte de uma ideia de “contrato hipotético” formulado em condições ideais – diferentemente de Hobbes – nas quais todos os participantes se encontrariam em uma “posição originária” caracterizada pelo que chama de “véu de ignorância”, ou seja, desconsiderando-se as diferenças sociais, políticas, econômicas. Tendo tal posição originária como ponto de partida, as escolhas relativas à distribuição dos “bens sociais primários” na sociedade convertem-se em uma questão eminentemente deliberativa, definindo-se justiça como equidade, atenta ao respeito à diferença de modo impessoal, já que sob o “véu da ignorância” ninguém sabe ao certo se ocupará o lugar do diferente ou não. Trata-se do que Rawls denomina “loteria natural e social”, fazendo com que seja resguardada a condição de quem ocupar o “pior lugar”.

A filosofia política pode e deve, assim, debruçar-se sobre a pena como instituição política e tratar do assunto na dimensão da inclusão/exclusão e da participação popular na formulação e avaliação da punição como política pública.

26 LACEY, 1988, p. 163: “there remains a residue of distrust of the social, of the primacy of the individual, ...”.

27 GARGARELLA, 1999, p. 181 e ss.

28 RAWLS, 2010.

Um exemplo da importância dessa aproximação: tomemos uma das mais importantes e discutidas teorias neoretribucionistas que é a teoria da "vantagem injusta", de Herbert Morris. A ideia do justo merecimento está em sua base, fundada na reciprocidade. Todo ser humano teria, em sua perspectiva, a garantia de uma esfera de não-interferência como vedação da violência e da interferência de terceiros²⁹: o respeito mútuo de tal esfera garantiria benefícios mútuos a todos, decorrendo daí o dever de cada sujeito exercer sobre si o autocontrole para que se abstenha de qualquer tipo de conduta nesse sentido. São as por ele denominadas regras primárias para a convivência. Portanto, o não-exercício desta abstenção e o desrespeito à esfera de não-interferência de outrem significa obter uma "vantagem" em relação aos demais, que assumiram e respeitaram o compromisso. Em suas palavras:

Se uma pessoa falha no exercício de seu autocontrole mesmo podendo ceder diante de tais inclinações, ela renuncia a um dever que outros voluntariamente assumiram e, portanto, obtém uma vantagem que os demais, os quais controlaram a si mesmos, não possuem. Este sistema, portanto, é aquele em que as regras estabelecem uma reciprocidade entre benefícios e deveres e no qual os benefícios da não-interferência são condicionados à assunção de deveres³⁰.

Para Morris, quem comete um crime tem "direito a ser punido" porque apenas assim estaria sendo tratado como pessoa. Radicalmente contrário à concepção da pena como terapia, afirma que tal perspectiva animaliza o

29 MORRIS, 1988, p. 68.

30 MORRIS, 1988, p. 69: "If a person fails to exercise self-restraint even though he might have and gives in to such inclinations, he renounces a burden which others have voluntarily assumed and thus gains an advantage which others, who have restrained themselves, do not possess. This system, then, is one in which the rules establish a mutuality of benefit and burden and in which the benefits of noninterference are conditional upon the assumption of burdens". Prossegue o autor: "Quem viola as regras tem algo que os outros têm – os benefícios do sistema – mas ao renunciar ao que os demais assumiram, o ônus do autocontrole, adquire uma vantagem injusta. (...). Outro modo de dizer é que ele deve algo aos demais, porque tem algo que não o pertence. A justiça – que é punir tais indivíduos – restaura o equilíbrio entre os benefícios e os ônus retirando do sujeito o que ele deve, ou seja, quitando a dívida". Tradução nossa. No original: "A person who violates the rules has something others have – the benefits of the system – but by renouncing what others have assumed, the burdens of self-restraint, he has acquired an unfair advantage. (...) Another way of putting it is that he owes something to others, for he has something that does not rightfully belong to him. Justice – that is punishing such individuals – restores the equilibrium of benefits and burdens by taking from the individual what he owes, that is, exacting the debt". Observa, ainda, que a razão da não punição de crianças e pessoas sem sanidade mental restaria justamente no caráter involuntário da violação e portanto na inexistência de uma efetiva renúncia ao ônus assumido por todos de não violar a esfera de não-interferência dos demais.

ser humano porque “não respeita suas escolhas”³¹. Já o punir pelo que fez significa respeitar sua autonomia, pois se pressupõe sua concordância com a pena tacitamente manifestada na violação do dever de respeito ao outro. A punição fica vinculada à violação das regras primárias de abstenção e justificada, assim, como reequilíbrio da balança entre benefícios e deveres, anulando a “vantagem injusta” obtida, na medida em que, a partir do momento da violação, o ofensor “deve algo” aos demais.

Concepções de desenvolvimento e liberdade como as de Amartya Sen permitem a crítica ao reconhecerem que “ao analisar a justiça social, há bons motivos para julgar a vantagem individual em função das capacidades que uma pessoa possui, ou seja, das liberdades substantivas para levar o tipo de vida que ela tem razão para valorizar”³²

Com efeito, sem prejuízo de consistentes críticas filosóficas, a maior fonte de crítica ao retributivismo liberal vem da realidade concreta e material. Gargarella e Sen demonstram, a partir das releituras e críticas realizadas à teoria de Rawls, como pode ser temerário depositar todas as fichas na filosofia política liberal para resguardo do direito à liberdade diante do Estado. Vide, por exemplo, o pensamento de Robert Nozick, que defende um Estado “ultramínimo” e unicamente voltado à proteção do indivíduo contra o abuso no uso da força³³. Haveria, nesse sentido, somente direitos de não-interferência, utilizando a mesma expressão da teoria da “vantagem injusta” de Herbert Morris.

Para Nozick, a teoria de Rawls seria “insuficientemente liberal”³⁴. Quando trata da pena, Nozick defende o retributivismo como justificação, fundado no merecimento³⁵: o autor inicia pela análise das características hipotéticas de um “sistema de punição aberta”, no estado de natureza, perentendo a todos o “direito de punir”, até que uma “associação de proteção

31 MORRIS, 1988, p. 75.

32 SEN, 2000, p. 109.

33 NOZICK, 2011, p. 112 e ss.

34 GARGARELLA, 1999, p. 45.

35 NOZICK, 2011, p. 176: “pode-se tentar deduzir o direito de punir de outras considerações de ordem moral, como o direito de proteger, associação à percepção de que os limites morais dos criminosos mudam. Pode-se aceitar uma teoria de proibição moral de tipo contratual e defender que aqueles que violam os limites do outro perdem o direito de que determinados limites seus sejam respeitados. (...) Determinado delito dá aos outros a liberdade de ultrapassar certos limites (a falta do dever de não fazê-lo); os detalhes podem ser os de alguma teoria retributiva”. Destaca-se a observação de Nozick que “diferentemente da indenização, a punição não é devida à vítima”, cf. *Ibidem*. Para mais, ver NOZICK, 1981.

permanente”, como o Estado, torne-se “dominante” e passe a ser a única a exercer, de fato, o direito de proibir³⁶.

O republicanismo, a seu turno, é filosofia política caracterizada, não obstante também não seja um conceito unívoco, pela rejeição de toda forma de “dominação”: “a reivindicação da liberdade – a ausência de domínio; a vida em um ‘estado livre’ – unificaria, de forma resumida, as distintas versões republicanas”³⁷. Para que a lei não signifique uma violação do domínio, ela também deve ser elaborada em um contexto sem dominação, em torno do que se definiu como princípio do “autogoverno coletivo”, ou seja, através de mecanismos concretos de suporte à cidadania ativa e ao controle dos cidadãos sobre seus representantes³⁸.

A ideia de liberdade republicana não é de uma mera esfera de não-interferência, mas sim “ausência de dominação”³⁹; não se trata somente da fixação de limites, mas concerne à ampliação dos direitos políticos de participação e se preocupa com as omissões do Estado no que tange às condições de exercício dos direitos fundamentais, assim como, neste ponto, o liberalismo igualitário⁴⁰.

O principal ponto de tensão reside na relação entre as esferas pública e privada, na medida em que o pensamento republicano exalta “virtudes” necessárias ao “bem comum”, o que no âmbito penal pode vir a distorcer o ideal de “autogoverno coletivo”⁴¹ e convertê-lo na velha defesa social que sacrifica indivíduos pelo coletivo, mormente na realidade latino-americana marcada pela violência estatal e a desigualdade nas relações políticas e econômicas. Embora o sistema penitenciário esteja muito distante da carac-

36 NOZICK, 2011, pp. 176-181. Mesmo assim, segundo o autor, “pode haver discordância acerca da intensidade da punição que determinado ato mereceria e acerca de quais atos devem ser punidos”.

37 GARGARELLA, 1999, p. 163

38 GARGARELLA, 1999, p. 182.

39 Sobre o tema, ver PETTIT, 1999.

40 GARGARELLA, 1999, p. 185. Na conjugação entre republicanismo e liberalismo igualitário sugerida pelo autor, há diferenças na priorização do autogoverno coletivo, no primeiro, e da autonomia individual, do segundo, mas ambos admitiram o ideal de autogoverno em suas concepções de democracia.

41 A essa objeção, busca responder GARGARELLA, 1999, p. 190: “Um entendimento habitual, sensato, da ideia de autogoverno deve dar conta da importância que atribuímos tanto ao controle coletivo sobre os destinos da comunidade, como à importância que damos à possibilidade de que cada pessoa escolha por si mesma a direção que quer imprimir a sua vida”. Tradução nossa. No original: “Un entendimiento habitual, sensato, de la idea de autogobierno, debe dar cuenta de la importancia que le asignamos tanto al control sobre los destinos dela comunidad, como a la importancia que le otorgamos a la posibilidad de que cada persona escoja por sí misma la dirección que quiere imprimirle a su vida”.

terização como “republicano”, pois viola escandalosamente o princípio da não-dominação, o discurso de promoção de determinados valores e ideais de excelência humana, contra o ócio, em prol do trabalho subordinado, convertendo “vagabundos” em “máquinas republicanas”, e assim por diante, sempre esteve presente e deve ser lembrado em seus desdobramentos e consequências.

Toda cautela é necessária, portanto, ao se falar em prevalência de parâmetros elaborados coletivamente por sobre os direitos individuais, com base no pensamento republicano. Quando se fala na pena como fato de poder e no manejo do conhecimento jurídico como política de “redução de danos”, restringindo-se o Estado a servir de instância de garantia, a fundamentação do direito penal como limite do arbítrio não fugirá de sua base liberal. A questão é que este não é um enfoque normativo, mas fundado na realidade empírica de violência e abuso do sistema penal, não se admitindo a atribuição de qualquer função positiva à pena. A perspectiva republicana, por outro lado, viria à baila na ampliação do horizonte normativo de compreensão sobre a ideia de “censura”, para além da pena estatal, havendo pontos de aproximação importantes na fundamentação política de outras práticas possíveis, fundadas na não-aflitividade e na participação ativa dos envolvidos. Gargarella critica com contundência, nesse sentido, a própria eticidade de uma postura *normativa* em torno do “direito penal mínimo” (admitir-se-ia a “tortura mínima”?, pergunta) porque socialmente descomprometida:

O objetivo do republicanismo não é a minimização da violência ou a retirada do Estado, mas sim a contribuição à integração social e ao fortalecimento dos vínculos interpessoais. (...) Não basta, desde este ponto de vista, deixar de novo na rua aquele que na rua pode ser – e, previsivelmente, voltará a ser – perseguido e marginalizado, mas se trata de impedir a possibilidade que siga sendo, de que continue sendo perseguido e marginalizado⁴².

Não é tão simples, como se vê, construir uma perspectiva republicana sobre a pena. Por exemplo, é problemática a proposta conjunta de Philip

42 GARGARELLA, 2008, p. 39. Tradução nossa. No original: “el objetivo del republicanismo no es la minimización de la violencia o el retiro del Estado, sino contribuir a la integración social y al fortalecimiento de los vínculos interpersonales. (...) No basta, desde este punto de vista, con echar de nuevo a la calle a aquel que en la calle suele ser – y, previsiblemente, volverá a ser – perseguido y marginado, sino que se trata de bloquear la posibilidad de que lo siga siendo, de que siga siendo perseguido y marginado”.

Pettit e John Braithwaite que defende, em síntese, uma concepção de liberdade não atomística, não como mero espaço de não-interferência, tal como os neoretributivistas liberais, mas como noção que leva em conta a dimensão do social, da cidadania, do pertencimento a uma comunidade política, enfim, tudo o que sintetizam no conceito de “domínio”, entendido como “o status social que você apresenta quando não tem um menor prospecto de liberdade do que ninguém em sua sociedade, e quando isso é de comum conhecimento entre você e os outros”⁴³.

O objetivo do sistema penal, segundo Braithwaite e Pettit, seria “maximizar o domínio”, coibindo a restrição indevida dessa esfera de liberdade ocasionada pela produção de dano a outrem. O desenvolvimento de sua teoria, porém, tem desdobramentos que pouco se diferenciam do sistema penal ocidental de fundamentação liberal: afirmam a necessidade de parcimônia, mas não são capazes de se libertar do tradicional escopo de prevenção geral negativa ou do uso da pena privativa de liberdade⁴⁴.

Já a crítica de Gargarella vai mais longe, problematizando a forma de elaboração das leis penais como causa de “alienação legal” a viciar o potencial expressivo/comunicativo da pena e sugerindo a sua impossibilidade e ilegitimidade em contextos de desigualdade extrema⁴⁵. A resposta republicana ao delito, na ótica do autor, deve ser “contra o castigo e a exclusão”, uma “resposta inclusiva e orientada à comunidade, que considere toda pessoa como um agente moral, não apenas racional, e uma resposta através da qual a comunidade possa expressar seu juízo de reprovação por sobre as ações do ofensor”⁴⁶, enquanto, no sistema penal tradicional, há o propósito expresso de *impedir* que a comunidade se expresse nesse sentido.

É possível “reprovar” também por “meios não punitivos de expressão da desaprovação do coletivo”⁴⁷.

43 BRAITHWAITE; PETTIT, 1990, p. 85. Tradução nossa. No original: “the social status you perfectly enjoy when you have no less a prospect of liberty than anyone else in your society and when it is common knowledge among you and others that this is so”.

44 BRAITHWAITE; PETTIT, 1990, pp. 79, 89, 104.

45 GARGARELLA, 2008, pp. 18, 27.

46 GARGARELLA, 2008, pp. 35, 60.

47 BRAITHWAITE; PETTIT, 1990, p. 209: “não vemos nenhuma conexão presumível entre reprovação e punição como tradicionalmente concebida; pensamos que ela pode muitas vezes ser melhor promovida, por exemplo, através de meios não-punitivos de expressão da desaprovação da comunidade”. Tradução nossa. No original: “we do not see any presumptive connection between reprobation and punishment as traditionally conceived; we think that often it may best be promoted, for example, by non-punitive means of expressing community disapproval”.

A rejeição do individualismo é apontada como a razão de diferenciação entre esta perspectiva e as justificações retributivistas e utilitaristas, que teriam nesse sentido uma fundamentação liberal e um liame necessário para com a natureza socialmente excludente da pena. Para Gargarella, todas as respostas tradicionais ao crime são excludentes e constituem “a pior reação possível”⁴⁸. É necessário reconhecê-lo e rejeitar a pena privativa de liberdade, justamente por isso, buscando formas de censura em comunidade que sejam includentes e distintas do “castigo”.

A opção de Gargarella por uma concepção comunicativa de censura que não necessita do “castigo”, ou seja, da aflitividade, para expressar censura, defende a “devolução à comunidade” de parte dos poderes exercidos pelo Estado, para expressão de censura; trata-se de responsabilizar pela via da alteridade, rejeitando-se todo enfoque paternalista ou moralista presente nos objetivos de reforma do indivíduo⁴⁹; de construir um processo comunicativo direcionado ao estabelecimento de um “diálogo moral” com o ofensor, dentro de uma concepção deliberativa de democracia⁵⁰, definindo o autoreconhecimento do dano causado como mais importante que qualquer “castigo”.

4. "Vocês não têm nada a dizer sobre isso"

De acordo com Amartya Sen, as pessoas devem ser ativamente envolvidas em seu próprio destino, especialmente no tocante à expansão das liberdades reais como meio para o desenvolvimento⁵¹. A observação alcança a formulação e articulação dos mecanismos de censura e responsabilização perante o dano causado a outrem, como acima sugerido? Como nota Roberto Gargarella⁵², resenhando *Punishment, participatory democracy & the jury*, de Albert Dzur, o grande adversário dos teóricos preocupados com o fomento da participação popular na formulação e efetivação de políticas criminais pode ser identificado no populismo penal. No pensamento de Gargarella, embora o termo não seja expressamente definido, parece reme-

48 GARGARELLA, 2008, p. 37.

49 GARGARELLA, 2008, pp. 45-48.

50 GARGARELLA, 2008, p. 70.

51 SEN, 2000, p. 71

52 GARGARELLA, 2014c.

ter a um uso oportunista e manipulador da opinião popular em questões político-criminais, bem como à suposição de que, se tiverem a oportunidade, majorias darão respostas normativamente piores, movidas, segundo alguns, por ódio/indiferença e, segundo outros, pela ausência de um debate público informado e crítico⁵³.

De modo geral, a oposição entre insulacionistas e integracionistas gira em torno da forma como evitar esse tipo de populismo penal⁵⁴. Enquanto os insulacionistas procurariam isolar problemas de justiça criminal do debate público, os integracionistas apostam em resultados normativamente melhores⁵⁵ nos casos em que as políticas criminais são desenhadas com maior participação popular. Essa participação, no entanto, distingue-se da mera consulta, ou do simples impacto político horizontal⁵⁶. Trata-se do incentivo ao enfrentamento de dilemas morais, do contato humano direto e, principalmente, da assunção de responsabilidade pelas decisões tomadas, assim como pelos resultados obtidos.

A questão passa, num primeiro momento, por problemas de desenho institucional: respostas razoáveis poderiam ser dadas, em relação a questões criminais, por instituições mais democraticamente - igualamos, para fins desse argumento, como no exercício mental de Carlos Nino⁵⁷, democracia a decisão majoritária⁵⁸ – responsivas?

A maneira e o significado como concebemos a participação popular na formulação de políticas criminais, contudo, remete a um debate mais profundo. Diz respeito direto à forma como concebemos a própria ideia de democracia, ao que entendemos por governo legítimo e, consequentemente, ao papel das instituições políticas.

A questão fica mais clara ao se atentar para os argumentos apresentados pelos insulacionistas. Para seguir a reflexão de uma importante teórica

53 O mesmo sentido é trabalhado em DZUR, 2012 e, em certa medida, em DUFF, 2001.

54 Baseamo-nos, nas próximas páginas, essencialmente em DZUR, 2012 e ROWAN, 2011. Para mais referências sobre o assunto, ver: DZUR; MIRCHANDANI, 2007; JOHNSTONE, 2000; DZUR, 2011.

55 O que inclui tanto a *tese correccional* como a *tese de domínio coletivo*, conforme as expressões de BENNET, 2014. A primeira iguala “resultados melhores” à correção do funcionamento dos sistemas de justiça criminal, ao seu aprimoramento. A segunda se liga ao ideal de autogoverno coletivo, identificando respostas melhores no próprio domínio popular sobre a decisão.

56 Ver a distinção entre impacto político e influência política em DWORKIN, 2000, pp. 191-194.

57 NINO, 2013.

58 Referimo-nos a problemas de impacto de preferências individuais na formação de decisões coletivas, como em ELSTER, 1989, pp. 124-134.

em filosofia da pena (que, muito paradoxalmente, anos antes fornecera uma teoria da pena baseada em princípios comunitaristas de justiça⁵⁹), Nicola Lacey, após constatar empiricamente que diferentes sistemas políticos geram diferentes políticas criminais e preocupada com a crescente onda *law and order* no Reino Unido, sugere a seguinte rota de fuga do populismo penal:

Mas isso só será possível se os dois principais partidos políticos chegarem a um acordo acerca da remoção de políticas criminais – ou ao menos aspectos essenciais dessas políticas, como o tamanho do sistema prisional – do debate político partidário. (...) Mas isso não seria por si só suficiente para garantir qualquer sucesso. Outra importante condição seria a reconstituição de algum respeito pela *expertise* na área. (...) Em outros termos, a remoção de políticas criminais da competição política partidária abriria a possibilidade para o tipo de solução de política fiscal implementada através do *Monetary Policy Committee* (MPC) (...). Ao destinar a tarefa de fixar taxas de juros a um órgão independente de especialistas localizado no *Bank of England*, tornar as deliberações desse órgão transparente, bem como estabelecer mecanismos fortes de controle pelo parlamento, Gordon Brown criou uma estratégia que rendeu notável amparo político e popular⁶⁰.

Bem, a estratégia de Lacey, antes de tudo, parece passar por “despolitizar”⁶¹ as políticas criminais. Comparando essas políticas a questões fiscais, as quais tendemos a conceber como eminentemente técnicas (embora já consideremos isso um erro), Lacey assume que, para ficar em apenas alguns exemplos, definir quais condutas podem ser punidas, como

59 Ver LACEY, 1988, especialmente pp. 121-202. Lacey, após apresentar as ligações das justificações dominantes da pena com princípios liberais, insiste na necessidade de se voltar para a comunidade e para a noção de responsabilidade, a fim de fornecer uma teoria mais justa.

60 LACEY, 2008, pp. 191-192. Tradução nossa. No original: “But this will be possible only if the two main political parties can reach a framework agreement about the removal of criminal justice policy – or at least of key aspects of policy, such as the size of the prison system – from party political debate. (...) But this would not be enough in itself to guarantee any success. A further important condition would be the re-constitution of some respect for expertise in the field. (...) In other words, the removal of criminal justice policy from party political competition would open up the possibility of the kind of solution to fiscal policy implemented through the Monetary Policy Committee (MPC) (...). By conferring the task of setting interests rates to an independent body of experts located in the Bank of England, making this body’s deliberations transparent, and setting up robust mechanism of accountability to parliament, Gordon Brown crafted a strategy which has commanded remarkable public and political support”.

61 BELLAMY, 2007, pp. 147-154.

sujeitos condenados devem ser tratados e, no fundo, o que justifica o tratamento aflitivo a eles destinados são problemas com os quais pessoas comuns (*lay people*) não devem contribuir.

Se questões de política criminal são “despolitizadas”, deixa de fazer sentido pensá-las como produto de decisões coletivas, como resultado de deliberações valorativas. Logo, nada mais óbvio do que apostar num grupo de especialistas, num corpo isolado (não político) e independente.

Como nota Dzur⁶², a posição insulacionista é uma tentativa de resposta a problemas práticos. Desenvolve-se com maior força, sintomaticamente, no Reino Unido, cujo sistema político por muito tempo manteve certa aversão à influência dos *checks and balances*, à noção de previsões constitucionais altamente estáveis e à revisão constitucional⁶³. Nesse caso, não é surpresa que, frente à percepção de um crescente “endurecimento” no tratamento de questões criminais, teóricos compromissados com a contenção do poder punitivo cheguem a afirmar que o populismo penal seria resultado de “democracia demais”⁶⁴.

Não é difícil responder a este tipo de raciocínio. Em primeiro lugar, parte-se de uma premissa empírica, ou antes, uma construção antropológica, como mostra Esposito⁶⁵, não demonstrada: oportunizadas a falar e a escolher, a população inevitavelmente optaria algum tipo de vingança coletiva, pelo desrespeito de direitos e pelo tratamento desumanizante dos condenados. Claro, ao se deixar de problematizar as complexas interações sociais que envolvem os sujeitos envolvidos em escolhas morais difíceis como a pena, torna-se muito fácil ler as reiteradas referências das vítimas e seus familiares (de crimes dolosos contra a vida!) a “fazer justiça” e “pagar pelo que fez” como manifestações inequívocas de intenções violentas e vingativas⁶⁶. Isto é, é muito fácil avaliar as diversas conotações de *justiça* que manifestam diferentes sujeitos⁶⁷ com base num denominador comum único

62 DZUR, 2012, pp. 116-118.

63 O que faz com que BELLAMY, 2007, pp. 10-12 enxergue mais proximidade, ainda que de forma matizada, entre seu proposto constitucionalismo político e o sistema político britânico do que, digamos, o sistema americano, mais identificado com seu principal alvo de crítica, o constitucionalismo legal.

64 ROWAN, 2011, p. 47.

65 ESPOSITO, 2011, pp. 80-112.

66 GIAMBERARDINO, 2015, pp. 21-65.

67 Para evitar equívocos, não nos referimos aqui a qualquer tipo de relativismo moral, ou mesmo à (im) possibilidade de apreensão de verdades valorativas, mas apenas aos *significados* apreendidos e manifestados pelos sujeitos.

e invariável.

Mais, se não é errado afirmar que boa parte das decisões em políticas criminais provém de decisões legislativas que (com todas as restrições que isso implica) representariam, grosso modo, vontades majoritárias, é preciso ter em mente que toda a construção dos sistemas penais modernos aponta para um progressivo isolamento das “apaixonadas vontades populares”, em direção a uma estrutura racional, gestada e gerida exclusivamente pelo tipo de especialistas em que, mais uma vez, se aposta⁶⁸.

Chamamos a atenção, porém, para uma outra ordem de argumentos, mais diretamente pertinente à relação paradoxal entre constitucionalismo e democracia, assim resumida:

Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então alguns conteúdos da Constituição – *Law of lawmaking* – devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas. Eis o paradoxo que marca a democracia constitucional (...) ⁶⁹.

Tomando emprestado esse paradoxo para o objeto aqui em discussão, o da participação popular em relação a políticas criminais, é preciso reconhecer que, também quanto à formulação dessas políticas, a própria estrutura constitucional estabelece limites à decisão majoritária – tanto ao seu conteúdo como ao seu alcance. Contudo, entre afirmar que a decisão majoritária pode (ou *deve*) ser balizada⁷⁰ por normas jurídicas definidoras do político e apostar numa *guardianship* platônica⁷¹ comandada por especialistas há uma grande diferença.

Se a relação entre democracia e constitucionalismo remete à relação entre poder constituinte e soberania popular⁷² e se tais relações apresentam tensões sempre imanentes e insuprimíveis, é urgente pensar nas positividade

68 SBRICCOLI, 2010; CHRISTIE, 1977.

69 CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 160.

70 JARAMILLO, 2014, p. 10.

71 DAHL, 1998, pp. 69-80.

72 CHUEIRI; GODOY, 2010.

des dessas tensões. A forma como lidamos com a justiça criminal é resultado de um processo de tomada de decisão coletiva, que exige um debate normativo. Relegar questões criminais para *experts* não só representa o roubo do conflito⁷³, entendido primordialmente como o significado da ofensa para os sujeitos diretamente por ela afetados (ofensor, vítima, comunidade), como representa a renúncia explícita, concomitante e paradoxal ao ideal de auto-governo coletivo e à exigência de autonomia individual⁷⁴.

Agora, levar a sério o ideal de autogoverno, em política criminal, não é ignorar a opinião de estudiosos em favor de qualquer opinião popularmente majoritária. Antes, significa fomentar o debate público de ideias. Cidadãos podem muito bem chegar à conclusão, por exemplo, de que alguma das garantias penais e processuais penais deve ter seu conteúdo alterado ou, no limite, ser suprimida. Trata-se, afinal, de uma escolha política normativamente orientada. Contudo, pensar positivamente a relação constitucionalismo e democracia, como reafirmação da própria “carga revolucionária da Constituição”⁷⁵, exige que essa opção seja uma opção informada, crítica e, de fato, moralmente significativa, sempre orientada pela afirmação da igualdade política plena. Isso significa, antes de qualquer coisa, não pensar ingenuamente.

Significa, por exemplo, não ignorar conquistas históricas de direitos, não ignorar que a opinião majoritária pode simplesmente representar a reprodução de respostas padronizadas e pouco criativas e, por mais evidente que isso possa soar, não ignorar que a condição material dos indivíduos tem impacto significativo na forma como decisões são tomadas. Como sugerido, é muito fácil esquecer a complexidade do entrelaçamento entre discursos e poder, inevitavelmente (e isso não pode, desde logo, ser avaliado

73 CHRISTIE, 1977.

74 GARGARELLA, 2014a, p. 348.

75 CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 167. Talvez desnecessário (dado o teor do que disse até aqui) afirmar que Constituição não se iguala a texto, muito menos a qualquer tipo de pacto consensual. Trata-se de um processo, sempre tenso, de construção da vida em comunidade política: “O vínculo entre Constituição e poder constituinte é tanto contingente (eventual, porém, necessário e inevitável) quanto imanente à própria ideia de Constituição. Isso implica não reduzirmos a constituinte (promessa) e a Constituição (real efetivação) aos termos de uma lógica dual (outro mundo/este mundo). Eis a minha premissa, a qual, desde o início, desconstrói a crença ingênua (facilmente encontrada nos manuais de direito constitucional) de que a Constituição é um texto ou outra, mais ingênua ainda, de que suas normas apaziguam as tensões do campo da política e, por fim, de que basta constitucionalizar as diversas relações que se estabelecem na sociedade (políticas, econômicas, ambientais, laborais, familiares, etc.) e elas se realizarão da maneira prescrita pela norma constitucional, de forma que a promessa se cumpriu e, assim, viveremos uma realidade livre das tensões, como se fosse o paraíso”. CHUEIRI, 2013, pp. 26-27.

negativamente) presente em qualquer deliberação.

O risco que se corre, em suma, é o de meramente reproduzir um discurso dominante. Constatar a existência desse risco, no entanto, não pode obstar pensar para além de um discurso defensivo, presente talvez caricaturalmente nos insulacionistas, mas muito vivo no pensamento de juristas envolvidos com a *questão criminal*⁷⁶. Preocupados (legitimamente) com a constante violação de direitos e com violência que observam no funcionamento do sistema de justiça criminal, lamentam-se, mas continuam crendo na fórmula moderna de contenção da violência através um uso internalizado e controlado, mas sempre destrutivo, da mesma forma de violência⁷⁷.

5. Práticas Restaurativas como a Nova Aposta

Se a pena pode ser pensada como um tipo de “racionalização da vingança”, ao passo que o processo penal seria lido como a “muito longa história de um cansativo porvir, cada vez frustrado na prática, de um sistema de proteções e garantias dispostos em torno do acusado e os seus direitos”⁷⁸, ao sistema penal se encaixa perfeitamente o diagnóstico de Gargarella⁷⁹ acerca do constitucionalismo latino-americano, qual seja, um constante vai e vem, traindo por vezes o ideal de autogoverno coletivo, por outras o ideal de autonomia e, não raro, ambos.

A forma assumida pelos sistemas penais modernos vai de encontro, de forma paradoxal, tanto ao ideal de autogoverno coletivo quanto ao ideal de autonomia individual. Agride o ideal de autogoverno pois tende a sacrificar o debate público em nome de uma gestão “*despolitizada*” de conflitos sociais. Agride o ideal de autonomia individual pois, faticamente, não cumpre o que promete (racionalização e proteção) e pois, normativamente, relega aos indivíduos mais interessados uma participação de pequena importância, quando não nula⁸⁰. Milita contra o desenvolvimento humano,

76 ZAFFARONI; REP, 2015.

77 ESPOSITO, 2011; GIAMBERARDINO 2015, pp. 13-14.

78 SBRICCOLI, 2010, p. 164. Tradução nossa. No original: “La storia del processo penale può essere letta come la troppo lunga storia del faticoso avvento, ogni volta ostacolato nei fatti, di un apparato di protezioni e garanzie disposte intorno all'accusato e ai suoi diritti”.

79 GARGARELLA, 2014a, pp. 347-356.

80 Veja-se, por exemplo, o apagado papel da vítima no processo penal. Nesse sentido: “So, in a modern criminal trial, two important things have happened. First, the parties are being represented. Secondly, the

no sentido definido por Amartya Sen, porque inviabiliza, sem justificação, a liberdade em sentido substantivo de enorme parte da população.

Acreditamos que, subjacente às diversas manifestações teóricas e práticas assumidas pelo que denominamos *justiça restaurativa*, há uma tentativa de responder a essas inconsistências dos sistemas penais modernos. Ainda que não se trate do objeto específico de análise deste trabalho e com a ressalva de que muitas práticas meramente complementares à pena têm recebido esta denominação sem qualquer filtro mais acurado, o que as práticas restaurativas procuram fazer é resgatar as dimensões democráticas de auto-governo coletivo e autonomia individual, perdidas no funcionamento dos sistemas penais. Sob esse aspecto, não proporcionam apenas “uma nova maneira de pensar o crime e a justiça” e propugnam “um caminho para desafiar os sistemas convencionais de justiça a enfrentar seus problemas”⁸¹, mas exigem uma tomada de posição sobre o que se espera da forma como uma sociedade democrática lida com conflitos sociais.

É imprescindível perguntar pela fundamentação filosófica dessa direção. Proponentes da justiça restaurativa tendem a tomar a participação dos sujeitos diretamente envolvidos nos conflitos que nos acostumamos a denominar por “crime”⁸² como um valor intrinsecamente positivo. Formulam também uma noção expandida de *responsabilidade*⁸³, atrelada à apreensão das consequências e dos sentidos dos atos praticados em resposta à ofensa, bem como ao domínio, pelos sujeitos, das formas desses atos. Como elemento unificador dessas duas dimensões, contudo, aparece como central uma (re)valorização da comunidade⁸⁴, que tem como pano de fundo pensar atos e relações individuais sempre em relação à ideia de pertencimento à comunidade. Isso dito, fácil acessar os motivos que levam muitos estudiosos a enxergar um afastamento dos fundamentos das práti-

one party that is represented by the state, namely the victim, is so thoroughly represented that she or he

thing. She or he is a sort of double loser; first, vis-a-vis the offender, but secondly and often in a more crippling manner by being denied rights to full participation in what might have been one of the more important ritual encounters in life. The victim has lost the case to the state”. CHRISTIE, 1977, p. 3.

81 MORRIS, 2005, p. 457.

82 Conceito que, urgentemente, deve ser desnaturalizado. Para uma mostra de como a noção de “crime” está longe de ser neutra e, ao contrário, é alvo de intenso debate normativo, mesmo entre especialistas, ver: SCHWENDINGER; SCHWENDINGER, 1980.

83 ZEHR, 2008.

84 ROSENBLATT, 2014, pp. 45-49.

cas restaurativas em relação aos princípios do liberalismo político.

Ora, como bem resumem Gargarella e Bellamy⁸⁵, expansão das ideias de responsabilidades cívicas, positividade da participação política, certo tipo de “construtivismo” de direitos (isto é, direitos e deveres como produtos da interação política) e centralidade da noção de comunidade são, todas, características mais próximas da tradição, dita, do republicanismo do que do liberalismo político.

Legítimo (embora longe de ser óbvio e inquestionável), portanto, pensar as práticas restaurativas dentro do quadro teórico fornecido pela tradição política republicana⁸⁶. De fato, tal associação não é nova, havendo prévias sugestões nesse sentido⁸⁷.

Partindo de um autor que assume expressamente a defesa de uma teoria republicana da pena⁸⁸, é possível enxergar a pena como uma forma de comunicação entre ofensor, vítima e comunidade. Pena seria a forma da vítima e da comunidade mostrarem ao ofensor o erro moral que foi cometido, buscando seu arrependimento e a sua tomada de responsabilidade sobre os danos causados⁸⁹. Claro, já que fala sempre em “pena”, Duff só pode entender esse processo como algum tipo de castigo, de imposição de dor.

Duff tem plena noção de que os sistemas criminais atuais não dão conta de exprimir esse juízo de reprovação⁹⁰ e busca justamente nos princípios republicanos uma reafirmação de sentido da prática de apenar⁹¹. Como apontado em outra ocasião⁹², no entanto, ao associar a pena a uma resposta comunitária, sem que seja – com a contundência necessária – ressaltada a dimensão do encontro humano, tão caro às práticas restaurativas, perde-se a oportunidade de desvincular a censura reprovadora (a condenação moral do ato e a assunção de responsabilidade) da pena (imposição intencional

85 GARGARELLA, 1999, pp. 173-177; BELLAMY, 2007, pp. 154-175.

86 Tradição que, embora pouco homogênea e que, tal qual o liberalismo, já foi aproximada de muitas manifestações mesmo contraditórias entre si, parece ter como ponto de concentração a ideia de domínio político coletivo, conquistado através do fomento de certas virtudes cívicas, o que aponta para certa diluição da muito liberal distinção entre espaços públicos e privados. Nesse sentido: GARGARELLA, 1999, pp. 161-173.

87 GIAMBERARDINO, 2015, pp. 107-116; DZUR; MIRCHANDANI, 2007, pp. 152-153.

88 DUFF, 2010.

89 DUFF, 2001; DUFF, 1986.

90 GARGARELLA, 2012, pp. 23-26.

91 DUFF, 2010, pp. 304-305.

92 GIAMBERARDINO, 2015, pp. 118-119.

de dor).

De sua parte, o ponto fundamental das práticas restaurativas, ao articularem as noções de responsabilidade e participação política, é pensar uma justiça construída pelos sujeitos envolvidos no conflito. É uma aposta em reestabelecer a credibilidade e o valor dos encontros entre seres humanos críticos⁹³, tomados como agentes morais capazes de disputar o significado do ato cometido.

Mesmo que não se liguem (em um primeiro momento) aos resultados fáticos que alcançarem⁹⁴, as práticas restaurativas representam um avanço inequívoco em termos normativos. É dizer, ao fomentarem a participação popular (vítima, ofensor e comunidade diretamente envolvida) na construção de respostas aos conflitos sociais e, principalmente, ao pensarem a positividade desses conflitos, as práticas restaurativas tendem a resgatar o sentido de pertencimento a uma organização política.

Não cabe qualquer tipo de ingenuidade nessa aposta. Defensores da justiça restaurativa têm plena consciência das dificuldades e da sensibilidade que suas propostas apresentam. Nesse sentido, os alertas práticos fornecidos por aqueles que querem pensar uma política mais inclusiva, fundada no diálogo entre aqueles sujeitos que mais serão afetados pelas decisões a serem tomadas são imprescindíveis.

De toda sorte, ao complexificarem as relações que normalmente denominaríamos “crime”, as práticas restaurativas assumem um compromisso democrático imprescindível: significam a necessidade de agir, de radicalizar a política (“criminal”), de tomá-la como apreensão de significado em processo. Talvez representem uma forma de compreender o próprio sentido de democracia.

6. Conclusão

A hipótese central apresentada é a de que a pena criminal, consciente ou inconscientemente calcada na matriz teórica liberal, vai de encontro à no-

93 CHRISTIE, 1977, p. 14.

94 Embora grande parte das experiências já realizadas sejam muito animadoras, tanto se avaliada a satisfação dos sujeitos, como se utilizados indicadores alheios e até contrários aos princípios da justiça restaurativa (a exemplo de número de ofensores reincidentes). Ver, para boas referências de pesquisas empíricas: SHAPLAND, ROBINSON, SORSBY, 2011; MORRIS, 2005.

ção de desenvolvimento como expressão de liberdades reais⁹⁵.

Para tanto, mostrou-se imprescindível ressaltar em que medida a pena deve ser pensada como instituição política, com todas as implicações dessa caracterização. Pensar e praticar a pena requer tomadas normativas de posição, ainda que no plano empírico se rejeite qualquer função positiva a ela atribuível. Requer, mais precisamente, um argumento sobre como uma sociedade pode considerar justo causar dor intencional a um de seus integrantes.

Partimos, então, para a exploração dos limites das justificativas da pena, geralmente emolduradas entre os polos utilitarista e retributivo. Com Resta⁹⁶, porém, fica claro que a tentativa de imunização (para usar a expressão cara a Esposito⁹⁷) da violência da pena pelo direito é perenemente frustrada. A aposta, nesse sentido, passa a ser na assunção normativa mais ampla do significado de dano, a partir de um modelo teórico que escape às contradições do liberalismo penal.

O debate sobre a relação entre constitucionalismo e democracia é trazido à baila justamente para se pensar a hipótese de as formas assumidas pelo sistema criminal figurarem como empecilho para o desenvolvimento. Nesse sentido, argumentamos que a pena criminal, mesmo quando aposta em um isolamento das “paixões populares”, paradoxalmente afronta simultaneamente o ideal de autonomia individual e autogoverno coletivo.

Como possível caminho, os princípios da teoria política republicana enfatizam a assunção de responsabilidades cívicas, a valorização da participação política direta e a centralidade da comunidade. Tais princípios do republicanismo foram aproximados como possíveis fundamentos político-filosóficos das práticas restaurativas de censura, as quais centram-se na necessidade de apreensão do significado da ofensa pelos sujeitos diretamente afetados e, sobretudo, compreendendo o conflito e o dano social para muito além da singularidade do “fato ilícito” ocorrido.

Inclusive, embora não se trate do específico objeto de análise neste texto, parece possível indicar que a fundamentação liberal de práticas de justiça restaurativa seja insuficiente e perigosa, pois alimenta o risco concreto de tais práticas serem somente agregadas à pena tradicional como uma espé-

95 SEN, 2000.

96 RESTA, 1992.

97 ESPOSITO, 2011.

cie de “complemento” e, pior, distorcidas em seu sentido de transformação social e de reconhecimento do dano e do conflito.

O que buscamos afirmar, de toda sorte, é que a forma como uma sociedade lida com seus conflitos e danos não pode ser relegada a um espaço pretensamente apolítico, sob pena de retirar dos integrantes dessa sociedade a decisão sobre, para usar a expressão de Sen⁹⁸, uma parte sensível da promoção (ou violação) de liberdades.

Referências

- ARMSTRONG, K. G. The retributivist hits back. In: ACTON, H. B. *The philosophy of punishment*. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969, pp. 138-158.
- BEDAU, Hugo Adam; KELLY, Erin. *Punishment*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed). Disponível em: <plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/punishment/>. Acesso em: 25 jun. 2015.
- BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism: a Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BENNETT, Christopher. What Is the Core Normative Argument for Greater Democracy in Criminal Justice? *The Good Society*, v. 23, n. 1, 2014, pp. 41-54.
- BOONIN, David. *The problem of punishment*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- BURGH, Richard. W. Do guilty deserve to be punished? *The Journal of Philosophy*, v. 79, n. 4, apr. 1982, pp. 193-210.
- CHUEIRI, Vera Karam. Constituição Radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 58, 2013, pp. 25-36.
- _____; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia- soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, n. 1, 2010, pp. 159-174.
- DAHL, Robert. *On democracy*. New Haven: Yale University Press, 1998.
- DEL VECHIO, Giorgio. The struggle against crime. In: ACTON, H. B. *The*

98 SEN, 2000, p. 18.

- philosophy of punishment*. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969, pp. 197-203
- DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*. Paris: Galilée, 1994.
- DUFF, R. Anthony. A criminal law for citizens. *Theoretical Criminology*, v. 14, n. 3, 2010, pp. 294-309.
- _____. *Legal Punishment*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed). Disponível em: <plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/>. Acesso em: 25 jun. 2015.
- _____. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- _____. *Trials and Punishments*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- DUSSEL, Enrique. *20 teses de política*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- _____. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- DZUR, Albert W. Participatory Democracy and Criminal Justice. *Criminal Law and Philosophy*, v. 6, 2012, pp. 115-129.
- _____. Restorative justice and democracy: fostering public accountability for criminal justice. *Contemporary Justice Review*, v. 14, n. 4, 2011, pp. 367-381.
- DZUR, Albert W; MIRCHANDANI, Rekha. Punishment and Democracy: the role of public deliberation. *Punishment & Society*, v. 9, n. 2, 2007, pp. 151-175.
- ELLIS, Anthony. Recent work on punishment. *The Philosophical Quarterly*, v. 45, n. 179, 1995, pp. 225-233.
- ELSTER, Jon. *Nuts and Bolts for the Social Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. The Protection and Negation of Life*. Cambridge: Polity Press, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- FLEW, Antony. The Justification of Punishment. In: ACTON, H. B. *The philosophy of punishment*. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969.
- GARDNER, John. Introduction. In: HART, H. L. A. *Punishment and Respon-*

- sibility: essays in the philosophy of law*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. xiii-liii.
- GARGARELLA, Roberto. *La Sala de Maquinas de la Constitución*. Dos Siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810 - 2010). Buenos Aires: Capital Intelectual, 2014a.
- _____. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014b.
- _____. Punishment: The Quest for a Democratic Alternative. Review of: DZUR, Albert W. Punishment, participatory democracy & the jury. *Crime, Law and Social Change*, v. 61, 2014c, pp. 109-111.
- _____. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008.
- _____. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Un breve manual de filosofía política. Barcelona: Paidós, 1999.
- _____. Penal Coercion in Contexts of Social Injustice. *Criminal Law and Philosophy*, v. 1, n. 1, 2011, pp. 21-38.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.
- HANNA, Nathan. Retributivism revisited. *Philosophical Studies*, v. 167, n. 2, 2014, pp. 473-484.
- HART, H. L. A. Prolegomenon to the Principles of Punishment. In: *Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 1-28.
- _____. Punishment and the Elimination of Responsibility. In: *Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law*. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 158-188.
- HONDERICH, Ted. *Punishment: the supposed justifications*. Hamondsworth, Middlesex, England: Penguin Books, 1984.
- JARAMILLO, Leonardo García (Org.). *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*. Lima: Grijley, 2014.
- JOHNSTONE, Gerry. Penal policy making: Elitist, populist or participatory. *Punishment & Society*, v. 2, n. 2, 2000, pp. 161-180.
- LACEY, Nicola. *The Prisoner's Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

- _____. *State punishment: political principles and community values*. London; New York: Routledge, 1988.
- MABBOTT, J. D. Punishment. In: ACTON, H. B. *The philosophy of punishment*. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969, pp. 39-54.
- MORRIS, Alisson. Criticando os Críticos: uma breve Resposta aos Críticos da Justiça Restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: MJ PNUD, 2005. Disponível em: <www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA>. Acesso em: 15 nov. 2015.
- MORRIS, Herbert. Persons and Punishment. In: BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (org.). *Philosophy of Punishment*. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988, pp. 67-82.
- NINO, Carlos Santiago. A Consensual Theory of Punishment. *Philosophy & Public Affairs*, v. 12, n. 4, 1983, pp. 289-306.
- _____. Derecho penal y democracia. In: NINO, Carlos Santiago. *Una teoría de la justicia para la democracia: Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- _____. *Los límites de la responsabilidad penal: na teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- PETTIT, Philipp. *Republicanism: a theory of freedom and government*. New York: Oxford, 1999.
- QUINTON, Anthony M. On punishment. In: ACTON, H. B. *The philosophy of punishment*. Londres: Macmillan St. Martin's Press, 1969, pp. 55-64.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Bari: Laterza, 2002.
- _____. *La certezza e la speranza: Saggio su diritto e violenza*. Bari: Laterza, 1992.
- RICOUER, Paul. Justiça e vingança. In: *O Justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 251-260.
- ROSENBALT, Fernanda Fonseca. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema Penal e Violência*, v. 6, n. 1, 2014, pp. 43-61.

- ROWAN, Mike. Democracy and punishment: A radical view. *Theoretical Criminology*, v. 16, n. 1, 2011, pp. 43-62.
- SBRICCOLI, Mario. Giustizia criminale. In: FIORAVANTI, Maurizio (coord.). *Lo Stato modern in Europa: Istituzioni e diritto*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2010, pp. 163- 205
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SHAPLAND, J; ROBINSON, G; SORSBY, A. *Restorative justice in practice*. London: Routledge, 2011.
- SCHWENDINGER, Julia; SCHWENDINGER, Herman. Defensores da ordem ou guardiões dos direitos humanos? In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980, pp. 135-176.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; REP, Miguel. *La cuestión criminal*. 6ª ed. Buenos Aires: Planeta, 2015.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.
- ZEHR, Howard *at alli*. *The Big Book on Restorative Justice*. Four Classic Justice & Peacebuilding Books in One Volume. New York: Good Books, 2015.

Recebido em 28 de junho de 2016

Aprovado em 19 de fevereiro de 2017

O que *Brown* e *Obergefell* nos Ensinam sobre Contramajoritarismo?*

What do Brown and Obergefell Teach us about Countermajoritarianism?

Carlos Bolonha**

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Henrique Rangel ***

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Igor De Lazari ****

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

1. Introdução

Questões constitucionais imersas em um profundo desacordo nas sociedades, em geral relacionadas à garantia de direitos fundamentais, são objeto de adjudicação constitucional com frequência. Dentro dessa tendência, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA), recentemente,

* Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) e à Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), no âmbito da concorrência do Edital Universal 14/2013, e pela Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), no âmbito da concorrência do Edital 41/2013, Programa de Apoio a Grupos Emergentes do Estado do Rio de Janeiro.

** Professor Adjunto e Vice-Diretor da Faculdade Nacional de Direito e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Diretor do Centro de Pesquisa e Documentação da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Rio de Janeiro. E-mail: bolonhacarlos@gmail.com.

*** Mestrando em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: henriquerangelc@gmail.com.

**** Graduando pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da Segunda Região. E-mail: igorlazari@ufjf.br.

decidiu o caso *Obergefell vs. Hodges* (2015) e estabeleceu de modo definitivo que pessoas do mesmo sexo dispõem do direito de se casarem¹. Não é a primeira oportunidade em que esta Corte, provocada a julgar matérias envolvidas em forte comoção política e social, pronunciou-se em defesa de direitos de minorias. Em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), a Suprema Corte enfrentou a discussão que existia ao redor da segregação racial em escolas². Apesar da distância temporal que há entre estes dois precedentes, alguns aspectos institucionais, de ordem decisional, parecem ainda se reproduzir na Corte, permitindo que algumas considerações de cunho comparativo possam ser suscitadas.

Brown vs. Board of Education of Topeka (1954) está associado a um profundo processo de mitificação – assim, ao menos, aqui se sustenta. Esta é talvez uma das mais conhecidas e celebradas decisões da Suprema Corte norte-americana devido a sua repercussão social e a seus reflexos na própria legitimidade da Corte para exercer o *judicial review*³. Há aspectos institucionais concernentes a contramajoritarismo, maximalismo, progressivismo, entre outros, que despertaram um forte interesse de constitucionalistas por este julgado. Todavia, alguns trabalhos são desenvolvidos mediante análises pouco cautelosas, contribuindo para a formação de certos mitos ao seu redor. Particularmente, é comum encontrar o argumento de que *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) é uma decisão contramajoritária por ter protegido direitos de minorias sociais. Essa é uma afirmação que não está equivocada, mas o mito se constrói quando somente este aspecto passa a ser destacado, enquanto outras questões inafastáveis restam negligenciadas. *Obergefell vs. Hodges* (2015) corre o risco de passar pelo mesmo processo de mitificação. Trata-se de uma decisão marcada por abstrações produzidas ao interpretar a cláusula de proteção igualitária (*equal protection clause*) prevista na Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana e que respondeu às demandas de outro grupo socialmente minoritário.

1 Cf. *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015). Referência provisória do precedente à época da elaboração do artigo. As citações textuais foram extraídas da publicação provisória. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/14>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

2 Cf. *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

3 Entre os renomados comentaristas dessa decisão que a avaliaram como um marco, há Alexander Bickel (1970, p. 7): “*Brown v. Board of Education* was the beginning”. A decisão teria sido o início “not only of substantive changes in American social structure but also in the nature and expectations of how Supreme Court interpreted the Constitution.” HALL, ELY JR. & GROSSMAN, 2005, p. 111.

Desse modo, a hipótese ora sustentada é a seguinte: assim como ocorreu em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), *Obergefell vs. Hodges* (2015) foi uma decisão majoritarista. O suposto caráter contramajoritário de *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) foi alvo das críticas de Jack Balkin, que defende haver uma tendência na Suprema Corte de beneficiar os interesses de maiorias nacionais em detrimento de maiorias regionais⁴. Com isso, o caráter contramajoritário dessa decisão é sensivelmente relativizado. O interesse das maiorias nacionais, ao que parece, também prevaleceu na Suprema Corte quando *Obergefell vs. Hodges* (2015) foi julgado.

O conceito de contramajoritarismo tem enfrentado críticas, recentemente, sob o enfoque metodológico⁵. Definir “maioria” a partir de um critério federativo, que confronte o número de Estados favoráveis ou contrários a determinada interpretação da Constituição, parece ser a única maneira válida e confiável de identificar o caráter contramajoritário de uma decisão da Suprema Corte. Esse critério pode ser utilizado para analisar o caráter majoritarista existente em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), mas também nas decisões acerca do casamento homoafetivo naquela Corte: *Lawrence vs. Texas* (2003), *United States vs. Windsor* (2013) e *Obergefell vs. Hodges* (2015)⁶. Os resultados serão extraídos da aproximação de dois parâmetros: (i) o comportamento da Suprema Corte nessas decisões; e (ii) o *status quo* constitucional ao redor do mesmo assunto em cada um dos cinquenta Estados norte-americanos⁷. A existência de caráter contramajo-

4 BALKIN, 2004.

5 Acerca das recentes críticas que têm sido oferecidas ao contramajoritarismo, Cf. FRIEDMAN, 2009; FRIEDMAN, 2006; GRABER, 1993; LEVINSON & PILDES, 2006; WITTINGTON, 2007; BALKIN, 2004; e PILDES, 2011.

6 Cf. *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); e *United States vs. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013), referência provisória do precedente à época da elaboração do artigo. É possível identificar uma função própria em cada um desses três precedentes relacionada às mudanças constitucionais por que passaram os Estados em matéria de casamento entre pessoas do mesmo sexo. A partir do primeiro julgado, passou a ser rediscutida a tutela jurídica de direitos civis dos homoafetivos de modo genérico. O caso serviu de forte provocação ao debate público e alguns Estados se aventuraram, por caminhos distintos, ao garantir antecipadamente o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Dez anos após, a Suprema Corte rediscutiu a temática, dessa vez, versando especificamente sobre o chamado “casamento gay”. Havia a intenção de proferir uma decisão com efeitos sensivelmente limitados, mas houve uma repercussão no mínimo marcante em grande parte dos Estados. Nesse momento, não mais parecia ser uma aventura garantir tal direito aos homoafetivos e, em muitos Estados, foi assumida a responsabilidade por sua proteção jurídica, havendo relativa confiança de que, em breve, a situação estaria sedimentada. Somente com o último precedente, uma interpretação da Constituição foi substancialmente proclamada a fim de consolidar o conteúdo desse direito – agora reconhecido como materialmente fundamental naquele país.

7 Em relação ao parâmetro do *status quo* constitucional, é necessário promover um esclarecimento metodo-

ritário ou não na decisão de *Obergefell vs. Hodges* (2015), assim, depende do comportamento assumido pelos tomadores de decisão, sobretudo nos três precedentes mencionados acima, em face do número de Estados que já garantiam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O objetivo da pesquisa é comparar *Obergefell vs. Hodges* (2015) com *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), de modo a evitar que aquela decisão passe pelo mesmo processo de mitificação contramajoritária.

2. O Critério Federativo e as Maiorias Nacionais

O critério federativo permite sustentar ser mais provável que a Suprema Corte seja uma instituição nacionalista do que contramajoritária. Ao analisar o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), Balkin defende que o comportamento da Corte é responsivo a maiorias nacionais em detrimento de maiorias regionais⁸. Balkin acredita que a doutrina jurídica dos “separados, mas iguais” (*separate but equal*), que prevalecia à época das leis Jim Crow e por força do precedente *Plessy vs. Ferguson* (1896), refletia o pensamento de uma maioria nacional que lhe era contemporânea⁹. Com a mudança de contexto histórico do século XX, a maioria nacional passou a preferir não mais aplicar essa doutrina. Durante o período de conflito ideológico da Guerra Fria (1947-1991), os EUA tentavam expandir sua zona de influência sob o argumento de garantir direitos individuais como a liberdade e a igualdade. A segregação educacional existente no país,

lógico-espacial. Apenas os cinquenta Estados serão utilizados nesta análise de *status quo* constitucional, não se integrando Washington, D.C. (District of Columbia) às análises. A razão para essa exclusão decorre de uma disposição formal prevista na Constituição dos EUA, determinando que o Congresso detém autoridade exclusiva para legislar sobre toda e qualquer matéria relacionada ao D.C., impedindo que sua legislação, de natureza federal, seja posta ao lado da legislação estadual a ser confrontada com o comportamento decisório da Suprema Corte enquanto um *policy-maker* nacional.

8 “The Supreme Court is nationalist in two different senses: It is responsive to national political majorities as opposed to regional majorities, and it is responsive to the views of national elites as opposed to the views of regional elites. [...] Although the Court gravitates toward the views of national majorities, popular opinion and elite opinion may not coalesce, and so the Supreme Court is often caught between them. Because the Court is composed of relatively well-connected professional elites, it tends to follow national elite opinion.” BALKIN, 2004, pp. 1538-1539. Concordando com a responsividade da Suprema Corte em relação às maiorias nacionais, Cf. TUSHNET, 1999.

9 Quanto à opinião de Balkin, Cf. BALKIN, 2004, p. 1536. Quanto ao precedente citado, Cf. *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Acerca das leis Jim Crow que prevaleciam àquela época, Cf. BARNES, 1983; e KLARMAN, 2004.

assim, passou a ser um ponto de significativa contradição com o discurso da política externa, persuadindo as maiorias nacionais de que o movimento da *dessegregação* seria a ação mais conveniente e estratégica¹⁰. Mais uma vez, maiorias regionais foram sufocadas pelo nacionalismo da Suprema Corte quando o precedente de *Plessy vs. Ferguson* (1886) sofreu *overrule* por *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954)¹¹.

Esse nacionalismo da Suprema Corte tratado por Balkin em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) fica mais evidente ao se indicar que, à época da decisão da Corte, somente dezessete Estados ainda previam em sua legislação que escolas públicas deveriam se submeter à doutrina dos “separados, mas iguais”, havendo ainda quatro Estados que a consideravam opcional¹². A segregação educacional era obrigatória, até 1954, em Alabama, Arkansas, Delaware, Florida, Georgia, Kentucky, Louisiana, Maryland, Mississippi, Missouri, North Carolina, Oklahoma, South Carolina, Tennessee, Texas, West Virginia, Virginia – ou seja, trinta e quatro por cento dos Estados. Por sua vez, a segregação educacional era facultativa em Arizona, Kansas, New Mexico e Wyoming – oito por cento dos Estados. No total, a soma das unidades federativas onde a segregação era, de algum modo, legalmente prevista consiste em quarenta e dois por cento dos Estados, ou seja, uma minoria nacional. Mais especificamente, tratava-se de uma minoria com caráter regional no país se analisado geograficamente.

10 A *desegregation* foi política de combate às segregações raciais anteriormente promovidas pelas leis Jim Crow, iniciada pela decisão da Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954). Demais atitudes discriminatórias norteadas por ideias de superioridade racial também foram progressivamente combatidas pela via legislativa federal, sobretudo a partir da *Civil Rights Act* (1964) e da *Voting Rights Act* (1965). Quanto à relação entre Guerra Fria e interesses da maioria nacional no processo de *dessegregação*, Cf. BALKIN, 2004, p. 1537.

11 Acerca da técnica do *overrule*, seu caráter excepcional no *stare decisis* e sua relação com os precedentes horizontais da Suprema Corte, Cf. SCHAUER, 2009.

12 “In 1954, when *Brown* was decided, seventeen states and the District of Columbia had some version of ‘separate but equal’ in elementary and secondary schools. These states were concentrated in the South and reflected the borders of the old Confederacy. Four other states (Arizona, Kansas, New Mexico, and Wyoming) allowed counties to segregate schools as a local option. Thus, the Topeka schools at issue in *Brown* were segregated because the county required it. In the rest of the country (twenty-seven states), de jure segregation had effectively been abolished.” BALKIN, 2004, p. 1539. Cf., ainda, KLARMAN, 2004; e ROSENBERG, 2008.



Mapa 2 (Estados de herança Confederada)

Abordando-se o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), a associação entre tais Estados, cujas áreas compuseram a CSA, e a segregação educacional é direta, pois os Estados Confederados eram politicamente estruturados por um regime escravocrata. No entanto, também é possível associar os Estados destacados no Mapa 2 (Estados de herança Confederada) a outras concepções intituladas como conservadoras, uma vez que é marcante a preferência nessa região pela representação do Partido Republicano¹⁵. Portanto, indiretamente, a herança histórico-cultural de tais Estados faz com que haja, no sul do país, uma minoria regional não somente em matéria de igualdade racial – ao menos até a década de 1950 –, mas também em outros assuntos políticos em que Republicanos se mos-

15 Quanto ao Mapa 2 (Estados de herança Confederada), é necessário ressaltar, primeiro, que a herança indicada tem natureza histórico-cultural e reflete na representação político-institucional dos Estados e, segundo, que os territórios demarcados atualmente não necessariamente se identificam com a divisão geopolítica à época da Guerra de Secessão (1861-1865). Desse modo, foram marcados no Mapa 2, em cinza escuro, aqueles Estados com demarcação atual que tiveram seu território predominantemente ocupado pelos governos que, naquele período, formaram a CSA. Em cinza claro, foram indicados os Estados que hoje correspondem aos territórios reivindicados pela Confederação no momento histórico referido. A mudança geopolítica mais significativa parece recair sobre os antigos Arizona Territory e New Mexico Territory, que foram reorganizados de uma fronteira longitudinal para latitudinal. Além disso, New Mexico Territory concedeu o leste de sua área para o que, hoje, representa o sul de Nevada.

tram veementemente resistentes – o que inclui o caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Existem razões para que as maiorias nacionais tenham recorrido à Suprema Corte para implementar seus planos de *dessegregação*. Apesar das tentativas de concretizar tal projeto pela via legislativa federal, o Senado norte-americano exercia intensamente seu poder de veto através de representantes do sul do país. Tais congressistas recorriam a estratégias como infundáveis discursos para adiar votações de projetos prevendo medidas antidiscriminatórias, obstruindo a garantia de direitos civis aos afro-americanos¹⁶. Por isso, a única maneira de superar a prerrogativa de veto dessa minoria regional parecia ser a adjudicação constitucional da matéria¹⁷.

As investidas políticas em defesa de direitos de homoafetivos também se frustraram. Durante a década de 1970, muitas discussões foram travadas no Congresso norte-americano, sendo o principal exemplo inserto nesse período a tentativa – frustrada – de aprovação da Emenda de Direitos Iguais (*Equal Rights Amendment – ERA*)¹⁸. Também não houve sucesso nas tentativas de adjudicação constitucional nesse período. A Suprema Corte de Minnesota declarou constitucional uma lei de seu Estado banindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo em *Baker vs. Nelson* (1971)¹⁹. Richard John Baker recorreu à Suprema Corte norte-americana, mas, naquela oportunidade, preferiu-se não receber o caso. No entanto, Baker recorreu à Suprema Corte por meio diverso do *certiorari – mandatory appellate review* – e, ainda que o caso não tenha sido julgado no mérito, *Baker vs. Nelson*

16 “The power of Southern Congressmen and Senators was amplified by filibuster and seniority rules in the Senate, preventing passage of any significant civil rights legislation. Indeed, no significant national civil rights legislation protecting blacks from discrimination was passed between 1875 and 1957, and it was not until 1964 that a real civil rights bill made it through Congress.” BALKIN, 2004, p. 1541.

17 Essa é uma dificuldade que também atinge o campo de direitos de cidadania. Em *Shelby County vs. Holder*, (2013), a Corte de Roberts, Jr., (2005-presente) declarou inconstitucional dispositivo da *Voting Rights Act of 1965* que exigia de alguns Estados prévia aprovação federal (*preclearance*) nos casos de alteração de legislação federal para impedir práticas discriminatórias, por considerá-la obsoleta. Posteriormente, uma parte dos Estados diretamente envolvidos, como Alabama, Arizona, Arkansas, North Carolina, Ohio, Texas e Wisconsin, editou leis consideradas atentatórias aos direitos de minorias. Alabama, por exemplo, redesenhou o mapa eleitoral do Estado para reduzir negros ao mínimo número possível de distritos. Cf. *Shelby County vs. Holder*, 570 U.S. ____ (2013). Referência provisória do caso.

18 Cf. SIEGEL, 2006; e NUSSBAUM, 1999.

19 Cf. *Baker vs. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971) – referência do caso perante a Suprema Corte de Minnesota.

(1972) se tornou vinculante²⁰. Na década seguinte, houve oportunidade de superar o mencionado precedente, mas o *certiorary* sequer foi recebido²¹. Além da resistência encontrada nos planos político e judicial, nas décadas de 1970 e 1980, o Congresso aprovou a Lei de Defesa do Matrimônio (*Defense of Marriage Act of 1996 – DOMA*). A lei serviu para definir “casamento” como a união entre um homem e uma mulher, além de restringir o termo “esposo(a)” a pessoa do sexo oposto, e só perdeu validade com o julgamento de *United States vs. Windsor* (2013).

Portanto, de modo semelhante ao ocorrido com a segregação educacional, a garantia de direitos civis a homoafetivos parece ter sido sufocada por algumas décadas pelos interesses de uma maioria nacional muito influente em relação à Suprema Corte. Tais acontecimentos auxiliam na compreensão de como a Suprema Corte tende a ser suscetível às maiorias de ordem nacional, comportando-se como um verdadeiro *national policy-maker*²².

3. Fases do *Status Quo* Constitucional

A forma com que a Suprema Corte se comportou ao decidir *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) e os três precedentes selecionados sobre direitos homoafetivos podem ser relacionados com o *status quo* da matéria nos Estados. *Status quo* constitucional deverá ser compreendido como o tratamento legal dispensado, em cada unidade federativa, àqueles indivíduos que demandam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Esse direito era frequentemente objeto de Emendas à Constituição dos Estados, sobretudo para impedir que fosse legal ou judicialmente assegurado. Todavia, o que torna a matéria constitucional não é sua eventual regulamentação nas Constituições Estaduais, mas a relação que esse direito mantém com as principais estruturas normativas previstas na Constituição dos EUA – notadamente, nas Quinta e Décima Quarta Emendas. Desse

20 A referência do caso sumariamente julgado na Suprema Corte é: *Baker vs. Nelson*, 409 U. S. 810 (1972). Quando a Corte indefere *certiorari*, não é produzido qualquer efeito vinculante, seja no plano horizontal ou vertical do *stare decisis*. Desse modo, a própria Corte não fica vinculada a indeferir demandas semelhantes, nem juízos hierarquicamente inferiores são obrigados a aplicar aquela decisão aos casos posteriores. O mesmo não acontece com o *mandatory appellate review*. Para compreender o papel e a importância do *writ of certiorary* na Suprema Corte norte-americana e entender suas semelhanças com a repercussão geral do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, Cf. BERMAN, 2009.

21 Cf. *Adams vs. Howerton*, 458 U.S. 1111 (1982).

22 A expressão *national policy-maker* empregada se refere a DAHL, 1957.

modo, o *status quo* constitucional do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo nos Estados poderá ser apurado pela existência de norma constitucional do Estado, legislação estadual, consulta popular ou decisão de judicaturas estaduais ou federais²³. Para todos os fins, a própria decisão de *Obergefell vs. Hodges* (2015), por sua abrangência e por sua autoridade de precedente vertical, é também suficiente para definir um *status quo* constitucional nos Estados.

Esclarecido o sentido e a extensão da categoria *status quo* constitucional nos Estados, uma segmentação de cunho metodológico se faz necessária. A segmentação deriva da interação entre este e o parâmetro do comportamento decisório da Suprema Corte. O *status quo* constitucional, para os fins da pesquisa, corresponde a: (i) *status quo* constitucional até *Lawrence vs. Texas* (2003); (ii) *status quo* constitucional até *United States vs. Windsor* (2013); e, finalmente, (iii) *status quo* constitucional até *Obergefell vs. Hodges* (2015). Existe uma razão para que os dados levantados em termos de *status quo* constitucional nos Estados sejam organizados sob esta disposição, baseada nos três principais precedentes da Suprema Corte em matéria de direitos civis de homoafetivos. A partir de um critério federativo de definição de maioria, o resultado dessa segmentação fortalece a hipótese de que *Obergefell vs. Hodges* (2015) foi uma decisão majoritarista.

SATUS QUO CONSTITUCIONAL	NÚMERO DE ESTADOS GARANTINDO	NÚMERO DE ESTADOS NÃO GARANTIDO
Até <i>Lawrence v. Texas</i> (2003)	0	50
Até <i>United States v. Windsor</i> (2013)	9	41
Até <i>Obergefell v. Hodges</i> (2015)	37	13

Tabela (status quo constitucional)

23 Para os Estados que garantiram por mais de uma via o direito, foi estabelecida uma ordem de preferência com caráter transigente e excluyente: consulta popular > emenda à Constituição do Estado > legislação estadual > decisão judicial. Desse modo, se o Estado garantiu o direito por decisão judicial e, posteriormente, o mesmo foi chancelado pela legislatura local, a data a ser considerada é esta última. O mesmo ocorre nos casos em que a consulta popular foi ulterior à proteção por meio diverso.

A tabela (*status quo* constitucional) evidencia que houve uma variação expressiva na forma com que os Estados garantiam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo nos EUA entre 2003 e 2015. Nenhum Estado norte-americano havia garantido o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo até *Lawrence vs. Texas* (2003), seja pela via legislativa, popular ou judicial. No entanto, a polêmica decisão que superou o precedente *Bowers vs. Hardwick* (1986) fomentou expressivamente o debate ao redor dos direitos civis de homoafetivos. Pouco tempo após a Suprema Corte proibir a criminalização da sodomia entre pessoas do mesmo sexo, Massachusetts avançou na matéria e se tornou o primeiro Estado norte-americano a estender o direito ao casamento a homoafetivos. A garantia se deu pela via judicial, quando a Suprema Corte de Massachusetts julgou *Goodridge vs. Department of Public Health* (2003) e declarou que proibir casais do mesmo sexo de se casar violava diversas disposições da Constituição Estadual²⁴. O caso foi julgado em 18 de novembro de 2003, mas estabeleceu um prazo de seis meses para que a legislatura pudesse refletir sobre a atual interpretação e regulamentar a matéria de acordo com sua opinião antes que os casamentos começassem a ser celebrados – em 17 de maio de 2004²⁵. Em 2003, a Suprema Corte recobrou o debate ao redor dos direitos civis de homoafetivos, mas ainda não foi suficiente para provocar uma expressiva modificação no *status quo* constitucional dos Estados. O banimento do denominado casamento gay ainda era a regra e, frequentemente, a proibição era estabelecida por Emendas à Constituição Estadual.

O *status quo* constitucional nos Estados somente passou por uma mudança significativa após o julgamento de *United States vs. Windsor* (2013). *Lawrence vs. Texas* (2003) teve o importante papel de reestabelecer a discussão e provocar as primeiras investidas estaduais no sentido de proteger o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Porém, dez anos de existência desse precedente não foram capazes de ensejar as alterações que *United States vs. Windsor* (2013) causou em exatamente dois anos. O

24 Cf. *Goodridge vs. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (MA 2003).

25 O prazo de seis meses atribuído pela Corte e a resistência encontrada pela nova interpretação podem ser sintetizadas na passagem do texto a seguir, redigido pela advogada vitoriosa no caso *Goodridge vs. Department of Public Health* (2003): “While I said I thought the decision meant that LGBT families were now equal families in the Commonwealth, the questions from the press focused on the 180-day stay ‘to permit the Legislature to take such action as it may deem appropriate in light of this opinion.’ [...] This began the first of three phases of attacks on the *Goodridge* decision during the six months before May 17, 2004, the date on which the stay expired, none of which can be fully captured in this Essay.” BONAUTO, 2005, p. 44.

status quo constitucional nos Estados passou por uma expressiva redefinição entre 2013 e 2015, quando, em um curto lapso temporal, o número de unidades federativas garantindo o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo se elevou de nove para trinta e sete²⁶. A Corte, em *United States vs. Windsor* (2013), preferiu assumir uma tímida fundamentação, aplicando a cláusula da proteção igualitária indiretamente pela cláusula do devido processo legal da Quinta Emenda, e limitar significativamente a autoridade de seu *holding*²⁷. Em *Obergefell vs. Hodges* (2015), entretanto, houve marcante aprofundamento nas justificativas aduzidas e deliberada universalização do precedente.

As duas decisões foram tomadas em uma diferença de exatamente dois anos. A composição da Corte era exatamente a mesma. Kennedy foi quem liderou a opinião da maioria nas duas oportunidades, assim como em *Lawrence vs. Texas* (2003). Os mesmos tomadores de decisão que o apoiaram e que a ele se opuseram no primeiro assim se mantiveram no segundo julgamento. Nos outros poderes públicos, nenhuma mudança digna de ênfase ocorreu, como a troca de um Presidente da República ou a inversão da maioria político-partidária no Congresso, de modo que interferências no grau de independência da Suprema Corte – se é que existe algum – pudessem ser provocadas. Com isso, o que havia de tão diferente nesse contexto que influenciou comportamentos tão díspares? Uma diferença que pode ser objetivamente indicada é que, somente em 2015, a configuração do *status quo* constitucional havia atingido uma maioria expressiva de Estados que garantiam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. A proporção variou de um quinto dos Estados para, aproximadamente, três quartos²⁸. Entre tantas circunstâncias que passaram por pouca ou

26 Em 26 de junho de 2013, quando a Suprema Corte julgou *United States vs. Windsor* (2013), nove Estados já celebravam o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas outros três, Delaware, Minnesota e Rhode Island, já haviam aprovado legislação no mesmo sentido, aguardando-se o termo de prazos de *vacatio legis*. É necessário ressaltar que, para todos os cinquenta Estados, prazos de *vacatio legis* e outras formas de suspensão de prazos e eficácia, como é o caso do *stay* nas decisões judiciais, além das hipóteses de julgamentos pendentes de recursos, foram observados. A metodologia somente considerou como garantido o direito a partir do momento em que seu efetivo exercício pudesse ser jurídico e faticamente viável.

27 A aplicação indireta da cláusula de proteção igualitária pela cláusula do devido processo legal substantivo da Quinta Emenda é uma técnica iniciada em *Bolling vs. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), julgado junto de *Brown vs Board of Education of Topeka* (1954) para combater a segregação educacional no Distrito de Columbia. Quanto ao significado de *holding* para o *common law*: "(...) is the legal rule that determines the outcome of the case (...) it is the legal rule that, as applied to the facts of the particular case, generates the outcome." SCHAUER, 2009, pp. 54-55.

28 Precisamente, dezoito por cento e setenta e quatro por cento respectivamente. A variação é de cinquenta e seis pontos percentuais.

nenhuma alteração, a marcante variação do *status quo* constitucional nos Estados sugere estar fortemente associada ao modo com que a Suprema Corte também alternou seu comportamento decisório.

Obergefell vs. Hodges (2015) não foi a primeira vez que a Suprema Corte manifestou esse padrão de comportamento decisório em defesa de maiorias nacionais em detrimento de maiorias regionais. Como indicado por Balkin, a decisão de *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) submeteu uma minoria federativa regionalizada – Estados do sul, em sua maioria – à orientação de uma maioria nacional dominante, a pretexto de proteger direitos de um grupo minoritário dos atos de segregação educacional. De fato, tais diretrizes estaduais eram discriminatórias e muitos indivíduos eram lesados enquanto a cláusula da proteção igualitária estava sendo violada. É preciso esclarecer que a crítica não recai no teor da decisão, como se não houvesse razões para a Suprema Corte assim ter se posicionado. Ao contrário, o objeto da crítica é o quanto se esperou para tomar a decisão. O tempo que se aguardou para julgar a inconstitucionalidade desses atos foi suficiente para que a maioria dos Estados, espontaneamente, suprimissem suas legislações segregacionistas, de modo que somente restasse à Suprema Corte cancelar essa orientação, já majoritária – ao menos sob o critério federativo –, contra um terço dos Estados norte-americanos.

Embora *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) tenha sido marcante, as disputas por direitos civis de homoafetivos mostrou ser um campo fértil para esse comportamento nacionalista da Suprema Corte, pois há exemplos antes mesmo de *Obergefell vs. Hodges* (2003) nesse sentido. Noventa anos após julgar o infame precedente de *Plessy vs. Ferguson* (1896), *leading case* para a superada doutrina dos “separados, mas iguais”, a Suprema Corte decidiu *Bowers vs. Hardwick* (1986). Esse foi o precedente que sofreu *overruling* pela Corte ao julgar *Lawrence vs. Texas* (2003) por permitir que Estados criminalizassem a sodomia entre pessoas do mesmo sexo. Em uma de suas últimas decisões, a Corte de Burger (1969-1986), tão frequentemente aclamada por ser contramajoritária pelos constitucionalistas, sustentou que homoafetivos não tinham direito a praticar sodomia adulta e consensual. Os argumentos que prevaleceram na apertada opinião partiam da premissa de que a Constituição não tutelava expressamente a prática de sodomia, independentemente da orientação sexual. Além dos direitos cuja previsão constitucional era clara e objetivamente definida, a Suprema Corte só lhes poderia assegurar em duas hipóteses: (i) se o direito

estivesse implícito no conceito de liberdade ordenada, por força do precedente *Palko vs. Connecticut* (1937); ou (ii) se o direito estivesse profundamente enraizado *na história ou na tradição da Nação*, conforme *Griswold vs. Connecticut* (1965)²⁹. Se, na década de 1980, a história e a tradição nacionais não haviam adquirido empatia aos direitos civis de homoafetivos, os Estados teriam autoridade para institucionalizar atos de discriminação em razão da orientação sexual e tornar ilegal a prática de sodomia, mesmo que consensual, entre pessoas adultas do mesmo sexo³⁰.

Na década de 1980, praticamente metade dos Estados norte-americanos criminalizavam a sodomia homossexual, mas, quando a Suprema Corte superou o precedente em 2003, somente treze ainda mantinham esse tipo de legislação. A mudança no comportamento, novamente, não foi accidental. Kennedy, ao liderar a Corte em *Lawrence vs. Texas* (2003), estava ciente de que havia um movimento tendente a abolir a criminalização da sodomia homossexual nos Estados³¹. Se não bastasse essa tendência, os tomadores de decisão também tinham conhecimento de que esse tipo de legislação, naqueles Estados que a mantiveram, já não eram mais aplicadas. Em primeiro lugar, havia grande resistência em acusar e condenar homoafetivos pela prática de atos que, atualmente, não mais eram alvo da mesma reprovação social de antes³². O caráter antiquado da legislação, entretanto,

29 Cf. *Palko vs. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

30 Segundo Balkin, a sodomia entre pessoas do mesmo sexo, mais do que ilegal, era crime em metade dos Estados norte-americanos, à época da decisão em *Bowers vs. Hardwick* (1986), e gerava embaraços que superavam a esfera criminal de tais cidadãos: “In 1960, same-sex sodomy was a crime in all fifty states. By 1986, when the Court decided *Bowers*, twenty-five states and the District of Columbia still retained their criminal penalties. Although laws against same-sex sodomy were rarely, if ever, enforced, they did have many important collateral effects on gays and lesbians in a variety of areas, including adoption and employment.” BALKIN, 2004, p. 1542.

31 “Post-*Bowers* even some of these States did not adhere to the policy of suppressing homosexual conduct. Over the course of the last decades, States with same-sex prohibitions have moved toward abolishing them. [...] In *Bowers* the Court referred to the fact that before 1961 all 50 States had outlawed sodomy, and that at the time of the Court’s decision 24 States and the District of Columbia had sodomy laws. [...] Justice Powell pointed out that these prohibitions often were being ignored, however. Georgia, for instance, had not sought to enforce its law for decades. [...] The 25 States with laws prohibiting the relevant conduct referenced in the *Bowers* decision are reduced now to 13, of which 4 enforce their laws only against homosexual conduct. In those States where sodomy is still proscribed, whether for same-sex or heterosexual conduct, there is a pattern of nonenforcement with respect to consenting adults acting in private.” *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), p. 570-573.

32 Nesse sentido, Cf. BALKIN, 2004. A maioria Corte, ao julgar *Lawrence vs. Texas* (2003), tinha a compreensão de que tais leis eram aplicadas, contemporaneamente, quando havia a intenção de proteger vítimas de atos de sodomia não consensuais ou que não envolvessem pessoas absolutamente capazes de expressar

não era o único empecilho com que se deparavam as leis criminalizadoras da sodomia. Havia também um problema probatório envolvido, que desestimulava as perseguições criminais. Quando casos de sodomia homossexual eram levados ao Tribunal, a única prova a ser produzida costumava ser o testemunho da outra pessoa que participou do ato. Se não houvesse consentimento ou o fato envolvesse menores ou incapazes, o testemunho poderia ser regularmente colhido, mas em caso de adultos que consentiram com o ato, o depoente passaria a ser tratado como coautor e, por ser defeso lhe exigir compromisso com a verdade, nenhuma prova restaria para fundamentar a condenação³³. A acusação, na maioria das ocorrências, era fadada ao fracasso.

Lawrence vs. Texas (2003), além de ser um exemplo do comportamento da Suprema Corte em defesa de maiorias nacionais quando chancelou a inconstitucionalidade da criminalização da sodomia em treze Estados, contribuiu para a rediscussão do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo mais amplamente. Contudo, somente a partir de *United States vs. Windsor* (2013) esse movimento se fortaleceu e atingiu a maioria dos Estados. A reconfiguração do *status quo* constitucional induziu a Suprema Corte a submeter os treze Estados que ainda não haviam garantido esse direito aos homoafetivos em *Obergefell vs. Hodges* (2015) – curiosamente, mesmo número de Estados que ainda criminalizavam a sodomia homossexual à época de *Lawrence vs. Texas* (2003).

e exercer sua vontade: “Laws prohibiting sodomy do not seem to have been enforced against consenting adults acting in private. A substantial number of sodomy prosecutions and convictions for which there are surviving records were for predatory acts against those who could not or did not consent, as in the case of a minor or the victim of an assault.” *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), p. 569.

33 “Under then-prevailing standards, a man could not be convicted of sodomy based upon testimony of a consenting partner, because the partner was considered an accomplice. A partner’s testimony, however, was admissible if he or she had not consented to the act or was a minor, and therefore incapable of consent. [...] The rule may explain in part the infrequency of these prosecutions.” *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), p. 569.



Mapa 3 (distribuição regional)

O Mapa 3 (distribuição regional) indica quais Estados não celebravam matrimônio entre pessoas do mesmo sexo ao tempo de *Obergefell vs. Hodges* (2015) e ainda permite verificar sua distribuição regional³⁴. Nesse aspecto, a abordagem de Balkin parece se confirmar também na decisão de *Obergefell vs. Hodges* (2015). Em duas regiões – West e Northwest –, já havia consenso entre os Estados no sentido de garantir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em Midwest e South a matéria ainda era objeto de forte controvérsia. As maiorias regionais ainda exerciam forte resistência às tentativas de estender o direito a pessoas do mesmo sexo, mas todos os onze Estados de West e nove de Northeast – além de Alaska e Hawaii – já o haviam assegurado. *Obergefell vs. Hodges* (2015) encerrou a resistência dessas maiorias regionais e, novamente, prevaleceu o interesse de maiorias nacionais.

34 A classificação regional adotada pela pesquisa foi a mesma utilizada pelo U.S. Census Bureau, principal do país em matéria geográfica, mas os resultados obtidos não se diferenciaram quando comparados com outras classificações oficiais, a exemplo da estabelecida pelo U.S. Bureau of Economic Analysis.

4. Maiorias Nacionais e Cláusula de Proteção Igualitária

A interpretação da cláusula de proteção igualitária prevista na Décima Quarta Emenda teve seu conteúdo substancialmente modificado quando a Suprema Corte julgou *Brown vs. Board of Education* (1954). O mesmo ocorreu com a decisão de *Obergefell vs. Hodges* (2015). Tanto em matéria de segregação educacional, quanto em matéria de casamento homoafetivo, houve *overrule*. Contudo, parece haver uma associação entre a interpretação desta cláusula e as maiorias nacionais. A possibilidade de a interpretação conferida à Décima Quarta Emenda ser mais protetiva a minorias sociais parece estar condicionada ao *status quo* constitucional existente nos Estados. Enquanto a adjudicação constitucional representa uma demanda por direitos de minorias sociais em um grupo reduzido de Estados, há uma expressiva resistência da Corte em contemplá-los. Somente quando a reivindicação alcança proporções nacionais, obtendo-se o apoio de uma maioria qualificada no *status quo* constitucional dos Estados, essa tendência se reverte.

Esse percurso de natureza majoritarista não é exclusividade das últimas décadas de judicatura na Suprema Corte. A Corte de Warren (1953-1969) trouxe *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) como um exemplo emblemático. A incisiva decisão conteve elementos de profunda justificacão moral e foi direcionada a toda federaçãõ. Por isso, serve de exemplo para uma modificacão significativa no conteúdo da cláusula de proteçãõ igualitária. Todavia, *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) não foi um precedente que surgiu inexplicavelmente, por mais iconoclasta que seja na história constitucional norte-americana³⁵. A decisão foi antecedida por alguns dos casos “preparatórios”. No final da década de 1930, a Suprema Corte começou a relativizar a doutrina dos “separados, mas iguais”, sendo *Missouri ex rel. Gaines vs. Canada* (1938) um exemplo disso³⁶. Dez anos depois, houve invalidaçãõ de legislaçãõ Jim Crow na Corte com o apoio de um *amicus curiae* depositado pela própria representaçãõ judicial

35 “But before taking *Brown* as an exception to the general thesis, let us notice two important features of the *Brown* litigation. That decision did not come like a thunderbolt from the sky. Along this dimension it was entirely different from *Dred Scott* and *Roe*. The *Brown* outcome had been presaged by a long series of cases testing the proposition that ‘separate’ was ‘equal,’ and testing that proposition in such a way as to lead nearly inevitably to the suggestion that ‘separate’ could not be ‘equal.’” SUNSTEIN, 1999, p. 38.

36 Cf. *Missouri ex rel. Gaines vs. Canada*, 305 U.S. 337 (1938).

do governo federal em *Shelley vs. Kraemer* (1948), enfraquecendo ainda mais a doutrina³⁷. Em seguida, programas segregacionistas foram combatidos em *McLaurin vs. Oklahoma State Board of Regents* (1950) e *Sweatt vs. Painter* (1950)³⁸. Isso demonstra que *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) não passou por uma mitificação por seu pioneirismo. Esse precedente concentra todo o prestígio que deveria ser partilhado com casos que o antecederam, permitindo a ocorrência de uma mudança tão significativa³⁹.

A diferença entre *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) e as decisões que lhe antecederam corresponde à repercussão nacional daquele precedente, mais abstrato e com uma justificação moral notavelmente aprofundada. Somente nesse momento é que houve uma alteração significativa na interpretação da cláusula de proteção igualitária, tornando-a mais protetiva. Ao tempo da decisão, um terço dos Estados ainda preservavam legislação determinando ou autorizando a segregação educacional, evidenciando que *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) apenas confirmou uma modificação no *status quo* constitucional que já havia sido operada pelos Estados. Isso se reproduziu por todo o processo de adjudicação constitucional do casamento homoafetivo na Suprema Corte. Quando *Bowers vs. Hardwick* (1986) foi decidido, a criminalização da sodomia entre pessoas do mesmo sexo estava presente em metade dos Estados norte-americanos e somente foi afastada quando, em *Lawrence vs. Texas* (2003), esse número foi reduzido para treze. Igualmente, o casamento homoafetivo foi um tema evitado pela Corte, em termos mais abstratos, até que somente treze Estados, concentrados em Midwest e South, estivessem se opondo a sua proteção legal.

Desse modo, os casos de segregação educacional e de matrimônio homoafetivo esclarecem a relação mantida entre o caráter protetivo da interpretação da Décima Quarta Emenda e as maiorias nacionais identificadas entre os Estados norte-americanos. Mudanças substanciais na interpretação da cláusula de proteção igualitária apenas são desempenhadas pela Suprema Corte quando a resistência for observada em uma reduzida minoria de Estados.

37 Cf. *Shelley vs. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

38 Cf. *McLaurin vs. Oklahoma State Board of Regents*, 339 U.S. 637 (1950); e *Sweatt vs. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

39 “In short, *Brown* was the culmination of a series of (more minimalist) cases, not the first of its kind.” SUNSTEIN, 1999, p. 38.

5. Conclusão

Em 26 de junho de 2015, a Suprema Corte dos EUA garantiu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em pouco tempo, a repercussão internacional de *Obergefell vs. Hodges* (2015) era facilmente notada, havendo manifestações em seu suporte e outras contrárias a seu conteúdo. A decisão será, provavelmente, tratada como um momento de ruptura e seus comentaristas lhe atribuirão característicos traços de contramajoritarismo, maximalismo, supremacia judicial e progressivismo. Embora haja uma tendência de mitificação dessa decisão, nos moldes de *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), o presente artigo sustenta a necessidade de relativizar afirmações concernentes a seu caráter contramajoritário.

Ao relacionar o comportamento decisório manifestado pela Suprema Corte com o *status quo* constitucional da matéria nos Estados, foi possível testar a hipótese de que *Obergefell vs. Hodges* (2015), assim como ocorreu em *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), indicaria um posicionamento sensivelmente majoritarista. Os resultados obtidos e as avaliações formuladas conduzem à conclusão de que essa hipótese restaria confirmada.

United States vs. Windsor (2013) e *Obergefell vs. Hodges* (2015) foram julgados em uma diferença de dois anos. Não houve mudança na composição da Corte. A opinião majoritária recaiu em Kennedy nos dois precedentes. Os mesmos que o apoiaram e que a ele se opuseram no primeiro assim se posicionaram no segundo. Nenhuma modificação foi observada nos outros poderes públicos, como troca de presidente ou inversão da maioria legislativa. Não havia nada que justificasse uma mudança tão marcante no posicionamento da Suprema Corte, exceto uma circunstância: o *status quo* constitucional nos Estados havia atingido uma supermaioria. A proporção variou de um quinto dos Estados para, aproximadamente, três quartos. Somente treze Estados, concentrados em Midwest e South, resistiam a assegurar o direito ao casamento a homoafetivos. Este fato comprova haver associação entre seu comportamento decisório e as maiorias identificadas segundo um critério federativo.

Obergefell vs. Hodges (2015) não foi a primeira vez em que a Suprema Corte manifestou essa associação. Anteriormente, quando se julgou o precedente *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), apenas dezessete Estados obrigavam e quatro autorizavam a doutrina “separados, mas iguais” no sistema educacional. A Suprema Corte não se intimidou, ao invalidar

a norma, compatível com a orientação de apenas um terço dos Estados. Em *Bowers vs. Hardwick* (1986), metade dos Estados criminalizavam legalmente a sodomia adulta e consensual entre pessoas do mesmo sexo, mesmo que praticada no interior de suas residências, e a Corte resistiu a invalidar legislação dessa natureza. Tal precedente somente foi superado em *Lawrence vs. Texas* (2003), pois o número de entes criminalizando a sodomia homossexual foi reduzido para treze, uma submaioria de um quarto dos Estados norte-americanos. Quando *United States vs. Windsor* (2013) foi admitido pela Corte, houve invalidação de legislação federal, mas com a tentativa de delimitar o escopo da decisão porque menos de um quinto dos Estados, naquele momento, garantiam o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em todas essas decisões, houve majoritarismo sob o enfoque federativo. Não houve proteção de direitos de minorias políticas ou sociais até que essa fosse a vontade de uma maioria qualificada dos Estados, demonstrando a prevalência do interesse de maiorias nacionais sobre maiorias regionais na Suprema Corte.

Ao concluir a pesquisa, o objetivo de comparar as decisões sobre direitos homoafetivos com *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), para se evitar que o mesmo processo de mitificação contramajoritária afete *Obergefell vs. Hodges* (2015), parece ter sido alcançado. Ambas as decisões, definitivamente, representam eventos de destaque na história constitucional norte-americana. No entanto, é necessário considerar a influência das maiorias nacionais no grau de proteção conferido pela interpretação da Décima Quarta Emenda pela Suprema Corte. Maiorias nacionais condicionam a conquista de direitos por minorias sociais na adjudicação constitucional norte-americana.

Referências

- BALKIN, Jack. What *Brown* teaches us about constitutional theory? *Virginia Law Review*, v. 90, n. 6, 2004.
- BARNES, Catherine. *Journey from Jim Crow: The Desegregation of Southern Transit*. Columbia University Press, 1983.
- BERMAN, José Guilherme. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: origens e perspectivas*. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2009.
- BICKEL, Alexander. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New York, NY: Harper & Row, 1970.
- BONAUTO, Mary. *Goodridge in Context*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 40, 1, 2005.
- DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, v. 6, 279, 1957.
- FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *New York University Public Law & Legal Theory Research Papers Series*, n. 06-04, 2006.
- _____. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York, NY: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- GRABER, Mark. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. *Studies in American Political Development*, n. 7, 1993.
- HALL, Kermit; ELY, JR., James; GROSSMAN, Joel (eds.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. 2nd ed. New York, NY: Oxford University Press, 2005.
- KLARMAN, Michael. *From Jim Crow to Civil Liberties: the Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. New York, NY: Oxford University Press, 2004.
- LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of Parties, Not Powers. *Harvard Law Review*, v. 119, 1, 2006.
- NUSSBAUM, Martha. *Sex and Social Justice*. New York, NY: Oxford University Press, 1999.
- PILDES, Richard. Is the Supreme Court a Majoritarian Institution? *New York University Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, n. 11-01, 2011.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

- SIEGEL, Reva. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA. *California Law Review*, v. 94, 1323, 2006.
- SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago, IL: The University of Chicago Press, 2008.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Court*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.
- WITTINGTON, Keith. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007.

Recebido em 13 de setembro de 2015

Aprovado em 29 de maio de 2017

El Derecho al Trabajo en Épocas de Crisis: el Caso de España*

The Right to Work in Times of Crisis: the Case of Spain

*O Direito ao Trabalho em Tempos de Crise:
o Caso da Espanha*

Carmen Almagro Martín**

Universidad de Granada, Granada, Espanha.

1. Introducción

El Derecho al trabajo se configura como un derecho fundamental del ser humano y como tal aparece recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, formando parte de ese “ ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

* Abreviaturas utilizadas: IRPF (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas – español-). LIRPF (Ley – española – reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas). OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). ET (Estatuto de los Trabajadores). RD (Real decreto). DGT (Dirección General de Tributos).

** Doctora en Derecho por la Universidad de Granada (2003). Profesora de Derecho Financiero y Tributario desde el año 2000, actualmente desempeño mi labor como Profesora Contratada Doctora, contando con la acreditación positiva de la ANECA para Profesor Titular de Universidad. Autora de las monografías “Opciones fiscales en el IRPF” y “Régimen de los colectivos socioeconómicos desfavorecidos en el IRPF” y coautora junto con Mochón López, L. y Rancaño Martín, M.A., de la monografía “La fiscalidad de los sistemas de ahorro-previsión” (2008). Directora de la Cátedra “Control del Fraude Fiscal y Prevención del Blanqueo de Capitales” creada por la Universidad de Granada en colaboración con Broseta Abogados, S.L. Correo electrónico: calmagro@ugr.es.

Concretamente el artículo 23 de dicha Declaración establece que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” También “tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”, “a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social” y “a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Sin embargo, resulta evidente que, en el mundo, son muchas las personas que carecen de empleo, siendo mayor el porcentaje de parados cuanto más pobre sea el país que tomemos como referencia, lo que ha generado importantes movimientos migratorios hacia territorios más prósperos que ofrecen mayores posibilidades de trabajo. Pero incluso en los países desarrollados el derecho al trabajo plantea numerosos problemas, que se acentúan en épocas de crisis como la que vivimos desde hace años, en las que las condiciones laborales son cada vez más precarias (proliferan los contratos temporales, se reducen de salarios, y se abarata el despido) perjudicando especialmente a los colectivos tradicionalmente más vulnerables, como los jóvenes -que cada vez tienen más difícil el acceso a su primer puesto de trabajo y cuando lo encuentran en la mayoría d los casos son de carácter temporal y con escasa remuneración-, los mayores de 50 años – quienes formando parte de la población activa ven drásticamente reducidas sus posibilidades de encontrar un empleo –, las mujeres – entre las que la tasa de desempleo es mayor que la de los hombres pese a que en muchos casos aun perciben un salario menor que estos por el mismo trabajo –, los discapacitados, o los inmigrantes.

Ante esta situación los distintos Estados han ido adoptando numerosas medidas que les permitan mejorar sus economías y superar la crisis, muchas de las cuales han tenido como objetivo la reforma laboral a fin de elevar los niveles de contratación, si bien en numerosas ocasiones dichas medidas han provocado el menoscavo de los derechos de los trabajadores. España es uno de los países que se ha visto afectado con mayor intensidad por esta crisis “global” que aún nos azota, y si bien la economía parece haber iniciado lentamente la senda de la recuperación, no será hasta final de 2014 o principios de 2015 cuando aparezcan los primeros signos de recuperación del mercado de trabajo, en términos de crecimiento del empleo neto. Como expondré a continuación, el desempleo en España ha

alcanzado niveles tan altos que se ha convertido en la principal preocupación de los españoles (prácticamente en todas las familias hay al menos un miembro en “paro”). La situación es devastadora, con cerca de 6 millones de trabajadores en situación de desempleo, resulta evidente que el país debe continuar la reforma en el ámbito laboral poniendo en práctica políticas activas que permitan la reducción de esta cifra y la normalización del mercado de trabajo.

Sin embargo, no menos importante resulta la adopción de medidas para la protección de los millones de desempleados, que viéndose privados de trabajo, principal fuente de ingresos para muchos de ellos, carecen de los recursos necesarios para hacer frente a sus necesidades básicas y las de sus familias. Por ello, vamos a dedicar este trabajo al estudio de las medidas adoptadas por el legislador fiscal en torno al problema del desempleo en un Impuesto tan general y amplio como que grava sobre la Renta de las Personas Físicas en España, comenzando por hacer un breve estudio sobre la evolución de los niveles de desempleo en este país en los últimos años.

2. La Crisis Económica y la Evolución del Desempleo en España

Como decimos, uno de los colectivos que en los últimos años está sufriendo de manera especialmente intensa los efectos de la crisis económica y financiera por la que atravesamos, es el de los desempleados. No obstante, la configuración de un sistema de beneficios fiscales referido al mismo no viene de ahora. Tradicionalmente ha sido patente la intención del legislador de tratar de paliar la grave situación económica y social que padecen las personas cuando pierden el trabajo, configurando para ello un régimen de prestaciones laborales y sociales que ayuden a mitigar tan devastadores efectos hasta que el trabajador encuentre un nuevo empleo, o el primero, pues también están desempleadas las personas que habiendo alcanzado la edad laboral y completado su formación no encuentran su primer puesto de trabajo.

Frente a esta grave situación, se vienen adoptando múltiples medidas que, por su carácter urgente, se plasman en normas como el Real Decreto Ley, en uso de la potestad que el Gobierno detenta, medidas que intentan paliar el demoledor efecto que está provocando en nuestra sociedad el pernicioso fenómeno del desempleo. Algunos de estos Reales Decretos simplemente se convalidan, y otros se tramitan – normalmente por la vía

de urgencia – para incorporarse a nuestro ordenamiento con el carácter de Ley. Es esto lo que ocurrió con el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que poco después vería la luz, con idéntico nombre, como norma con rango de Ley, la 3/2012, de 6 de julio.

La exposición de motivos de esta última Ley glosa de manera sucinta la situación a la que nos enfrentamos reconociendo los efectos de la crisis económica que azota España desde 2008, y entre ellos, la debilidad del modelo laboral español. La gravedad de esta crisis, que según dicha norma “no tiene precedentes”, ha provocado en nuestro país la destrucción de más empleo y más rápidamente, que en las principales economías europeas. Según los datos de la Encuesta de Población Activa¹ la cifra de paro se situaba para 2011 en 5.273.600 personas, con un incremento de 295.300 en el cuarto trimestre y de 577.000 respecto al mismo trimestre de 2010. La tasa de paro subió en 1,33 puntos con relación al tercer trimestre y se situaba en el 22,85%.

Los datos posteriores, relativos al tercer trimestre de 2012, tampoco reflejan un alivio de la situación, pese a las medidas adoptadas por el Gobierno. Así, durante este período, la ocupación descendió en 96.900 personas, hasta un total de 17.320.300, la tasa de variación trimestral del empleo se sitúa en el -0,56%, la ocupación disminuye en 49.400 personas en el empleo público y en 47.600 en el empleo privado, y el número de parados crece en 85.000 personas, alcanzando ya la cifra de 5.778.100, con lo que la tasa de paro se incrementa 38 centésimas hasta el 25,02%.

Los datos en 2013 siguen siendo poco halagüeños. Durante el primer trimestre de este año la ocupación baja en 322.300 personas, hasta un total de 16.634.700. La tasa de variación trimestral del empleo es del -1,90% y la tasa anual del -4,58%. La ocupación disminuye en 71.400 personas en el empleo público y en 251.000 en el empleo privado; el número de parados crece en 237.400 personas y alcanza la cifra de 6.202.700, superando la barrera psicológica de los seis millones. La tasa de paro sigue incrementándose 1,14 puntos, hasta el 27,16%.

Sin embargo, en el tercer trimestre de 2013 la ocupación subió en 39.500, hasta un total de 16.823.200. La tasa de variación trimestral del empleo es del 0,24% y la tasa anual del -2,87%. La ocupación aumenta

¹ Disponibles en la web del Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es).

en 52.000 personas en el empleo privado, y disminuye en 12.600 en el empleo público.

Por último, en el cuarto trimestre de 2013 la ocupación de nuevo baja en 65.000 personas, hasta un total de 16.758.200. Sin embargo el descenso en el número de ocupados es el menor en un cuarto trimestre desde 2008. La variación trimestral del empleo es del -0,39%. El empleo se ha reducido en 198.900 personas en los últimos doce meses. La variación anual es del -17%, que es la menos negativa de los últimos cinco años.

Además, la destrucción de empleo ha sido más intensa en ciertos colectivos, especialmente el de los jóvenes, alcanzando la tasa de paro entre los menores de 25 años casi el 50%. La incertidumbre a la hora de entrar en el mercado de trabajo, los reducidos sueldos iniciales y la situación económica general están provocando que muchos jóvenes bien formados abandonen el mercado de trabajo español y busquen oportunidades en el extranjero. También el desempleo de larga duración en España es más elevado que en otros países y cuenta con un doble impacto negativo. Por un lado, el que genera sobre este colectivo de personas y, por otro, el impacto adicional sobre la productividad agregada de la economía. La duración media del desempleo en España en 2010 fue, según la OCDE, de 14,8 meses, frente a una media para los países de la OCDE de 9,6 y de 7,4 meses para los integrantes del G7.

Este ajuste ha sido especialmente grave para los trabajadores temporales. Manteníamos a mediados de 2012 una tasa de temporalidad de casi el 25%, mucho más elevada que el resto de nuestros socios europeos. La temporalidad media en la Unión Europea es del 14%, 11 puntos inferior a la española.

Lógicamente, la destrucción de empleo está teniendo efectos muy relevantes sobre el sistema de la Seguridad Social. Desde diciembre de 2007 hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012, en julio de 2012, el número de afiliados había disminuido en casi 2,5 millones (un 12,5%). Además, si el gasto medio mensual en prestaciones por desempleo en 2007 fue de 1.280 millones de euros, en diciembre de 2011 ascendió a 2.584 millones².

La crisis económica, continúa la exposición de motivos de la Ley 3/2012, ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español. “Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son

2 La fuente de los datos indicados es el Instituto Nacional de Estadística.

estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo socio-laboral y requieren una reforma de envergadura que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos. Las cifras expuestas ponen de manifiesto que las reformas laborales realizadas en los últimos años, aún bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas”.

Ante la gravedad de la situación económica y del empleo, el legislador afronta una reforma laboral que tenía por objeto proporcionar a los operadores económicos y laborales un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo. La reforma propuesta trató de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de su actividad económica como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social

Paralelamente a ello, nuestro legislador fiscal tenía ya diseñado un conjunto de medidas tributarias dentro de la imposición directa que no se reduce solamente a exceptuar de gravamen determinadas rentas percibidas como consecuencia de la finalización de la relación laboral, cuando esta lo es por despido o cese, sino que también concede trato favorable a aquellas cantidades que, aún tributando, derivan de la pérdida del trabajo, como una forma de proteger – precisamente – el derecho al mismo, de cuyo estudio nos ocupamos a continuación.

3. Exención de las Indemnizaciones por Despido o Cese del Trabajador³

Como sabemos, la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, fue la primera que reguló un Impuesto general sobre la renta de las Personas Físicas tras la

3 Con fecha 6 de Agosto de 2014 se publicó el Proyecto de Ley por el que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la renta de No Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2014, de 5 de marzo, y otras normas tributarias, que prevé la modificación del tratamiento fiscal de las indemnizaciones por despido en el IRPF. En concreto, según establece el citado Proyecto, se limitaría el importe de la indemnización exenta a la cantidad de 180.000 euros. Está por ver si finalmente prospera dicha modificación.

importante reforma tributaria acontecida en 1977, dicha Ley incorporaba un tratamiento “especial” para las indemnizaciones derivadas del despido o cese del trabajador. Sin embargo, este tratamiento no se articulaba como una exención, sino que engrosaba los supuestos de rentas no sujetas al impuesto, así el artículo 3.4 de la Ley 44/1978 establecía que: “No tendrán la consideración de renta... las indemnizaciones que constituyan compensación de la pérdida o deterioro de bienes o derechos que no sean susceptibles de integrar el hecho imponible del Impuesto sobre el Patrimonio”. Por su parte el Reglamento del Impuesto⁴ dedicaba sus artículos 8 y 10 a desarrollar esta materia, estableciendo en el segundo de estos preceptos (artículo 10, apartado 2 letra a) que se considerarían incluidas entre las indemnizaciones a que la Ley eximía de gravamen (por vía de la no sujeción) las que se derivasen del traslado, despido o cese del sujeto pasivo, hasta el límite máximo que, con carácter obligatorio, señalase la legislación entonces vigente, excluyendo, y por tanto considerando rentas sujetas (art.10.2.e Reglamento), las derivadas de contratos o convenios en la parte que excediesen de la cuantía que resultara legalmente obligatoria. Parece claro que, desde sus comienzos, el legislador fiscal establece la base del tratamiento que se va a dar a tales rentas que, en esencia, ha permanecido hasta hoy, si bien dejó de ser considerado supuesto de no sujeción para pasar a ser una renta sujeta, pero exenta, con la entrada en vigor de la Ley 18/1991, de 6 de junio⁵.

Creemos, con Banacloche Palao y Galán Ruiz que “...es conveniente detenerse a recapacitar sobre el motivo que en su día justificó – y que actualmente sigue legitimando –, la exoneración de gravamen de las indemnizaciones a que hacía referencia el art. 3 de la primitiva LIRPF: se trata de indemnizaciones por la pérdida de derechos que no son susceptibles de valoración económica (por eso no son hechos imposables del Impuesto sobre el Patrimonio), como el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la intimidad, al honor, al trabajo, a la protección jurídica, a la libertad de expresión, etcétera”⁶. Por tanto, bajo esta perspectiva, no sería

4 Regulado por Real Decreto 2384/1981, de 3 de agosto.

5 Concretamente establecía el artículo 9.Uno de la citada Ley que: “Estarán exentas las siguientes rentas: d) Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa reglamentaria de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de Convenio, pacto o contrato”.

6 BANACLOCHE PALAO & GALÁN RUIZ, 2005.

renta la cuantía percibida en compensación del menoscabo sufrido en su derecho al trabajo por la persona que pierde el empleo. Sin embargo, la configuración del supuesto como norma de no sujeción no parece muy acertada pues, no cabe duda de que dicha afluencia dineraria, no tributando por otro impuesto, debe considerarse “renta” a todos los efectos, y más concretamente “renta del trabajo”, toda vez que deriva, aunque sea indirectamente, del trabajo prestado por el contribuyente. Entendemos por tanto, que la percepción de una indemnización por la pérdida del empleo tiene la ineludible consideración de rendimiento del trabajo, y es obligado así considerarlo, al entrar de lleno en el concepto que del mismo establece la normativa reguladora del Impuesto, delimitado en el art.17.1 LIRPF, según el cual “*Se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimiento de actividades económicas*”. Así pues, si algún trato de favor se le quiere dispensar, lo mejor es hacerlo por vía de la exención.

Y, como ya hemos señalado, así lo decidió el legislador; de forma que a partir de la Ley 18/1991 la normativa reguladora del IRPF incluye dicho supuesto de exención. En concreto, el artículo 7 de la vigente Ley del Impuesto señala en su letra e) que están exentas “las indemnizaciones por despido o cese del trabajador en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato”. Dado que las situaciones con las que nos podemos encontrar son múltiples, la Ley del IRPF (y su Reglamento) procuran adaptarse a ellas de manera diferenciada dando un tratamiento más beneficioso a los supuestos de pérdida del trabajo considerados socialmente más “injustos”. La exención de las cantidades percibidas se modula por remisión a la normativa laboral, sin extenderla eso sí, a los pactos entre las partes, ya sean particulares o mediante Convenio Colectivo, a pesar de la naturaleza que el ordenamiento jurídico les concede⁷.

7 Sin embargo, no fue siempre así. La dicción del Reglamento del Impuesto vigente hasta 1992 (RD 2384/1981) daba pie a entender que, dada la naturaleza jurídica de los Convenios Colectivos, las indemnizaciones allí pactadas formaban parte de la “legislación vigente” y por tanto las cantidades obtenidas a raíz de su aplicación quedaban “no sujetas” al impuesto, cualquiera que fuera su cuantía.

Sin embargo, y según la modificación introducida por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de Medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas – Disposición Adicional decimotercera y Disposición Transitoria tercera –, tratándose de despidos derivados de expedientes de regulación de empleo (art. 51 del ET) o producidos por causas objetivas (art. 52 ET), siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, pese a que la indemnización obligatoria según el Estatuto de los Trabajadores es de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, quedará exenta la parte de aquella que no supere la establecida para el despido improcedente, esto es, el equivalente a 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, cantidad que desde el 12 de febrero de 2012 se reduce a 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades en virtud de la modificación introducida por el Real Decreto Ley 3/3012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y recogida por la posterior Ley 3/3012, de 6 de julio, de medidas urgentes la reforma del mercado laboral⁸.

Para que resulte exenta, la indemnización debe derivar del despido o cese del trabajador. Tiene lugar el despido del trabajador, cuando es el empresario, unilateralmente, el que pone fin a la relación laboral, por el contrario será cese voluntario si es el propio trabajador quien lo hace. Deberá tributar, por tanto, cualquier otra indemnización que perciba el trabajador por causa distinta al despido o cese de la relación laboral. Son buenos ejemplos de indemnizaciones gravadas las percibidas por finalización de un contrato temporal, por jubilación anticipada o por reducción de jornada, entre otros. Si bien el legislador fiscal estima que las cantidades percibidas por el trabajador en caso de resolución, de mutuo acuerdo, de la relación laboral resultarán beneficiadas por aplicación de la reducción derivada de su consideración como “rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo”, cualquiera que sea el período que el trabajador hubiese permanecido en la empresa. Algo ciertamente sorprendente, pues de facto implica proyectar sobre tales cantidades una exención parcial, sin que advirtamos el fundamento de la misma fuera de

8 Sobre el régimen laboral véanse los trabajos de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, 1993; MONEREO PÉREZ, 1994 y NORES TORRES, 2001.

los supuestos en los que, con lógica, se pretende disminuir la progresividad del impuesto sobre aquellas rentas que se han generado en más de uno (dos exige la norma) de los períodos impositivos objeto de gravamen.

Volviendo al tema de la exención (plena) de las cantidades percibidas por el despido o cese de la relación laboral, pone como condición la Ley del Impuesto para el disfrute de la misma, el hecho de que la indemnización debe ser la que corresponda con carácter obligatorio según las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores, su normativa de desarrollo o la normativa relativa a la ejecución de sentencias. Cualquier otra indemnización cuya obligatoriedad no resulte de las citadas normas, por ejemplo las derivadas del propio contrato de trabajo o de los pactos o convenios suscritos por empresario y trabajador, incluidas las establecidas en el convenio colectivo, así como las que se abonen de forma voluntaria; estarán gravadas por el IRPF, aunque luego podría aplicársele, si procediese, una reducción – exención parcial la llamábamos – si tal rendimiento pudiera entenderse generado en más de dos años, siendo obvio que no se perciben de forma periódica ni recurrente.

Resulta obligado hacer una breve mención a los supuestos más comunes para los que el Estatuto de los Trabajadores prevé la obligación de indemnizar al trabajador que cesa o es despedido de su empleo, y la cuantía legal de tales indemnizaciones:

A. Indemnizaciones por cese voluntario (a instancia del trabajador pero motivado por alguna de las circunstancias previstas en los artículos 40, 41 y 50 del ET). Tendrán lugar en caso de:

- Art.40 ET: Movilidad geográfica por traslado del trabajador de su centro de trabajo, cuando ello implique un cambio en su residencia. Le corresponderá al trabajador una indemnización de 20 días de salario por año trabajado con un límite máximo de 12 mensualidades.
- Art.41 ET: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecten a alguna de estas materias: jornada, horario, turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento o funciones. El trabajador tiene derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio en la empresa, con un máximo de 9 mensualidades.
- Art.50 ET: Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato por incumplimiento grave de las obligaciones que incumben al empresario, las siguientes:

- Modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad.
- La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.
- Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor.

Se reconoce al trabajador el derecho a percibir la indemnización prevista para el despido improcedente (art.54 ET), es decir, el equivalente a 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, cantidad que, como ya hemos indicado, desde el 12 de febrero de 2012 se reduce a 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades (modificación introducida por el Real Decreto Ley 3/3012).

B. Indemnizaciones derivadas de despido disciplinario (art.54 ET) por decisión del empresario basada en un incumplimiento grave y culpable del trabajador (embriaguez, indisciplina, faltas repetidas e injustificadas al trabajo):

- Art.56.1 ET: Despido improcedente: Cualquier despido disciplinario podrá ser judicialmente declarado improcedente cuando no se acredita el incumplimiento que el empresario imputa al trabajador.

En estos supuestos prevé el legislador una doble posibilidad, la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización consistente en:

- Indemnizaciones devengadas hasta el 11 de febrero de 2012: 45 días de salario por año de servicio en la empresa con un máximo de 42 mensualidades.
- Indemnizaciones devengadas desde el 12 de febrero de 2012: 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades (Real Decreto Ley 3/3012).

El régimen transitorio aplicable en aquellos casos en los que el contrato de trabajo se hubiese formalizado antes del 12 de febrero de 2012 y el despido tenga lugar después de la citada fecha viene establecido en la Disposición Transitoria 5ª.2 de la Ley 3/2012, que establece: “La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios

anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.”

C. Indemnizaciones derivadas de despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas organizativas o de producción (artículo 51 del ET)⁹. Si el despido es procedente la indemnización obligatoria según el Estatuto de los Trabajadores es 20 días de salario por año trabajado con un límite de 12 mensualidades. Sin embargo, a tenor de la reforma operada por la Ley 27/2009 a que antes aludíamos, estarán exentas del IRPF las indemnizaciones percibidas hasta el importe equivalente al despido improcedente.

D. Indemnizaciones derivadas del despido objetivo. (art.52 ET). Se produce a instancias del empresario pero por causas objetivas, tales como, ineptitud sobrevenida del trabajador, falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, necesidad de amortizar puestos de trabajo (en número inferior al exigido para el despido colectivo), absentismo laboral (falta justificadas al trabajo con reiteración). Si el despido es procedente, la indemnización prevista será de 20 días de salario por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades. Estarán exentas dichas cantidades salvo en caso de despido basado en la necesidad de amortizar puestos de trabajo (por causas económicas técnicas, organizativas o de producción), supuesto en el que la exención alcanzará a la correspondiente al despido improcedente (Ley 27/2009).

9 Con el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se adecua el tratamiento de las indemnizaciones en el supuesto de despidos colectivos, eliminando toda referencia a la previa aprobación del expediente de regulación de empleo por la autoridad competente, puesto que con la entrada en vigor de la reforma laboral llevada a cabo por la Ley 27/2009 desaparece la autorización o aprobación administrativa.

En todos los casos, ya sean de despido o cese, se prorratearán por meses los períodos de trabajo para la empresa cuya duración sea inferior a un año.

Esta exención, no alcanza, si los hubiere, a los salarios de tramitación, en tanto que sustituyen la retribución que el trabajador ha dejado de percibir durante la tramitación del procedimiento, esto es, desde que fue despedido hasta la fecha de notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si ocurriera antes de recibir aquella. Por tanto no tienen carácter indemnizatorio.

Además, a los requisitos necesarios para disfrutar de la exención que ya hemos analizado, debemos añadir otro, establecido por el artículo 1 del Reglamento del IRPF, que condiciona su aplicación a la efectiva desvinculación del trabajador con la empresa. Presume la norma que no existe tal desvinculación, salvo prueba en contrario, cuando en los tres años siguientes al despido o cese, el trabajador vuelva a prestar servicios a la misma empresa o a otra, también vinculada con ella, en los términos previstos en el artículo 16¹⁰ del Texto refundido del Impuesto sobre Sociedades (aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo).

10 3. A tenor del cual “ Se considerarán personas o entidades vinculadas las siguientes:

- a) Una entidad y sus socios o partícipes.
- b) Una entidad y sus consejeros o administradores.
- c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.
- d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.
- e) Una entidad y los socios o partícipes de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- f) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- g) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes de otra entidad cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- h) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 % del capital social o de los fondos propios.
- i) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 % del capital social o los fondos propios.
- j) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.
- k) Una entidad no residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el mencionado territorio.
- l) Dos entidades que formen parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas.

En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la participación deberá ser igual o superior al 5 %, o al 1 % si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado regulado. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho.

Existe grupo cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas”.

De este modo, y si en el plazo de tres años, a contar desde la fecha del despido o cese, el trabajador volviera a prestar sus servicios en la misma empresa o en otra vinculada con ella, dejaría de cumplir este requisito, perdiendo el beneficio de la exención, por lo que la indemnización que hubiera podido corresponderle y que en principio quedó exenta, pasaría a estar sujeta y gravada, debiendo tributar por ella mediante la correspondiente declaración complementaria del ejercicio en que la recibió, incluyendo los intereses de demora que correspondan.

Desde luego que esta norma tiene un evidente carácter antielusión. Se pretende prevenir la conducta en fraude de Ley tendente a satisfacer como indemnización por despido o cese, auténticos rendimientos del trabajo que quedarían sin tributar por efecto de la exención, para luego reanudar la relación laboral dando al traste con la finalidad de la norma, de ahí que se exija la efectiva desvinculación de la relación laboral. El reglamento del impuesto impone un plazo mínimo de tres años para considerar “real” – a efectos de la “consolidación” de la exención – el despido o cese. Y extiende sus efectos no sólo a los supuestos en que el trabajador es contratado de nuevo por la misma empresa, sino por otra vinculada en términos fiscales a la primera. No discutimos la finalidad de la norma, pero sí su rigorismo y, sobre todo, el prolongado plazo que impone para considerar desvinculado de la empresa pagadora al trabajador. No vemos fraude alguno cuando un empleado vuelve a ser contratado por una empresa del grupo sobre la que se ejerce (o puede ejercer¹¹) reducido o tangencial control. Creemos que

11 La remisión que realiza el art.16 del Impuesto sobre Sociedades al 42 del código de Comercio para definir qué ha de entenderse por “grupo de sociedades” parece igualmente severa a los efectos que nos proponemos, sobre todo por sus connotaciones presuntivas. Da igual que haya control efectivo, simplemente basta con que se haya podido ejercer el mismo, y no sólo directamente, sino a través de entidad participada o persona que actúe por cuenta de alguna de ellas. “Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

con dos años podría ser suficiente, sino para todos los casos si para aquellos en los que la relación entre las sucesivas empresas contratantes sea “sobrevvenida” o “potencial”. Pensemos en un joven empleado de banco con escasa antigüedad laboral que ha perdido su puesto de trabajo, habiendo sido indemnizado de conformidad con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores. Este trabajador no debería verse obligado a tributar por aquello percibido si vuelve a ser contratado, por ejemplo, 32 meses después por otra entidad bancaria que se ha fusionado con la primera como consecuencia de los procesos de concentración de entidades financieras fomentados por el Estado, y menos cuando el mismo ha permanecido en situación de desempleo durante tan largo período de tiempo. Sería menester que la norma modulara de alguna forma su finalidad recaudatoria, flexibilizándose para aquellos supuestos en los que queda fuera de toda duda la efectiva desvinculación del trabajador, siguiendo criterios de justicia tributaria, pero también de lógica elemental, pues entendemos que tal gravamen “violenta” de alguna forma su derecho a iniciar una nueva, porque es otra, relación laboral. Es más, en el caso del ejemplo, nos parece que incluso un plazo de los dos años estaría fuera de lugar.

No obstante, podría oponerse a este razonamiento que el trabajador goza de la posibilidad de destruir la presunción aportando pruebas en contra de la vinculación de las empresas en cuestión pues, el Reglamento del IRPF parece constituir una presunción *iuris tantum*. Sin embargo, tal y como está conformada la norma, que se remite a otra de carácter imperativo como es la reguladora del Impuesto sobre Sociedades, no encontramos forma alguna de que el trabajador pueda argumentar prueba para desvirtuarla. Más aún cuando la vinculación a la que se refiere el artículo 16 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades o la definición de grupo contenida en el artículo 42 del Código de Comercio, no implica que una entidad tenga control real sobre la otra, sino que basta con que el mismo se hubiera podido ejercer. Es decir, ni aún pudiendo probar el contribuyente que jamás hubo control de la primera sociedad sobre la que le ofrece el puesto de trabajo, se libraría de los efectos de esta presunción, viendo sometida a gravamen la renta que antaño percibiera por el fin de su relación laboral con la primera.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”.

Por otra parte, y con efectos 12 de febrero de 2012, desaparece de la redacción del artículo 7, e) de la LIRPF el párrafo según el cual, cuando se extinguía el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estaba exenta la indemnización por despido que no excediera de la que hubiera correspondido en el caso de que este hubiese sido declarado improcedente (siempre que no se tratara de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de los planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas). Con la reforma laboral llevada a cabo por el citado Real Decreto-Ley 3/2012, se elimina el llamado “despido express”, es decir, el reconocimiento por parte del empresario de la improcedencia del despido ofreciendo al trabajador la correspondiente indemnización, ya fuera abonándosela directamente o depositándola en el juzgado; indemnización que quedaría exenta del IRPF siempre que se ajustará a los límites previstos para el despido improcedente. Tras la citada reforma, los acuerdos privados de despido a los que pudieran llegar las partes, aceptando ambas – empresario y trabajador –, la improcedencia del mismo sin acudir a la conciliación administrativa, generarán indemnizaciones sujetas y gravadas por el IRPF. Se vuelve así a la situación anterior a 2002, cuando para que aquellas quedaran exentas se requería un acto de conciliación de los servicios de mediación y arbitraje o el correspondiente procedimiento judicial que previamente reconociera la improcedencia del despido. Resulta evidente que esta medida determinará un incremento de la litigiosidad en materia laboral, cuando uno de los objetivos de la reforma a la que nos referimos era justamente la reducción de aquella. En todo caso, el exceso de indemnización que pudiera percibir el trabajador sobre los límites indicados en el Estatuto de los Trabajadores (o su normativa de desarrollo o en la normativa de ejecución de sentencias), quedará sujeto al IRPF como rendimiento del trabajo, si bien podría tener la consideración de renta irregular, excepto, como ya hemos comentado, en los casos de despido derivados de expedientes de regulación de empleo o por causas objetivas, en los que podrá quedar exenta una cantidad equivalente a la indemnización establecida para el despido improcedente.

Pasamos a ocuparnos a continuación de otros dos beneficios fiscales contenidos en la normativa reguladora del IRPF relacionados también con las personas en situación de desempleo, que se enmarcan dentro de las medidas de protección jurídica de dicho colectivo, que merece la pena destacar por su importancia, nos referimos a la exención de las prestaciones por desempleo y al criterio de imputación temporal de aquellas que deben tributar.

4. Exención de las Prestaciones por Desempleo

Dentro de un contexto social como el actual, el legislador no puede obviar un problema de vital importancia como el desempleo, razón por la cual, desde hace años, viene adoptando medidas con la intención de fomentar el autoempleo, intentando con ello reducir el número de “parados”. Entre los distintos instrumentos de que puede valerse la Administración se encuentran los de política fiscal, a través de los cuales se establecen tratamientos especiales para determinados tipos de rentas en función del objetivo al cual vayan destinadas, siendo este el caso de las prestaciones por desempleo percibidas en un único pago.

Ciertamente el legislador podría haber extendido aún más allá su manto protector sobre el colectivo de desempleados, como hiciera antaño al decidir que no se sometieran a gravamen por este impuesto las prestaciones por desempleo. Sin embargo, con la reforma del IRPF de 1991, se optó por eliminar la exención de la que gozaban las mismas¹² justo en el momento en el que se introduce un nuevo concepto dentro del Impuesto sobre la Renta, según el cual se viene a entender que no se someterá a gravamen la renta del contribuyente sino en la parte que supere un mínimo umbral de riqueza modulado en función de las circunstancias personales y familiares del contribuyente. Desde este punto de vista, el legislador parecía entender que las prestaciones por desempleo se verían beneficiadas con la introducción de dichos mínimos personales y familiares cuya aplicación haría que, en definitiva, y dada su cuantía, tal renta no llegara a tributar al no superar el importe marcado por aquél como susceptible de ser gravado por el Impuesto. Ello, sin embargo, nos parece un error ya que dicha circunstancia sólo se dará en los casos en los que la cuantía de la prestación sea muy reducida o, cuando habiéndose agotado la misma, se perciba la llamada renta mínima de subsistencia que, ciertamente, en la mayoría de los casos no llega a tributar por aplicación de dicho sistema de mínimos.

En efecto, la Ley reconoce el hecho de que un contribuyente, aun manifestando capacidad económica, pueda carecer de la necesaria capacidad contributiva que le convierta en deudor de la Hacienda Pública por la obtención de renta. Así lo sentencia el artículo 15.4 LIRPF al señalar que “no

12 El legislador no explicitó las razones que le llevaron a gravar, con efectos desde el 1/1/1994, las cantidades percibidas en compensación por la lesión del derecho al trabajo.

se someterán a tributación las rentas que no excedan del importe del mínimo personal y familiar que resulte de aplicación”. No obstante, aunque es cierto que la configuración de dicho mínimo está relacionada, en lo que a la determinación de su *quantum* se refiere, con determinadas circunstancias personales y familiares del contribuyente, lo cierto es que entre las mismas no se tiene en cuenta si el contribuyente se encuentra en situación de desempleo. Ello significa que el legislador, entendemos que con acierto, no considera que tal circunstancia altere el nivel mínimo de subsistencia por encima del cual se ha de tributar de forma que, excediendo la prestación por desempleo del importe de tales mínimos, tributará como cualquier otro tipo de renta que se integre en la base imponible general del contribuyente.

Así pues, los beneficios sobre el colectivo de desempleados por la vía de la exención, sólo afectan a la indemnización derivada de la pérdida del trabajo (obviamente no se pierde el derecho al mismo) y a la prestación por desempleo pero sólo cuando se perciba en su modalidad de pago único, en ambos casos con determinadas limitaciones y requisitos que a continuación repasaremos. Aunque, tangencialmente la Ley otorga también trato de favor al contribuyente que abandona la situación de desempleado por encontrar trabajo, y por tanto remuneración, cuando ello implique un cambio de residencia a municipio distinto de aquél en el que tenga su residencia habitual. A ello se refiere la LIRPF en su art. 20 cuando, al regular la “reducción por obtención de rendimientos del trabajo” establece en su apartado 2 que: “Se incrementará en un 100 por ciento el importe de la reducción prevista en el apartado 1 de este artículo, en los siguientes supuestos: ...b) Contribuyentes desempleados inscritos en la oficina de empleo que acepten un puesto de trabajo que exija el traslado de su residencia habitual a un nuevo municipio, en las condiciones que reglamentariamente se determinen. Este incremento se aplicará en el periodo impositivo en el que se produzca el cambio de residencia y en el siguiente”.

Como decimos, la actual LIRPF, en la letra n) de su artículo 7, únicamente declara exentas las prestaciones por desempleo cuando se perciben en la modalidad de pago único¹³ establecida en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, siempre que se destinen a los fines y en los casos previstos en dicha norma que analizaremos a continuación, si bien, hasta el 31 de

13 Sobre el particular puede consultarse (TÉLLEZ VALLE, 2012).

diciembre de 2012, sobre la exención operaba el límite de 15.500 euros (hoy inexistente). Este artículo, el 7.º) de la LIRPF, ha sido recientemente modificado por el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, en virtud del cual (artículo 8), y con efectos desde 1 de enero de 2013, queda redactado de la siguiente forma:

Quedan exentas: “Las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único establecida en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, siempre que las cantidades percibidas se destinen a las finalidades y en los casos previstos en la citada norma.

La exención que comentamos estará condicionada al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años, en el supuesto de que el contribuyente se hubiera integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado o hubiera realizado una aportación al capital social de una entidad mercantil, o al mantenimiento, durante idéntico plazo, de la actividad, en el caso del trabajador autónomo” .

En virtud de la citada reforma, se ha eliminado el límite sobre el que se podía aplicar la exención, cifrado en 15.500 euros para los trabajadores que no se encontraban en situación de incapacidad, ya que para los discapacitados, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento, nunca resultó de aplicación (según la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas administrativas sociales y de orden social, artículo 31). Se equipara así a todos los desempleados, con independencia de su condición física, lo que, dado los niveles de desempleo que imperan en nuestro país, resulta comprensible a fin de potenciar el autoempleo que se ha convertido en una, sino la principal, alternativa al “paro”.

Hasta el 31 de diciembre de 2012, como ya hemos indicado, esta exención presentaba un límite de 15.500 euros, el exceso que pudiera percibir el trabajador por encima de dicha cantidad quedaba sujeto a tributación como rendimiento del trabajo, excepto para las personas con discapacidad en cuyo caso se reconocía la exención total de tales prestaciones.

Por lo demás, debemos tener en cuenta que la LIRPF condiciona la consolidación de la exención al mantenimiento durante cinco años de las acciones o participaciones de la sociedad anónima laboral o cooperativa de trabajo asociado, en el supuesto de haber optado por integrarse en alguna

de ellas, o al mantenimiento, durante idéntico plazo, de su actividad como trabajador autónomo. Este requisito no se exige en caso de tratarse de prestaciones por desempleo percibidas por trabajadores discapacitados. Como vemos, con buena lógica, el legislador aún mantiene una mejora del beneficio fiscal que comentamos cuando a personas con discapacidad se refiere, pues en ellas se superponen dos causas de protección – la discapacidad y el desempleo – más que justificadas.

Esta medida persigue una doble finalidad. Por un lado conceder un trato más favorable a la prestación por desempleo percibida en forma de capital, ya sea total o parcialmente, lo cual sólo puede ocurrir cuando previamente se ha solicitado tal modalidad de pago, adjuntando una memoria que contenga un plan con la actividad económica que se va a desarrollar y sus perspectivas de viabilidad, y que deberá iniciarse en el plazo de un mes a contar desde la resolución de concesión de este derecho. Y por otro, resulta evidente que nos encontramos ante una norma destinada a impulsar la autocontratación. Parece lógico que si el trabajador en “paro” posee espíritu emprendedor sea prudente permitirle utilizar los fondos que estaban destinados a mitigar su condición de desempleado, a la financiación de una actividad económica que supone precisamente el abandono de dicha situación.

Ya de por sí, percibir hasta un 100% (dependiendo del caso) del importe total de la prestación a que se tiene derecho de forma capitalizada puede asimilarse al percibo de una subvención para la iniciación de nueva actividad, toda vez que el trabajador va a abandonar la condición de desempleado de inmediato, aunque ello no le obliga a la devolución de la misma. El legislador fiscal simplemente coadyuva a que el contribuyente supere la indeseable situación de desempleo en que se encuentra procurándose su propio trabajo, estableciendo una exención sobre tales prestaciones.

Podemos afirmar pues que el pago único constituye una medida de fomento de empleo, que pretende facilitar, con mayor o menor acierto, la puesta en marcha de iniciativas de autoempleo que consistan en iniciar bien una actividad laboral como trabajador autónomo, bien en incorporarse como socio trabajador o de trabajo en cooperativas o sociedades laborales en funcionamiento o de nueva creación. Y teniendo en cuenta la difícil situación en la que se encuentra el mercado de trabajo en nuestro país, es de agradecer cualquier tentativa de mejorarlo.

Para el adecuado estudio de esta medida, resulta obligado realizar un breve resumen de las distintas modalidades de acceso al autoempleo y de

las cantidades que se abonarán en cada caso, según cual sea la opción elegida por el trabajador con derecho percibir la prestación contributiva por desempleo:

1) En caso de que se vaya a iniciar una actividad como trabajador autónomo, se puede obtener en un solo pago la cantidad que se justifique como inversión necesaria para iniciar la actividad, con el límite máximo del 60% de la prestación a la que se tenga derecho; límite que no resultará de aplicación para el caso de que el trabajador acredite una minusvalía de al menos el 33%.

Además en virtud de la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (según redacción otorgada por el Real Decreto 4/2013), dicho porcentaje máximo se eleva hasta el 100% del importe total de las prestaciones a percibir cuando los trabajadores-autónomos sean hombres jóvenes de hasta 30 años de edad o mujeres jóvenes de hasta 35 años, ambos inclusive, en el momento de la solicitud.

2) Si no se obtuviera el total de la cuantía de la prestación en un solo pago para financiar la inversión inicial, se podrá solicitar simultáneamente el abono del importe restante para financiar el coste de las correspondientes cuotas de la Seguridad Social, según la modalidad de autoempleo elegida.

3) Tras la entrada en vigor del citado Real Decreto 4/2013, los menores de 30 años también podrán capitalizar la prestación por desempleo a fin de destinar hasta el 100% de su importe para constituir una sociedad mercantil o unirse a una ya constituida en un plazo máximo de doce meses anteriores a la aportación, siempre que desarrollen en ella una actividad profesional o laboral de carácter indefinido que deberá mantenerse un mínimo de 18 meses. No podrán efectuar dicha solicitud aquellas personas que hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades. El importe percibido podrá destinarse a la financiación de los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de la sociedad, así como al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

4) Así mismo, podrá optarse tanto en el supuesto de establecimiento como autónomo como de incorporación a cooperativa o sociedad laboral, bien por obtener exclusivamente la cantidad que se justifique como in-

versión, bien por obtener exclusivamente la subvención a las cuotas de la Seguridad Social correspondientes.

Ahora bien, la exención será de aplicación tanto a la cantidad que se percibe de una sola vez como, en su caso, a las percibidas mensualmente para cubrir las cotizaciones a la Seguridad Social, siendo indiferente los períodos impositivos en los que se fuera a percibir dicha prestación (sin olvidar el límite de 15.500 euros aplicable hasta el 31 de diciembre de 2012).

Conviene ahora esquematizar los requisitos que debe reunir el trabajador para optar por el pago único de la prestación por desempleo, que, en líneas generales, serán los siguientes:

a) Encontrarse en situación de desempleo. Por tanto, al momento de presentar la solicitud de pago único, el trabajador no debe haber iniciado la actividad para la que solicita este derecho, no figurando de alta en ningún régimen de la Seguridad Social¹⁴.

b) La actividad profesional que vaya a desarrollar debe ser una de las modalidades de autoempleo a las que hemos hecho referencia con anterioridad, que deberá iniciarse, con posterioridad a la presentación de la solicitud, en el plazo máximo de un mes desde la resolución de concesión del derecho a percibir la prestación por desempleo como pago único o acreditar que está en fase de iniciación¹⁵.

c) Debe ser perceptor de una prestación contributiva por desempleo derivada del cese definitivo en la relación laboral. Por tanto quedarán excluidos aquellos trabajadores con derecho a percibir prestaciones derivadas de un Expediente de Regulación de Empleo de suspensión o reducción de jornada¹⁶.

d) Tener al menos tres meses de prestación pendientes de percibir y no haber obtenido el reconocimiento de un pago único en los 4 años anteriores a la fecha de solicitud del derecho que se pretende¹⁷.

14 Según el número 1, apartado 4 de la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

15 Según el artículo número 4 del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento de empleo.

16 Según el artículo número 1 del citado Real Decreto 1044/1985.

17 Según el artículo número 2 del Real Decreto 1044/1985.

5. Conclusión: las Prestaciones por Desempleo y su Imputación Temporal

Dado que en este momento queda exenta la totalidad de la prestación por desempleo percibida en su modalidad de pago único, resulta absurdo plantearse cuál será la regla a seguir para su imputación en el tiempo. En este sentido, el citado Real Decreto-ley 4/2013 deja vacía de contenido la letra c) del artículo 14.2 de la LIRPF, con efectos 1 de enero de 2013. Sin embargo, resulta necesario hacer una breve referencia al criterio de imputación temporal vigente hasta entonces pues, en función del mismo, aún pueden quedar rentas pendientes de imputación y, por tanto, de tributación.

Como hemos señalado, el legislador fiscal establecía un límite cuantitativo para disfrutar de la exención fijado en 15.500 euros¹⁸ (no aplicable cuando se trataba de personas con discapacidad), de forma que cualquier cantidad que se percibiera por encima del citado límite se consideraba renta sujeta y gravada por el IRPF, si bien, a tenor del artículo 14.2.c) de la Ley reguladora de este Impuesto, gozaba de una regla especial de imputación temporal.

Dicho precepto establecía que, sin perjuicio de la aplicación de la regla general de imputación relativa a los rendimientos del trabajo, esto es, su imputación al período en que son exigibles, el contribuyente tenía la posibilidad de optar por imputar la prestación por desempleo en cada uno de los períodos impositivos en que hubiera tenido derecho a percibirla de no haber mediado el pago único, imputación que se efectuaría en proporción al tiempo que en cada período impositivo se hubiese tenido derecho a la prestación.

En relación a este criterio especial de imputación, introducido por vez primera como apartado 7 del artículo 56 de la LIRPF de 1991 por Real Decreto Ley 12/1995 de 28 de diciembre, hay que destacar que su aplicación dependía de la voluntad del contribuyente, y a falta de ésta se aplicaba la regla general de exigibilidad¹⁹, si bien en la práctica lo más habitual era la opción por dicho criterio, en la medida en que permitía fraccionar en el tiempo las cantidades que se perciben en un solo pago, con la consiguiente incidencia que ello tenía sobre un tributo de carácter progresivo como es el IRPF.

¹⁸ Hasta el 31 de diciembre de 2009, la cuantía del citado límite era de 12.020 euros.

¹⁹ DGT 10/3/00 (núm. 562/00 Y 563/00).

Referencias

- BANACLOCHE PALAO, Carmen & GALÁN RUIZ, Javier. Exención de las indemnizaciones por despido en el IRPF: el problema del cómputo de la antigüedad en la empresa. *Quincena Fiscal*, n. 2, pp. 49-55, 2005.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. *Expedientes de regulación de empleo*. Madrid: Trotta, 1993.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid: Civitas, 1994.
- NORES TORRES, Luis Enrique. *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*. Madrid, CES, 2001.
- TÉLLEZ VALLE, Virgilio. Prestación por desempleo en su modalidad de pago único y fraude de Ley. *Aranzadi Social*, Vol. 4, n. 11, pp. 31-39, marzo 2012.

Autora Convidada

Educação no Cárcere: Análise Comparativa das Legislações Brasileira e Argentina

Education in Prison: a Comparative Analysis of the Brazilian and Argentine Legislation

Elton Dias Xavier*

Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros-MG, Brasil

Roberta Cardoso Silva**

Instituto Federal do Norte de Minas Gerais, Montes Claros-MG, Brasil

1. Introdução

A educação de pessoas encarceradas vem ganhando espaço em vários organismos e eventos, tanto nacionais como internacionais. Muito se discute sobre as singularidades e a complexidade da oferta de ensino no contexto prisional, bem como sobre o que diz respeito aos desafios, ações e políticas voltadas para a consecução desta modalidade de educação.

O trabalho aqui proposto tem seu foco principal na análise e comparação das diretrizes e normas para a educação de pessoas privadas de liberdade, existentes no Brasil e na Argentina. Ambas as nações, localizadas no continente latino-americano, possuem algumas características comuns, como o fato de terem vivenciado modelos de governos ditatoriais e terem

* Professor Doutor em Direito pela UFMG, Doutor em Ciências Sociais pela UERJ, professor titular da graduação em Direito e do PPGDS-Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social (Mestrado e Doutorado) da Unimontes – Universidade Estadual de Montes Claros – MG. E-mail: eltondx@hotmail.com.

** Mestra em Desenvolvimento Social – Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Técnica em Assuntos Educacionais do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Norte de Minas Gerais (IFNMG) – Reitoria. Graduada em Pedagogia pela UNIMONTES. Especialista em Proeja pelo IFNMG. E-mail: roberta.silva07@yahoo.com.br.

acentuadas disparidades sociais, como afirma Rangel¹⁻². Apesar das semelhanças, as nações supramencionadas também possuem suas singularidades e trajetos peculiares em termos socioculturais e históricos.

Inicialmente, apresentamos algumas reflexões sobre a educação e o cárcere, abordando a finalidade, bem como a importância de se integrar tais elementos a fim de propiciar a reinserção social dos indivíduos apenados. Nas duas seções seguintes, discute-se a situação do Brasil e da Argentina, respectivamente, no que concerne às legislações que tratam da oferta de educação em estabelecimentos penitenciários. São trazidos alguns posicionamentos de pesquisadores no que tange às políticas e às normatizações para a educação prisional, retratando os avanços, bem como os desafios existentes. São apresentados ainda, alguns aspectos do perfil das populações carcerárias aqui priorizadas, tais como o número de presos, o nível de instrução, dentre outros.

Prossegue-se com uma análise comparativa das singularidades presentes no Brasil e na Argentina no que se refere ao aparato legal sobre a educação em prisões. Busca-se apontar os pontos de similitude que essas realidades apresentam, bem como as divergências mais significativas no que tange às políticas e diretrizes de ambas.

O artigo em questão assentou sua metodologia na análise do arcabouço jurídico (legislação e teoria) do Brasil e da Argentina sobre o tema discutido, bem como na revisão bibliográfica de vários autores cujos estudos e pesquisas retratam a educação para reclusos.

2. Educação e Privação de Liberdade

A educação escolar, que promove a difusão dos diversos ramos da ciência, tende a favorecer o indivíduo em seus aspectos cognitivo, físico, social e cultural, resumindo, procura desenvolver integralmente o ser humano. Permite também compreender e intervir criticamente na realidade. Por meio da educação, conquistamos o direito de pertencer à determinada sociedade e usufruir dos seus códigos, ampliamos nossas possibilidades de

1 2009.

2 Em "Desafios e perspectivas da educação em prisões na América Latina", Rangel (2009) apresenta um panorama geral de características comuns às nações latino-americanas.

ação e de realização. Conforme recorda Ireland³, “não há dúvida de que o direito à educação cumpre um papel essencial no sentido de operar como um direito-chave que abre o conhecimento de outros direitos”.

Em se tratando da educação cuja oferta se dá no ambiente prisional, é importante analisar algumas características ligadas ao cárcere a fim de refletir sobre as circunstâncias do ensino ofertado nessa arena. Como menciona Wacquant⁴, a prisão é um sistema produtor de mazelas, relata também que, ao inserir-se na prisão, o indivíduo fica desprovido do suporte material que detinha, além disso, outras perdas ocorrem, estas “se traduzem em outros tantos tempos mortos, confiscações ou perda de objetos e de pertences pessoais, e de dificuldades de acesso a raros recursos do estabelecimento, que são o trabalho, a formação e os lazeres coletivos”⁵. Com um pensamento semelhante sobre o modo de vida no contexto de uma prisão, Foucault⁶, ao comentar sobre determinados tipos de instituições, afirma que

Primeiramente, estas instituições-pedagógicas, médicas, penais ou industriais – têm a propriedade muito curiosa de implicarem o controle, a responsabilidade sobre a totalidade, ou a quase totalidade do tempo dos indivíduos; são, portanto, instituições que, de certa forma, se encarregam de toda a dimensão temporal da vida dos indivíduos.

O que se percebe é que, ao ficar confinado em uma instituição como o cárcere, o sujeito defronta-se com uma situação em que tudo aquilo que precedia o momento da prisão não mais faz parte da sua vida, suas relações com o mundo externo ficaram interrompidas, restando agora o tempo ocioso e improdutivo. É pertinente lembrar que essa condição de inatividade se passa em um ambiente muito degradante, num sistema superlotado, deficitário em termos de infraestrutura, higiene, espaço físico etc., e ainda, trata-se de um lugar no qual se convive com a hostilidade, violência e caos. Scarfó, Breglia e Frejtman⁷ reconhecem que “os contextos de privação de liberdade, enquanto instituições totalmente reguladas e reguladoras

3 2010, p. 25.

4 2011.

5 WACQUANT, 2011, p. 152.

6 2003, pp. 115-116.

7 2011, p. 161.

das condutas, produzem efeitos altamente nocivos nas pessoas detidas”. Nessas circunstâncias, muito longe de proporcionar a ressocialização dos apenados, os estabelecimentos penitenciários perpetuam a condição de criminoso, o sujeito retorna à sociedade com grandes chances de reincidir, permanece marcado pelo estigma social⁸.

Ao se discutir quais as estratégias que tendem a amenizar os males oriundos do encarceramento e promover a recuperação das pessoas privadas de liberdade, geralmente, vislumbram-se duas categorias como potencializadoras para o processo de reinserção social, são elas, educação e trabalho. Julião⁹ declara que tais categorias são consideradas nas propostas de ressocialização em qualquer parte do mundo ocidental, tratam-se de importantes mecanismos que estão presentes nas discussões sobre programas com vistas à reinserção de pessoas encarceradas. Como priorizamos a seara educacional no que pese à recuperação dos encarcerados, apresentaremos o posicionamento de alguns estudiosos sobre a ação educativa nas prisões.

De acordo com Scarfó, Breglia e Frejtman¹⁰ “(...) a educação amplia as possibilidades genuínas de organização de um projeto de vida próprio, de tal maneira que a inserção econômica, social e cultural na saída da prisão se constitui uma opção real com maiores opções de viabilidade”. A educação se apresenta como uma porta de entrada para o reconhecimento social, a conquista da cidadania e da dignidade humana, capaz de transformar a vida do detento em diversos aspectos.

A educação pode constituir-se numa excelente ferramenta na luta para que os sujeitos apenados possam conceber uma realidade diferente daquela que motivou o delito. É uma forma de acessar o vasto acervo cultural produzido pela humanidade, mais que isso, é importante fazer uso desses conhecimentos em favor de uma vida digna e ressignificada. Contudo, é preciso ressaltar que a educação, quando desenvolvida no ambiente prisional, enfrenta diversos desafios para sua consecução, somadas às dificuldades próprias de uma educação ofertada no contexto escolar (infraestrutura deficiente, número de alunos por turma, indisciplina, péssimas condições de trabalho, desvalorização profissional, etc.) a educação no cárcere possui suas singularidades.

8 GOFFMAN, 1988

9 2011.

10 2011, p. 152.

Sobre esse fato, Scarfó, Breglia e Frejtman¹¹ aduzem que essas particularidades são “reconhecidas no contexto, nos sujeitos, na instituição educativa e no lugar (na infraestrutura): o aprisionamento, as grades, os controles, a perda de códigos socialmente aceitos ‘do lado de fora’ e, ao mesmo tempo, a existência de códigos carcerários próprios”.

Mesmo diante de tantas adversidades, a educação para pessoas privadas de liberdade não pode ser tratada de forma inferior ou secundária. Cabe ressaltar que os reclusos devem ser penalizados unicamente no que diz respeito à privação de liberdade, assim, os demais direitos não podem ser retirados desses sujeitos. Desse modo, deve haver a mesma qualidade e os fins que a educação propicia às pessoas que frequentam a escola regular, uma instrução que favoreça a emancipação humana, que conduza o sujeito à apreensão crítica do mundo, ao desenvolvimento de capacidades e de competências necessárias para a vida em sociedade.

Como proclama Freire¹² “a educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade”. Os pressupostos de um modelo freireano de educação proporcionam uma construção de aprendizagem de cunho libertador, geradora de uma consciência crítica no sujeito, permitindo a intervenção no mundo que o cerca.

3. Educação nos Presídios Brasileiros: o Conteúdo da Legislação e a Realidade Fática

É reconhecidamente constatado que as unidades prisionais no Brasil se encontram em condições demasiadamente precárias, são presídios superlotados, com infraestrutura deficiente, sendo considerados verdadeiros “depósitos de indivíduos”. Com uma população carcerária composta por mais de 607.000 pessoas, o Brasil ocupa atualmente a quarta posição no *ranking* mundial¹³. Conforme Relatório da Anistia Internacional¹⁴, o número de pessoas privadas de liberdade no país cresce cada vez mais. Há um déficit de cerca de 230 mil vagas, daí as condições cruéis e desumanas a

11 2011, p.157.

12 1967, p. 97.

13 Ver publicação de 2013 do *International Centre for Prison Studies* (King's College, Universidad de Londres). Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wppl_10.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

14 2013.

que são submetidos os detentos. Sobre o panorama das unidades prisionais brasileiras, Wacquant¹⁵ descreve que

(...) se parecem mais com *campos de concentração para pobres*, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (...).

De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça, até o mês de junho de 2014, o sistema penitenciário contava com um total de 607.731 pessoas privadas de liberdade, representando uma taxa de 300 a cada 100.000 habitantes. Se consideramos os presos que se encontram em regime domiciliar, o número ultrapassa 700.000 conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Com relação à faixa etária dos apenados, o DEPEN conseguiu informações relativas a cerca de 70% dessa população carcerária, dos quais 31% possui entre 18 a 24 anos, 25% possui entre 25 a 29 anos, 19% tem entre 30 a 34 anos. Observa-se ainda que 75% dessa população encontra-se com idade entre 18 e 34 anos, o que nos permite constatar que se trata de um público composto por jovens e adultos, que está em plena fase produtiva. Os demais presos possuem 35 a 45, 46 a 60, 61 a 70 e 71 anos ou mais, correspondendo, respectivamente, aos seguintes percentuais 17%, 7%, 1% e menos 1%. No que tange à cor dos presos no Brasil, com exceção dos estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, nas demais unidades federativas prevalece o encarceramento de pessoas negras, sendo que dois a cada três presos são negros. Em se tratando da escolaridade, aspecto o qual merece bastante atenção neste artigo, observou-se que o relatório do DEPEN traz informações referentes a aproximadamente 40% da população prisional, isto é, cerca de 241.000 pessoas. Verificamos que destas, 53% possuem o ensino fundamental incompleto, outros 12% concluíram

15 2011, p. 13.

o ensino fundamental, 11% não finalizaram o ensino médio, enquanto 7% terminaram o ensino médio e 9% foram alfabetizados na educação não formal. O percentual restante encontrava-se com o ensino superior completo (1%) e incompleto (1%) e os analfabetos (6%).

Diante desse cenário, é possível evidenciar que o nível de escolaridade é muito baixo, mais da metade da população carcerária pesquisada não ultrapassou o ensino fundamental, o que tende a contribuir para a exclusão desses sujeitos dos processos sociais e produtivos. Muitos apenados não frequentaram uma instituição educacional, e quando estiveram nos bancos da escola, isso foi por um tempo significativamente curto, a evasão escolar fez parte da vida da maioria deles.

Brasil - 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014

Tabela 1 - Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014

No que diz respeito ao percentual de encarcerados por sexo, isto é, homens e mulheres, a informação mais atualizada constante dos dados do Ministério da Justiça é do ano de 2013, foram contabilizados, no mês de junho daquele ano, 574.027 encarcerados, destes, 36.135 eram do sexo feminino e 537.892 compostos por indivíduos do sexo masculino, dados correspondentes a um percentual de 6,3% de mulheres e 93,7% de homens.

No Brasil, a Lei 9.394 de 1996¹⁶ determina que o Estado deve garantir a oferta de educação gratuita às pessoas em idade escolar e também àquelas que por algum motivo não frequentaram instituição regular de ensino na idade própria. Nesse propósito, a mencionada Lei de Diretrizes e Bases da

16 Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Educação Nacional – LDB evidencia no seu artigo 37 que “a educação de jovens e adultos (EJA) será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria”. Na LDB não há um tratamento específico para o ensino de pessoas privadas de liberdade, isto é, o texto legal não faz menção ao ensino nos estabelecimentos penais. Entretanto, destaca-se que, como se trata da população jovem e adulta encarcerada, o trabalho desenvolvido por meio dos programas de educação em prisões deve se basear nos princípios presentes na modalidade EJA, a exemplo da metodologia de ensino apropriada e da compreensão da realidade em que este esse público está inserido.

Com relação à Lei de Execução Penal – LEP (Lei 7.210 de 11 de julho de 1984), há previsão, em seu artigo 10, das assistências que devem ser garantidas pelo Estado ao preso e ao internado, “objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Dentre as assistências, prevê a educacional, que compreende a instrução escolar e a formação profissional. Ressalta que o ensino de 1º grau será obrigatório e que cada estabelecimento contará com uma biblioteca diversificada (livros instrutivos, recreativos, didáticos) para ser utilizada por todos os reclusos.

Em 2011, foi sancionada a Lei 12.433, que alterou o artigo 126 da LEP por meio da seguinte redação “O condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. A acepção do termo ‘*remir*’ se traduz na possibilidade de abater ou descontar, através do estudo, parte do tempo da pena a ser cumprida. A LEP considera que o trabalho, e agora o estudo, poderão ser objetos de remição da pena. No caso do estudo, ficou estabelecido no inciso I do artigo 126, que a cada 12 (doze) horas de frequência escolar em “atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional”, divididas, no mínimo em 3 (três) dias, corresponderá a 1 (um) dia de pena remido. Tal modificação significou um grande avanço em termos do cumprimento da pena, reconhece que a educação é fator relevante para o desenvolvimento do penitente e sua conseqüente reintegração ao mundo externo.

Outra norma importante para a efetivação da política educacional nos estabelecimentos penais é a Resolução nº 02/2010¹⁷, do Ministério da Edu-

17 Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais.

cação. Dentre várias orientações presentes no seu artigo 3º, acerca da oferta de educação para jovens e adultos reclusos, salienta-se a intencionalidade de vinculá-la a outras ações complementares nas áreas de “cultura, esporte, inclusão digital, educação profissional, fomento à leitura e a programas de implantação, recuperação e manutenção de bibliotecas destinadas ao atendimento à população privada de liberdade”. Traz ainda orientações quanto à observância de aspectos relacionados à aproximação da comunidade e dos familiares dos penitentes com as atividades de ensino; metodologia apropriada a todos os tipos de regime prisional, observando ainda, a diversidade presente no âmbito do sistema carcerário (gênero, raça e etnia, credo, idade e condição social da população atendida); foco na elevação da escolaridade associada à qualificação profissional, bem como a flexibilização da oferta de ensino em termos espaciais e temporais, considerando as especificidades do público carcerário. Outro relevante instrumento foi o Decreto 7.626/2011, que instituiu o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional (PEESP), cujo foco principal é “ampliar e qualificar a oferta de educação nos estabelecimentos penais” (art. 1º).

Em setembro de 2015, a Lei nº 13.163 modificou a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para instituir o ensino médio nas penitenciárias. Insere o artigo 18A na Lei de Execução Penal e torna obrigatório “o ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização”. Além disso, a referida lei inclui, no censo penitenciário, a obrigatoriedade de apuração dos seguintes aspectos:

- a) o nível de escolaridade dos presos e das presas; b) a existência de cursos nos níveis fundamental e médio e o número de presos e presas atendidos; c) a implementação de cursos profissionais em nível de iniciação ou aperfeiçoamento técnico e o número de presos e presas atendidos; d) a existência de bibliotecas e as condições de seu acervo; além de outros dados relevantes para o aprimoramento educacional de presos e presas.

Mais recentemente, em maio de 2016, foi aprovada a Resolução nº04 de 2016¹⁸, com instruções para oferta de EJA e de educação profissional

18 Dispõe sobre as diretrizes operacionais para a remição de pena pelo estudo para pessoas privadas de liberdade nos estabelecimentos penais do sistema prisional brasileiro.

técnica de nível médio, bem como respectivos percursos de formação, a partir de cursos de qualificação profissional nas modalidades de educação presencial ou a distância, podendo haver uma combinação de ambas as modalidades, contando com a supervisão dos sistemas de ensino envolvidos. É estabelecido ainda que, para a remição de pena por meio do estudo, serão observadas várias diretrizes operacionais, dentre as quais se destaca, no item II,

O envolvimento da comunidade e familiares dos indivíduos em situação de privação de liberdade e atendimento diferenciado de acordo com as especificidades de cada medida e/ou regime prisional, as necessidades de inclusão e acessibilidade, bem como as peculiaridades de gênero, raça, etnia, credo, idade e condição social da população atendida¹⁹.

Mesmo com a existência de legislação garantista, o estado do sistema prisional tem acentuado a preocupação de diversos setores, sobretudo a cúpula do judiciário, que se defronta atualmente com uma discussão re levantíssima sobre o estado de coisas inconstitucional em que se encontra o sistema punitivo brasileiro. Essa questão está sendo objeto de julgamento numa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

Sobre os avanços alcançados na legislação brasileira no que tange à educação em prisões, Sauer e Julião²⁰ sintetizam que

Dentre as principais conquistas, destacam-se a aprovação das Diretrizes Nacionais para a oferta de educação nos estabelecimentos penais pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Resolução nº 3 de 11/03/2009 do CNPCP) e das Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais pelo Conselho Nacional de Educação (Parecer CNE/CEB nº 4/2010 e Resolução CNE/CEB nº 2 de 19/05/2010); e, por conseguinte, a alteração na Lei de Execução Penal que permite às pessoas presas diminuir a sua pena com base nas horas de estudo.

19 Resolução CNE/CEE N° 04/2016, p. 2.

20 2012, pp. 2-3.

Não restam dúvidas de que há, no Brasil, diversas normas voltadas para a implementação da política de assistência educacional junto às instituições prisionais. Nesse sentido, é pertinente destacar que boa parte da legislação apresentada estabelece a parceria entre os Ministérios da Educação e da Justiça, com o objetivo de concretizar as políticas e ações voltadas à educação no cárcere. Para tanto, dividem-se as competências e responsabilidades de cada entidade, bem como as estratégias e princípios a serem adotados. Entretanto, precisamos avançar em muitos quesitos a fim de garantir a efetividade da educação no ambiente prisional, nesse contexto, Julião²¹ alerta que

O tema educação é interpretado na Lei de Execução Penal de forma distinta pelos vários estados. Enquanto uns vêm investindo na implementação de ações e políticas de incentivo à educação como prática na execução penal, outros pouco ou quase nada fazem nessa direção. (...) Poucos são os estados da federação que instituíram uma prática de educação na prisão. Muitos possuem ações isoladas e não institucionalizadas. São geralmente projetos de curta duração, implementados por ONGs, com atendimento reduzido, muitas vezes sendo realizados de forma improvisada, sem continuidade administrativa.

Em documento posterior, Sauer e Julião²² relatam quais os desafios a enfrentar. Desse modo, afirmam que

Necessitamos principalmente investir na consolidação das diretrizes nacionais para a política de educação em espaço de privação de liberdade. Não é mais concebível que estados ainda não possuam uma política regulamentada para estas ações no cárcere, evidenciando-se, em várias unidades, projetos isolados, sem fundamentação teórico-metodológica, sem qualquer continuidade administrativa, beirando o total improvisado de espaço, gestão, material didático e atendimento profissional. Somente através da institucionalização nacional de uma política de educação para o sistema penitenciário, principalmente privilegiando as ações educacionais em uma proposta político-pedagógica de execução penal como programa de reinserção social, se conseguirá efetivamente mudar a atual cultura da prisão.

21 2009, p. 65.

22 2012, p. 4.

De fato, é mister a consolidação das políticas existentes. Muitas discussões foram realizadas e várias leis aprovadas, mas ainda não desenvolvemos (na prática) um programa de abrangência nacional. Conforme exposto acima, há muitos projetos isolados e descontínuos em que, às vezes, nem é o Estado que coordena. Cabe salientar que não há intenção de menosprezar as atividades desenvolvidas pelas Organizações não Governamentais (ONGs) (associações, pastorais etc.), ao contrário, estas contribuem bastante ao assumirem um papel tão complexo como adentrar no ambiente carcerário e desenvolver trabalhos educativos, religiosos ou recreativos. Contudo, convém ressaltar que o Estado não pode se eximir do seu dever, que é garantir o direito à assistência educacional das diversas pessoas privadas de liberdade no Brasil.

4. A Oferta de Educação nos Cárceres Argentinos: Marco Legal

Conforme dados de 2015, do Sistema Nacional de Estatísticas sobre Execução das Penas (SNEEP) argentino, em dezembro de 2015, o sistema penitenciário contava, em sentido amplo, com 72.693 detentos, representando uma taxa de 168 a cada 100 mil habitantes. Contudo, se considerar as pessoas que se encontram em regime domiciliar utilizando tornozeleira eletrônica ou outra condição que não exija presença em tempo integral na unidade carcerária, o número a ser considerado 71.464, equivalendo a uma taxa de 166 a cada 100 mil habitantes. Ainda de acordo com o documento do SNEEP (2015), a capacidade prisional é para 67.297 pessoas, hoje conta com 71.764, o que significa um déficit de 6,2%. Da totalidade dessa população carcerária, em torno de 23% estão na faixa de 18 a 24 anos, 39% com 25 a 34 anos, 23% entre 35 a 44 anos, 9% possui 45 a 54 anos, 4% estão com idade entre 55 e 64 anos e 2% possui 65 anos ou mais. Com relação ao sexo, 96% é composto por homens e 4% por mulheres.

Em que pese o nível de instrução, 38% possuem o ensino primário completo, 28% o primário incompleto, 18% o secundário incompleto, 8% o secundário completo, 6% não possuem nenhuma instrução, 2% o nível universitário. A partir das informações apresentadas acima, é possível inferir que se trata de uma população composta por pessoas muito jovens, mais de 60% não completaram 35 anos de idade. Nesse sentido, em se tratando da escolaridade, deduz-se que mais de 70% não ultrapassaram o ensino primário, demonstrando que há uma população em idade ativa que

necessita elevar a escolaridade, considerando que, ao término do cumprimento da pena, carecerá de conhecimentos e habilidades para inserir-se no mundo do trabalho.

Mostrando-se bastante avançada no quesito educação em prisões, a Lei de Educação Nacional da Argentina destaca o direito à instrução para pessoas encarceradas, fazendo previsão dos grupos que serão assistidos pelas políticas de educação no cárcere. Em seu capítulo XII, artigos 55 a 59, a Lei de Educação Nacional, nº 26.206/2006, prevê a modalidade de “Educação em contextos de privação de liberdade”. Conforme artigo 55 “La Educación en Contextos de Privación de Libertad es la modalidad del sistema educativo destinada a garantizar el derecho a la educación de todas las personas privadas de libertad, para promover su formación integral y desarrollo pleno”. Sobre a nova lei de educação da Argentina, Pallini²³ salienta que “la Ley asume a la educación en contextos de encierro como una de las ocho modalidades del sistema educativo, junto a educación rural, educación de jóvenes y adultos, educación intercultural bilingüe, educación especial, entre otras”.

Com relação aos segmentos que serão atendidos, a referida lei estabelece o seguinte: que todos os jovens e adultos encarcerados em qualquer estabelecimento penitenciário terão acesso à educação (artigo 55); que as crianças menores de 04 (quatro) anos, que vivem com suas mães presas, terão acesso à educação e atividades recreativas tanto no espaço da prisão como em ambiente externo (artigo 58) e que crianças e adolescentes privados de liberdade em instituições cujo regime é fechado, gozarão de amplo acesso à educação, em todos os níveis e modalidades (artigo 59).

Outra lei que reconhece e trata da educação no ambiente prisional é a Lei de Execução da Pena Privativa de Liberdade – Lei nº 24.660/1996, o seu capítulo VIII é destinado a esse direito, no artigo 133 dispõe que o Estado tem a responsabilidade de garantir a educação, em todos os níveis e modalidades, para todas as pessoas privadas de liberdade. Orienta que a educação não pode ser distinta das finalidades e objetivos que são previstos na Lei Nacional de Educação, isto é, os detentos receberão um modelo educativo de igual qualidade ao ofertado para os demais habitantes do país. Impõe ainda, que “todos los internos deben completar la escolaridad obligatoria fijada en la ley”. No artigo 137, determina que o detento seja

23 2010, p. 44.

notificado do seu direito ao acesso à educação, a partir do seu ingresso na unidade prisional, momento este que estará assegurado o desfrute do referido direito. O artigo 138 menciona o funcionamento de biblioteca para os reclusos, sendo uma em cada estabelecimento penitenciário.

Cabe destacar que outro ponto muito relevante dessa lei está contido no artigo 140, refere-se ao chamado “estímulo educativo”, este “consiste en reducir los tiempos de acceso a la culminación de las diferentes fases y períodos de la progresividad de la pena”²⁴. Desse modo, um detento que cumprir e ser aprovado satisfatoriamente nos estudos primários e secundários (válido para todos os níveis e modalidades de ensino) terá, respectivamente, 02 e 03 meses de redução, podendo acumular até 20 meses. Trata-se de uma forma de incentivo e reconhecimento da trajetória de êxito do penitente.

Prosseguindo com a apresentação da lei supracitada, o artigo 141 registra que o Ministério da Educação, juntamente com o Ministério da Justiça e Direitos Humanos, estabelecerá:

(...) en el marco del Consejo Federal de Educación, un sistema de información público, confiable, accesible y actual, sobre la demanda y oferta educativa, los espacios y los programas de estudio existentes en cada establecimiento y mantener un adecuado registro de sus variaciones. Deberá garantizarse el amplio acceso a dicha información a la Procuración Penitenciaria de la Nación, a organizaciones no gubernamentales interesadas en el tema, y a abogados, funcionarios competentes, académicos, familiares de las personas privadas de su libertad, y a toda otra persona con legítimo interés.

Juntamente com a logística de disponibilização das informações verifica-se a possibilidade que é concedida a qualquer pessoa interessada (familiares dos detentos, advogados, estudiosos e outros) de acompanhar de fato o cumprimento desse direito. A esse respeito, Scarfó, Lalli e Montserrat²⁵ acreditam que:

Esto resulta muy importante ya que permite contar con información necesaria para evaluar los avances y retrocesos del disfrute de la educación en el contex-

24 SCARFÓ, LALLI E MONTSSERAT, 2013, p. 86.

25 2013, p. 87.

to de la cárcel. Información cuyo acceso no se restringe a los organismos estatales, quedando, a su vez, disponible para la sociedad civil, comprometiendo, de esta manera a dicho actor social en la problemática.

Tratando-se da legislação argentina, que respalda e prevê a educação para pessoas encarceradas, Scarfó e Aued²⁶ argumentam que:

A nivel nacional, la normativa más importante es la Ley Nacional de Educación (n° 26.206), la Ley de Ejecución Penal (n° 24.660), la Ley de Estimulo Educativo (n° 26.695) que opera como reforma de la Ley de Ejecución Penal en referencia a la educación y los convenios entre Ministerios. Esto lleva a que existan obligaciones, derechos, regulaciones y responsabilidades por parte del Estado y sus instituciones ejecutoras y controladoras del derecho.

Contudo, apesar dos avanços já conquistados na Argentina no que se refere à educação em prisões, ainda existem vários entraves, segundo Informe do Comitê Contra a Tortura²⁷:

El sistema educativo se ha construido en el encierro con *serias limitaciones, deformaciones y sentidos distintos* al que debe tener de acuerdo al marco normativo que lo regula y al sustento científico-pedagógico que los especialistas indican. *La educación como beneficio y no como derecho*, la naturalización de que la misma sea de inferior calidad los prejuicios y el sometimiento a las reglas de la seguridad y *arbitrariedad penitenciaria, la escasez de medios o materiales*, son elementos que alejan a los detenidos de las aulas.

Ainda, Scarfó, Lalli e Montserrat²⁸ comentam que, em nome da segurança, acabam ocorrendo restrições para a participação de alguns detentos nas atividades educativas, aqueles apenados considerados de alta vulnerabilidade, com problemas físicos ou mentais, em tratamento da dependência de drogas entre outros, tendem a ficar excluídos do processo educativo.

Em termos legais e normativos, pode-se depreender que a Argentina vem procurando reconhecer o direito à educação das pessoas encarcera-

26 2013, p. 92.

27 2007, p. 159, grifos nossos.

28 2013.

das, sobretudo por meio da Lei Nacional de Educação, a qual possui um capítulo específico para tratar dessa modalidade de ensino, e da Lei de Execução Penal, que também dedica um capítulo ao direito à educação, a ser ofertada a todos os reclusos, em todos os níveis e modalidades.

5. Educação para Pessoas Privadas de Liberdade: Breves Considerações Comparativas entre algumas Normas Brasileiras e Argentinas

A tarefa de comparar dado elemento com outro não é simples. É necessário levar em conta se são categorias passíveis de serem comparadas e, caso sejam, levar em consideração o contexto no qual cada uma se encontra a fim de não correr o risco de executarmos comparações não condizentes com os conceitos e/ou circunstâncias do objeto comparado. Para Sartori²⁹, a comparação realmente válida e que interessa é aquela cujos elementos analisados possuem, em partes, características semelhantes, mas também, características distintas; caso tenham somente semelhanças ou diferenças não cabe falar em comparação.

O contexto latino-americano, no que pese à situação político-econômica de boa parte dos países que o compõem, possui várias similitudes, são países cuja desigualdade social é bastante expressiva, o que tende a contribuir para o elevado índice de violência³⁰. Traçando um panorama da criminalidade na América Latina e sobre os possíveis fatores que influenciaram seu crescimento, Rangel³¹ destaca que

Os problemas de desigualdade econômica e exclusão social acentuam a violência e prejudicam a coesão social dos países latino-americanos. As altas taxas de criminalidade registradas na maioria dos países da América Latina são uma expressão da violência que se vive na vida cotidiana. Desta maneira, o tecido social em diferentes capas sociais se fraturou, afetando particularmente às populações marginalizadas e vulneráveis.

29 1994.

30 RANGEL, 2009.

31 2009, p. 165.

É importante observarmos as características da população carcerária, tanto brasileira quanto argentina, notadamente porque foi evidenciado que o Brasil detém um número de presos bem acima do quantitativo da Argentina. Contudo, precisamos considerar que o Brasil é mais populoso que a Argentina, a população brasileira ultrapassa 190 milhões³² de habitantes, contra pouco mais de 40 milhões³³ na Argentina. De modo geral, foi percebido que os detentos dos países aqui analisados são bastante jovens, mais de 60% não completou os 35 anos de idade, estão numa faixa etária considerada 'economicamente ativa', isto é, são pessoas que poderiam estar inseridas no mundo do trabalho, mas, diante da privação de liberdade, essa prerrogativa fica intensamente comprometida. No quesito escolaridade, verificou-se que uma quantidade significativa de apenados não detém grau elevado de instrução, um percentual acima de 70% não cursou mais que o ensino primário ou, como chamado no Brasil, o ensino fundamental.

Ao analisar as leis que regem a educação brasileira e argentina, Lei 9.394/1996 e 26.206/2006 respectivamente, foi observado que, em termos de previsão de oferta de ensino em ambientes prisionais, a norma argentina é mais abrangente, uma vez que, nessa lei, a educação de pessoas privadas constitui-se em uma modalidade de ensino, com orientações e diretrizes próprias. Diferentemente da Lei Argentina, a LDB, não possui uma determinação específica para a educação no cárcere, o que há é a modalidade de educação de jovens e adultos (artigos 37 e 38), destinada para as pessoas que não tiveram acesso à educação na idade própria. Como o público das unidades prisionais é composto por essa população (jovens e adultos), geralmente se aplicam os princípios da modalidade EJA para a educação no cárcere.

A impressão que se tem dessas realidades é que, quando uma lei de educação cuja abrangência é nacional faz referência a uma modalidade de ensino, prescrevendo orientações e objetivos, norteando as práticas e atribuições de cada ente governamental, isso tende a fornecer maior visibilidade à modalidade de ensino em questão. Esta vai alcançando, cada vez mais, reconhecimento e até mesmo aceitação por parte da sociedade.

32 Conforme censo de 2010 realizado pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

33 Conforme censo de 2010 realizado pela Argentina através do INDEC – Instituto Nacional de Estadística y Censos.

Sobre essa modalidade de ensino, Scarfó, Lalli e Montserrat³⁴ declaram que “constituye un gran avance en cuanto a la obligación del Estado en promover, garantizar, respetar y realizar el Derecho a la Educación en las cárceles, siendo el responsable de generar políticas específicas e integrales que hagan al disfrute de este derecho”.

Com relação às leis de Execução Penal, foi possível constatar que há mais disposições específicas para a educação em prisões na Lei de Execução Penal da Argentina. São mencionados os direitos, os deveres, as responsabilidades, medidas para implementação, a criação de uma espécie de banco de dados para que os interessados acompanhem a efetivação dessa política, dentre outros. No caso da Lei de Execução Penal brasileira (Lei nº 7.210/1984) esta possui um conteúdo mais sintético, versa sobre o que compreende a assistência educacional, sugere que as atividades educacionais poderão ser desenvolvidas através de convênios com entidades públicas ou privadas, estabelece a obrigatoriedade do 1º grau, bem como a dotação de bibliotecas nas unidades prisionais e o ensino adequado à condição da mulher condenada. Apesar disso, é importante ressaltar que outras normas brasileiras³⁵ vão estabelecer as diretrizes, objetivos e competências de cada área do governo no que se refere à oferta de educação no ambiente prisional.

Por fim, é importante considerar a questão do estudo como fator de remição da pena, de acordo com a Lei de Execução Penal da Argentina, o detento deve concluir todo o curso ou ciclo anual (primário, secundário, profissionalizante, superior) para obtenção do benefício. Por exemplo, se o detento cumprir e for aprovado em um ciclo anual, isso representa uma redução de 01 (um) mês do tempo restante da pena para a progressão a regime mais brando.

Em se tratando do Brasil, para obter remição, considera-se a carga horária de estudo que foi cumprida pelo apenado, isto é, cada 12 (doze) horas de estudo equivalem a 01 (um) dia de pena remido. Nesse caso, a remição não está condicionada ao término ou aprovação em algum nível ou modalidade de ensino. Verifica-se que, nesse aspecto, há maior flexibilidade na legislação brasileira, com a adoção de horas-aulas para a remição, o que permite o reconhecimento de cada progresso realizado pelo penitente.

34 2013, p 82.

35 Refere-se às normas citadas no subtítulo 3 deste trabalho.

Aqui, não se trata de restringir o direito unicamente a quem concluiu determinada etapa de ensino, mas sim, valorizar cada dia de estudos a que se submete o aluno-detento.

6. Considerações Finais

Ao exercermos a ação de comparar, ampliamos nossa compreensão acerca de determinado fenômeno e de suas variáveis. Mas não é somente essa a finalidade que a comparação vem proporcionar. Por meio dela percebem-se as diferenças e semelhanças, realizam-se explicações e impõem-se os limites de generalidade.

Para a realização deste trabalho, foi de grande relevância utilizar o método comparativo. Configurou-se como um exercício de análise de dois elementos e contextos, isto é, da legislação sobre oferta de educação na Argentina e no Brasil, e em seguida a percepção de suas similitudes e singularidades, avanços obtidos e desafios existentes.

Por meio desta pesquisa foi possível observar como o Brasil e a Argentina, a seu modo, estabeleceram suas diretrizes para o cumprimento da oferta de ensino no cárcere, bem como buscaram ampliar as políticas e ações voltadas à educação para pessoas privadas de liberdade.

Ao contrário do que vem ocorrendo na Argentina, percebeu-se um aumento significativo da população carcerária no Brasil nos últimos anos, com um alto número de pessoas sem educação formal. Isso implica em uma necessidade premente de articulação de políticas públicas de implementação e efetivação do ensino formal no interior das instituições prisionais brasileiras.

Nota-se, ainda, uma percepção de que o modelo de encarceramento em massa, adotado no Brasil, tem trazido uma sobrecarga à estrutura do sistema punitivo, levando a questionamentos sobre a sustentabilidade dessa política de expansão punitiva. O déficit de vagas no sistema é um dos sintomas mais pronunciados, mas não o único. Os Tribunais têm sofrido também com o crescimento de processos e com medidas de antecipação punitiva, como as prisões cautelares (provisórias e preventivas).

Diante desse quadro e da inércia dos poderes Legislativo e Executivo, destaca-se no Supremo Tribunal Federal (STF) a existência de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), de autoria do PSOL, que questiona um estado de coisas inconstitucional e violações

de direitos fundamentais, relacionados ao sistema carcerário brasileiro. O Supremo Tribunal Federal (STF)³⁶ concluiu, em medida liminar, que há “violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades”³⁷.

O tribunal determinou várias medidas, cujos escopos fogem à discussão desse trabalho, mas que deverão ter, a médio e longo prazo, significativo impacto sobre o sistema punitivo como um todo.

Ressalta-se que não foi objeto deste artigo analisar as experiências que vêm acontecendo no Brasil e na Argentina no que diz respeito à oferta de educação. É sabido que, muitas vezes, a teoria e a prática não permanecem lado a lado, isto é, apenas a existência de determinações legais não garante a concretização das ações. Dada a sua generalidade, é próprio da lei não conseguir prever todas as situações que podem surgir quando da sua aplicabilidade. Daí a importância que o Estado assuma um compromisso ético e político a fim de que cumpra com o que foi estabelecido em suas legislações.

Dessa maneira, no tema aqui estudado, acrescenta-se que é preciso uma grande mobilização de toda a sociedade, além da integração das entidades e esferas do governo a fim de garantir a oferta de uma educação de qualidade, que permita aos reclusos possibilidades reais de retorno à sociedade, proporcionando a emancipação pessoal e profissional.

Referências

ANISTIA INTERNACIONAL. *Anistia Internacional: o estado dos direitos humanos no mundo*. Trad. Galeno Faé de Almeida. Rio de Janeiro: Anistia Internacional Brasil. Relatório 2013.

ARGENTINA. Comité Contra la Tortura. *Informe anual sobre DDHH: El sistema de la Crueldad III*. Argentina: Comisión Provincial por la Memoria Prov. De Bs. As, La Plata, 2007. Disponível em: <www.comis-

36 Para ver a íntegra dessa decisão acesse: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+347%3A%29&base=baseInformativo>>. Acesso em 30 set. 2015.

37 BRASIL, 2015.

sionporlamemoria.org/comite/informes/anuales/informe_2007.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2014.

_____. *Ley n° 26.206 de 27 de diciembre de 2006*. Ley de Educación Nacional. Disponível em: <<http://www.edusalta.gov.ar/index.php/docman/normativa-educativa/leyes-nacionales/2791-ley-26-206-de-educacion-nacional/file>>. Acesso em: 6 jan. 2014.

_____. *Ley n° 24.660 de 08 de julio de 1996*. Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Disponível em: <<http://www.ppn.gov.ar/?q=node/243>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos. *Sistema nacional de estadísticas sobre ejecución de la pena*. Argentina, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.jus.gob.ar>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. *Lei n° 7.210 de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 8 jan. 2014.

_____. *Lei n° 9.394 de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 8 jan. 2014.

_____. *Lei n° 13.163 de 09 de setembro de 2015*. Modifica a Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para instituir o ensino médio nas penitenciárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13163.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

_____. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. *Resolução CEB n° 02 de 19 de maio de 2010*. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=5142rceb002-10&category_slug=maio-2010-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 8 jan. 2014.

_____. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. *Resolução CEB n° 04 de 30 de maio de 2016*. Dispõe sobre as diretrizes operacionais para a remição de pena pelo estudo para pessoas privadas de liberdade nos estabelecimentos penais do sistema prisional brasileiro. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=42991-rceb004-16-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 13 jul. 2017.

- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+347%3A%29&base=baseInformativo>>. Acesso em: 30 set. 2015.
- _____. Ministério da Justiça. *Relatórios estatísticos – sintéticos do sistema prisional brasileiro*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/populacao-carceraria-sintetico-junho-2013-2.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2014.
- _____. Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN*. Brasil, jun. 2014. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 3 set. 2015.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4ª ed. São Paulo: LTC, 1988.
- FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010*. Brasil. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>. Acesso em: 9 jan. 2014.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS. *Censo 2010*. Argentina. Disponível em: <www.idec.mecon.ar>. Acesso em: 3 jan. 2014.
- IRELAND, Timothy D. Anotações sobre a educação em prisões: direito, contradições e desafios. In: CRAIDY, Carmem Maria (Org.), *Educação em prisões: direito e desafio*. Porto Alegre: UFRGS, 2010, pp. 23-35.
- JULIÃO, Elionaldo F. A educação de jovens e adultos em situação de privação de liberdade: desafios e perspectivas para a consolidação de uma política nacional. In: *Educações em prisões na América Latina: direito, liberdade e cidadania*. Brasília: UNESCO, OEI, AECID, 2009, pp. 61-71.
- _____. Educação e trabalho como programas de “reinserção social”. In: LOURENÇO, A. S.; ONOFRE, E.M.C. (Orgs.), *O espaço da prisão e suas práticas educativas: enfoques e perspectivas contemporâneas*. São Carlos: EdUFSCar, 2011, pp. 191-222.

- PALLINI, Stella M. La experiencia argentina de educación en contextos de encierro. In: CRAIDY, Carmem Maria (Org.), *Educação em prisões: direito e desafio*. Porto Alegre: UFRGS, 2010, pp. 37-52.
- RANGEL, Hugo. Desafios e perspectivas da educação em prisões na América Latina. In: *Educações em prisões na América Latina: direito, liberdade e cidadania*. Brasília: UNESCO, OEI, AECID, 2009, pp. 165-177.
- SAUER, Adeum H.; JULIÃO, Elionaldo. A educação para jovens e adultos em situação de restrição e privação de liberdade no Brasil: questões, avanços e perspectivas. *Seminário Educação nas Prisões*. Brasília, DF: Conselho Nacional de Educação, 2012.
- SCARFÓ, F.; BREGLIA, F.; FREJTMAN, V. Sociedade civil e educação pública nos presídios: questões para reflexão. In: LOURENÇO, A. S.; ONOFRE, E.M.C. (Orgs.), *O espaço da prisão e suas práticas educativas: enfoques e perspectivas contemporâneas*. São Carlos: EdUFSCar, 2011, pp. 147-165.
- SCARFÓ, Francisco; LALLI, Florencia P.; MONTSERRAT, Ivana. Avances en la normativa del derecho a la educación en cárceles de la Argentina. *Educação & Realidade*, v. 38, pp. 71-92, jan/mar 2013. Disponível em: <http://www.ufgrs.br/edu_realidade>. Acesso em: 10 fev. 2014.
- SCARFÓ, Francisco; AUED, Victoria. El derecho a la educación en las cárceles: abordaje situacional. Aportes para la reflexión sobre la educación como derecho humano en contextos de la cárcel. *Revista Eletrônica de Educação*, v. 7, n° 1, pp. 88-98, mai. 2013. Disponível em: <<http://www.reveduc.ufscar.br>>. Acesso em: 10 fev. 2014.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

Recebido em 8 de outubro de 2015

Aprovado em 16 de maio de 2017

A Importância do Trabalho para a Consolidação da Dignidade do Homem: Apontamentos sob a Perspectiva dos Direitos Sociais

The Importance of Work for the Consolidation of Dignity of Man: Points under the Perspective of Social Rights

Janaína Machado Sturza*

*Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul,
Ijuí-RS, Brasil*

Aline Damian Marques**

*Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí-
-RS, Brasil*

1. Considerações Iniciais

O presente estudo se dedica a analisar o tema da importância do trabalho para a consolidação da dignidade do homem e sua emancipação. A consagração do direito social fundamental ao trabalho é pressuposto básico para se atingir tanto um quanto o outro. Dessa forma, este artigo objetiva promover algumas reflexões sobre a temática, buscando trazer contribuições que possam enriquecer a discussão. De fato, o trabalho possui um tratamento na ordem constitucional, sendo reconhecido como um direito social fundamental, assim como que os valores do trabalho possuem prevalência na conformação da ordem econômica e em relação aos demais valores da economia de mercado.

* Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: janaina.sturza@unijui.edu.br.

** Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Especialista em Direito Tributário. E-mail: alined.marques@terra.com.br.

A proteção ao trabalhador se dá mediante transformações históricas, sociais e econômicas, marcadas por crescimento urbano caótico e desigualdades sociais. Essa transformação ocorre pelo crescimento industrial associado ao excedente da força de trabalho, os excluídos dos frutos do desenvolvimento econômico, tendo como alternativa atualmente a precarização das relações de trabalho. Neste contexto há de se redefinir o Estado por meio de políticas públicas que têm como finalidade a efetivação de suas ações para proteção social. O Estado Democrático de Direito é definido por um novo modelo, destacando-se como regulador do processo econômico. Assim, a Constituição Federal de 1988 proclama que a ordem econômica tem como base o primado do trabalho com objetivos de justiça social e bem-estar.

Diante disso e de acordo com os preceitos constitucionais, cabe aos governos deste Estado a gestão de Políticas Públicas como forma de garantia dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, privilegiando a proteção de direitos individuais, a dignidade da pessoa humana, bem como a proteção ao trabalhador.

2. Trajetória Histórica dos Direitos Humanos e Sociais: os Direitos dos Trabalhadores

A trajetória histórica da construção dos direitos humanos passou por uma longa caminhada, tanto no Brasil quanto no mundo, que amealhou substancial êxito ao longo do tempo, tendo em vista que seus pressupostos e princípios têm, como finalidade, a observância e a proteção da dignidade da pessoa humana de maneira universal, ou seja, abrangendo todos os seres humanos. Neste aspecto, importante referir questões que fizeram parte da conquista histórica e do legado dos seres humanos e, da mesma forma, para que se possa ter uma plausível compreensão do tema. Portanto, necessário se faz debater acerca da tradição do Estado Moderno, assim como suas crises, eis que os direitos humanos surgiram, gradualmente, a partir das circunstâncias e das lutas contra os poderes dominantes e excludentes.

Cumpre registrar que os direitos humanos surgem significativamente, na história das civilizações, após episódios de violência às pessoas e aos seus familiares, que foram submetidos a todos os tipos de violências, sejam elas físicas, sociais, morais e espirituais, atualmente, considerados brutais. O progresso desses direitos emergiu, tão-só, após o ser humano se ver re-

legado aos piores tratamentos conhecidos. Em virtude desses registros de horrores, que premeram nações e produziram culpas, que a dignidade humana é, hoje, um dos mais relevantes princípios do direito, cuja aceitação, evidentemente, não ocorreu de súbito e foi, lentamente, incorporada pela civilização. A partir das guerras, mutilações em massa, massacres coletivos e pelas explorações aviltantes que surgiu a necessidade de novas regras que garantissem, minimamente, uma vida digna para todos¹.

Assim, muitos direitos, considerados essenciais a todas as pessoas, adquiriram vinculação jurídica e passaram a ser respeitados e, posteriormente, assegurados pelos Estados. Contudo, ante a evolução tecnológica e científica, associada à acentuação demográfica, a escassez de recursos naturais e os efeitos da globalização, aqueles direitos passaram a enfrentar maiores dificuldades de concretização, bem como, outros, novos, surgiram, de modo que os principais problemas, na atualidade, impõem resistência à materialização dos direitos.

Neste sentido, o Estado assume uma função fundamental, no sentido de interceder nos processos sociais, políticos e econômicos na busca da redução das disparidades e de uma melhor distribuição dos recursos, a partir da utilização de mecanismos institucionais para garantir o acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à habitação, dentre outros direitos sociais. Tais direitos, como pontuado, são anosos, pois surgiram ante o conflito de classes na relação capital versus trabalho, por obra dos movimentos reivindicatórios dos trabalhadores a partir da metade do século XIX, e foram chamados de direitos de crédito, pois pertenciam ao indivíduo em relação à coletividade e ao Estado².

Os direitos sociais compõem os direitos de segunda geração, e, no Brasil, como exemplo, tais direitos são representados pelos direitos ao trabalho e à liberdade de trabalho, ao salário mínimo, à jornada de quarenta e quatro horas semanais de trabalho, ao descanso semanal remunerado, às férias anuais remuneradas, acrescidas de um terço do valor do salário, direito à liberdade sindical, direito de greve. Também, estão inseridos, nessa geração, o direito à saúde, à educação, à seguridade social, à habitação, enfim, direitos de acesso aos meios de vida e de trabalho³.

1 COMPARATO, 2013.

2 CORRÊA, 2002.

3 BOSCHETTI, 2006.

Esses direitos são menos suscetíveis de aplicação imediata por se referirem, indiretamente, à relação capital versus trabalho, haja vista que existem interesses contrapostos, pois a busca pela igualdade e a liberdade esbarra na lógica da acumulação capitalista que, em nome da liberdade de mercado, trava a luta pela emancipação econômica dos hipossuficientes⁴.

Em relação à proteção dos trabalhadores, os direitos humanos figuram, na seara teórica, como instrumento de reconhecimento, positivação e concretização dos direitos sociais e específicos da classe, ainda que haja fundamentação doutrinária, como as teses jusnaturalistas e positivistas, que pregam que a compreensão dos direitos humanos como direitos naturais, ou direitos positivados⁵. Contudo, verificam-se, na prática, que são muitas as problemáticas vinculadas com esse pensamento universalista e particularista dos direitos humanos e o discurso histórico da OIT sobre os direitos humanos dos trabalhadores, justamente, pela distância entre a afirmação de direitos e sua efetivação plena.

As declarações de direitos norte-americanas, juntamente, com a Declaração Francesa, de 1789, “[...] representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família o clã, o estamento, as organizações religiosas”⁶. Deve-se reconhecer que houve uma preparação de “[...] mais de dois séculos antes, de um lado pela reforma protestante, a qual enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria de moral e religião; de outro lado, pela cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos do seu povo, como se viu, sobretudo na Itália Renascentista”⁷, mas que não foi suficiente para resolver as questões vinculadas ao tema.

Porém, salienta-se que, com a ascensão do indivíduo, como figura de direitos, houve, por consequência, a diminuição da proteção familiar, estamental ou religiosa, o que o tornou mais vulnerável, na medida em que a sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Acontece que, com o decorrer do tempo, essa garantia se revelou insuficiente para os trabalhadores – indivíduos –,

4 DELGADO; CARDOSO JR, 2000.

5 BOBBIO, 1992.

6 COMPARATO, 2013, p. 65.

7 COMPARATO, 2013, p. 65.

pois a Revolução Industrial, no final do século XVIII e início do século XIX, significou uma grande evolução tecnológica, e o indivíduo, ainda que protegido contra o arbítrio do Estado, “[...] viu-se completamente desguarnecido em face dos efeitos perversos do novo sistema econômico”⁸.

A partir dessas ponderações, a propriedade, a economia e o próprio Estado se desenvolveram, evoluíram e, com isso, surgiram, também, as questões negativas, ou as problemáticas advindas da nova ordem econômica. Considerava-se a existência de uma lei natural do mercado, parte da organização do estado civil, onde a bondade natural estaria presente nas relações econômicas, e estas, por sua vez, se desenvolveriam, angariando mais riqueza, que, naturalmente, se distribuiria entre os envolvidos, pois o progresso estaria representado na economia e na divisão do trabalho⁹.

Acontece que não ocorria a distribuição justa da riqueza, pois a cúmulo de capital se concentrava em um grupo pequeno de proprietários, ao passo que o proletariado dispndia de muito de seu tempo nas indústrias, mas pouco angariava dos recursos. A desigualdade social passou a ser latente ao ponto de o proletariado se insurgir, de início, com organizações, com a luta de classes. Ainda assim, restou evidente que o progresso econômico não significou o progresso político, e, diante do acúmulo de capital por grupos (sociedade civil), o capital passou a satisfazer, apenas, os interesses da classe dominante¹⁰.

3. Os Direitos Sociais e os Direitos dos Trabalhadores

Na Idade Moderna, o crescimento do mercado fez com que a mão-de-obra, antes artesanal, se organizasse por setores e cadeias de produção, com a contratação de empregados, tendo as cidades se desenvolvido, os trabalhadores se dividindo em rurais e urbanos, estes, dedicados a desenvolverem suas atividades, mormente, nas indústrias, movidas pelas máquinas a vapor, em plena Revolução Industrial, iniciada em XVIII, na Inglaterra. A manufatura – transformação da matéria-prima em produto final – resultou na divisão das funções e na expansão da produtividade, inaugurando o Industrialismo. Com a alteração das relações comerciais, houve mudan-

8 LEWANDOWSKI, 2003, p. 417.

9 SMITH, 2007.

10 COPETTI NETO; OLIVEIRA, 2013.

ças nas estruturas e nas relações sociais, políticas, culturais e econômicas, estabelecendo-se o início da Idade Contemporânea¹¹.

Na época, as deploráveis condições de vida dos trabalhadores desencadearam um surto de greves e insurgências, que se espalharam pela Europa, e que, inclusive, dentre as insurreições populares, em decorrência dos levantes operários, eclodiram revoluções na França e na Alemanha, no ano de 1848, a Comuna de Paris, de 1871 e a Revolução Russa, de 1917. Tais rebeliões insuflaram a criação do sindicalismo, em busca de reformas estruturais na sociedade, desencadeando ideias socialistas, de onde se destacaram Henri de Saint-Simon, Karl Marx e Friedrich Engels¹².

O marco histórico fundamental da evolução histórica dos direitos sociais foi a Revolução Industrial, que se estabilizou e deu azo à positivação dos direitos no princípio do século seguinte, com a Constituição Mexicana, de 1917. No entendimento de Pisarello¹³, “[...] é possível detectar uma rica pré-história, tanto de políticas institucionais dirigidas a resolver situações de pobreza e exclusão social como de lutas pela subsistência e segurança material”. Contudo, foi a partir da Revolução Industrial, pelo marco evolutivo das relações de trabalho – humanas e sociais –, que os direitos sociais e trabalhistas afloraram.

A luta de classes adquiriu força com as propostas de Karl Marx, que apregoeou uma reestruturação política, econômica e social, indicando o socialismo em detrimento do capitalismo como o regime econômico do governo, visando a distribuição da riqueza e a igualdade entre as classes. A teoria marxista inovou ao aflorar a questão social humana, a necessidade das pessoas de se insurgirem contra um sistema expiatório, que privilegiava o interesse de poucos, fazendo com que a economia se aproximasse, novamente, da política, e que ambas culminassem para favorecer o social¹⁴.

Em decorrência dessa pressão das massas, o Estado abdicou da posição passiva ante os conflitos, adotada pelo seguimento das influências liberais, obrigando-se a atuar na busca de soluções para as dificuldades sociais, com uma postura positiva, motivo pelo qual conferiu ao indivíduo, enquanto membro da coletividade, os direitos econômicos, sociais e culturais – logo,

11 SCHUMPETER, 1961.

12 NUNES, 2003.

13 PISARELLO, 2007, p. 25.

14 SCHUMPETER; GARCÍA, 1983.

os de segunda geração. Isso significa que, na época, patrões e operários foram considerados, pela lei, como contratantes iguais em direitos, com liberdade para estipular salário e condições de trabalho. Entretanto, fora da relação de trabalho assalariado, a lei assegurava, imparcialmente, a todos, indistintamente, a possibilidade jurídica de buscar a sua subsistência e enfrentar as adversidades do cotidiano, mediante um comportamento disciplinado e mantendo o hábito da economia baseado na popança¹⁵.

Ante a ineficácia na efetivação dos direitos, eles se limitavam à seara da positivação, apenas, o que fez com que surgisse a “[...] civilização das desigualdades [...]”¹⁶, como aquela que surge pela disparidade social, pois “[...] sempre que há muita propriedade, há grande desigualdade. Por cada homem rico haverá, pelo menos, quinhentos homens pobres, e a propriedade de uns poucos pressupõe a indigência de muitos”. Por isso, ele afirma que a desigualdade econômica é uma característica intrínseca das sociedades burguesas, em evidente contrassenso à declaração de que todos os homens (mesmo os trabalhadores) são livres e iguais perante a lei.

Por isso, o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade obteve do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX, sendo que quem, realmente, absorveu esta triste realidade foram os grupos sociais esmagados pela miséria, doença, fome e marginalização. Tais problemáticas são frutos do sistema capitalista de produção, cuja lógica é valorizar mais o capital do que as pessoas¹⁷.

Não obstante isso, já no início do Século XX, houve a quebra da Bolsa de Valores de New York, em 1929, que pôs em xeque o sistema capitalista desenvolvido no decorrer do Século XIX. A crise favoreceu a presença da esfera pública na seara econômica, e a necessidade de intervenção para a sua superação, sendo que, no decorrer da década de 1930, os Estados Unidos promoveram reformas no sistema monetário, na circulação financeira, criaram convênios coletivos salariais e organizaram a escala produtiva e trabalhista, com os modelos de Ford e Taylor. O Keynesianismo passou a atuar quando a intervenção do Estado atingiu os meios regulatórios, buscando o bem-estar e uma democracia social, com a adoção de o plano econômico

15 COMPARATO, 2013.

16 SMITH, 2007, p. 316.

17 COMPARATO, 2013.

New Deal, por Franklin Delano Roosevelt, controlando a produção e os preços, buscando o equilíbrio da inflação e a diminuição do desemprego¹⁸.

Mesmo reconhecendo que o avanço dos direitos sociais se fundamenta nas forças populares organizadas, salienta-se que o processo de mudança social, a luta pela planificação da cidadania aconteceu de forma dialética, nos moldes de uma ambivalência conflitiva. No entanto, a luta emancipatória da classe proletária e dos trabalhadores em geral teve, como contraponto, a reorganização das forças do capital, recorrendo a um estado intervencionista que se posicionasse a seu favor, dentro da nova concepção keynesiana, para a manutenção do *status quo*¹⁹.

Ainda, a nova postura estatal implicava em um compromisso ideológico fundamental com os detentores dos meios de produção, contrabalancando por diversas concessões sociais e trabalhistas, importantes – sem dúvida –, mas, tendencialmente, periféricas e não comprometedoras da manutenção do sistema capitalista. De forma específica, o Estado interviém nas relações sociais não para mudá-las, essencialmente, mas para domesticar o conflito de classes que abriga, mantendo-o, dentro do possível, latente e controlado. A partir disso, a cidadania socialdemocrata passou a consistir num jogo estável de compromissos na relação capital-trabalho, caracterizando uma alternância de conquistas e de retrocessos na efetiva implantação-consolidação dos direitos de cidadania²⁰.

O Estado social moderno, por meio do Pacto Constitucional, seleciona as decisões políticas mais apropriadas para conciliar os interesses antagônicos, transformando os conflitos e lutas sociais em jogo institucionalizado. Contudo, tal estratégia não é suficiente para resolver as contradições do capitalismo moderno e sua dificuldade de legitimação, pois o

[...] Estado burguês não podia confiar somente na força integrativa da consciência nacional e tinha de refrear os conflitos inerentes ao sistema econômico, para inseri-los ao contrário, no sistema político, enquanto luta institucionalizada pela distribuição. Onde isso teve sucesso Estado moderno assumiu uma das formas desenvolvidas da democracia de massa no Estado social²¹.

18 OHLWEILER, 1988.

19 CORRÊA, 2002.

20 CORRÊA, 2002.

21 Habermas, 1983, pp. 233-234.

Especificamente, com relação aos direitos humanos de proteção ao trabalhador, assevera-se²² que são anticapitalistas e só prosperaram a partir do momento em que os donos do capital foram obrigados a aliar-se aos trabalhadores. Mesmo assim, a transformação radical das condições de produção, no final do século, XX foi dispensando a contribuição da força de trabalho e dando espaço ao lucro especulativo, enfraquecendo o respeito aos direitos dos trabalhadores no mundo.

Ao analisar-se a proteção ao trabalhador de forma exógena ao conceito de direitos humanos observa-se, pois, que ela não poderia ser formulada em termos de direitos humanos, porque “[...] nenhum dos chamados direitos humanos ultrapassa, portanto, o egoísmo do homem, como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular”²³. Ou seja, tal pensador relacionava os direitos humanos à sociedade liberal individualista, sem a possibilidade de associá-los à dimensão social, que foi reafirmada historicamente.

Os direitos sociais dispensariam ser tratados como direitos humanos, a não ser para uma argumentação retórica, pois os direitos sociais seriam vistos como direitos humanos e, portanto, se tratariam de um direito subjetivo de indivíduos, contrastando com a própria essência dos direitos sociais, que são direitos que nascem coletivos. Por conta disso, afirma que

[...] a linguagem dos direitos humanos foi e é inadequada (exceto do ponto de vista retórico e para fins de agitação) à luta pela realização das mudanças sociais e econômicas as quais os movimentos operários foram dedicados: quer sejam reformas da sociedade existente ou mudanças graduais, quer sejam transformações revolucionárias da ordem social e econômica²⁴.

Cumprе salientar que os direitos humanos do trabalhador se fundam no conceito de dignidade humana. Trata-se, portanto, do “[...] valor-referência do pensamento jurídico-político moderno que informa os valores sociais do trabalho nos seus aspectos jurídicos, políticos e econômicos”²⁵. Ele pontua que, na Idade Média, o trabalhador era um camponês no in-

22 COMPARATO, 2013.

23 MARX, 2013, p. 37.

24 HOBSBAWN, 2000, pp. 434.

25 FLORES, 1989, p. 28.

terior de um sistema de servidão feudal, funcionando como um objeto, contanto, apenas com o grau de liberdade superior ao dos escravos. Já na Idade Moderna, com a Revolução Industrial, houve o acelerado desenvolvimento e o aparecimento da regulamentação jurídica do trabalho, onde se associaram os direitos humanos do trabalhador às conquistas históricas de liberdade e igualdade.

Na Idade Moderna, internacionalmente, a Organização Internacional do Trabalho previa, em 1919, a tutela internacional dos direitos do trabalhador, e, mais tarde, em 1948, a Organização Nações Unidas declarou, de modo universal, no artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que “[...] todo homem tem direito ao trabalho, à livre eleição de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”²⁶.

A partir dessas considerações, extrai-se que o fundamento dos direitos sociais, simplificada e, é a especificação do valor da igualdade, enquanto os direitos individuais aprofundam o valor das liberdades. Desde seu surgimento, nos séculos XVII e XVIII, além dos processos de positividade, generalização e internacionalização, existe uma gradual especificação dos direitos humanos, o que importa em um passo significativo na determinação dos sujeitos titulares de direito, ao passo que a liberdade adquiriu amplitude, incorrendo nas searas da consciência, da opinião, e da associação, numa progressão ininterrupta e contínua²⁷.

Assim, a evolução do conceito de liberdade pode ser verificada em três momentos, sendo o da liberdade negativa, onde a esfera pessoal era protegida das ingerências exteriores, caracterizando o modelo individualista de liberdade; quando a liberdade se promulga na probabilidade de serem elaboradas, diretamente, as normas que irão limitar tal liberdade, momento em que positivados historicamente, como nas revoluções americana e francesa, onde ela se expressa como liberdade positiva, em que o homem busca traduzir, concretamente, os direitos assegurados constitucionalmente²⁸. Por fim, na última fase da liberdade²⁹, associada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os direitos humanos são considerados

26 RUSSONAMO, 2001.

27 CASSESE, 1993.

28 FIORAVANTE, 2000.

29 BOBBIO, 1992.

como positivados e universais, que contemplam valores justificados pelo consenso e viabilizam o exercício dos direitos indispensáveis para o desenvolvimento da personalidade humana, caracterizando a fase da liberdade positiva, no plano internacional.

Como legado dos movimentos trabalhistas no cenário mundial, evoluiu o discurso dos direitos humanos no Direito Internacional e surgiu o Direito Internacional do Trabalho, o qual é representado pela Organização Internacional do Trabalho, a instituição mais importante e central, mas que, todavia, não vinculou, expressamente, a proteção dos trabalhadores aos direitos humanos, o que somente foi feita mediante a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Alguns direitos dos trabalhadores contidos, na Constituição da OIT, de 1919, foram, posteriormente, formulados como direitos humanos e, assim, criou-se o Direito Internacional do Trabalho, definido como “[...] a parte do direito internacional que regula as relações mútuas dos Estados no que diz respeito a seus trabalhadores”³⁰.

Logo, o conjunto de normas e princípios próprios do Direito do Trabalho emanou dessas fontes internacionais, tendo o Direito Internacional do Trabalho como regulador das normas internacionais de proteção ao trabalhador, que considerou, sempre, de modo direto ou indireto, implícito ou explícito, a questão dos direitos humanos ou fundamentais. A positivação dos direitos sociais supõe o compromisso dos poderes públicos com a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos. No mundo moderno, o reino da necessidade do trabalho, que era restrito à esfera privada, no mundo clássico, passa a ser preocupação da esfera pública, constituindo a esfera do social³¹.

Dando ênfase na relação entre conteúdos de necessidades e direitos humanos³², concebe-se estes como normas que identificam as necessidades humanas, sublinhando o seu caráter intersubjetivo. Assim, considerar que ser humano se sobrepõe às ausências de bens que estão, ou não, declarados, é prioritário para que se compreendam os direitos humanos. Quanto ao direito ao trabalho, como direito do indivíduo, do ser humano, não pode ser, simplesmente, proclamado ou protegido, mas sua realização depende de certo desenvolvimento da sociedade³³.

30 MAHAIM, 1996, p. 312.

31 ARENDT, 1995.

32 GALTUNG, 1994, p. 91.

33 BOBBIO, 1992.

Dessa forma, a temática dos direitos sociais provocou uma reflexão sobre as necessidades humanas, como fundamento nos direitos humanos, pois aqueles viabilizam a satisfação de necessidades do sujeito de direito, compreendido como um ser de carências, que conduziram à tematização dos expedientes imperativos ao regozijo dessas adversidades da condição humana, a qual se verifica pela vinculação dos direitos humanos e a problemática do desenvolvimento econômico.

A opção de vincular necessidades humanas ao tema dos direitos humanos, a partir de estudos, apontamentos e reflexões traz à luz estruturas sociais deficientes. Os indicadores de desenvolvimento humano que a ONU leva em consideração, na sua avaliação, são vida longa e saudável, acesso ao conhecimento e padrão de vida decente, mas os resultados apontaram problemas claros a partir das necessidades constatadas e direcionam medidas, que já estão concretas no campo econômico ou político, para tornar efetivos certos direitos humanos, já declarados³⁴.

Se, de um lado os direitos humanos pressupõem a satisfação de necessidades e explicitam o aspecto da dignidade econômica do ser humano, por outro, tornam-se, num certo sentido, dependentes da economia. A vinculação entre necessidades básicas e direitos humanos evidencia contornos econômicos na proteção destes à medida que exigem certo grau de desenvolvimento de todos os povos, para ser assegurado um mínimo vital necessário à manutenção da dignidade humana. Então, reconhecer a múltipla necessidade dos trabalhadores é considerar que há um mínimo vital a ser garantido para a dignidade, o que é indispensável, havendo a necessidade de se delimitar essa noção de existencialidade e essencialidade para se possuir um ponto de partida para a efetivação dos direitos³⁵.

É possível afirmar-se que trabalho é uma necessidade básica, porque, mediante sua existência e realização, outras dimensões da vida humana serão concretizadas. Por intermédio do trabalho, são satisfeitas e criadas necessidades em um processo constante e dialético, o que permite que os valores sociais tencionem a generalização de determinados grupos de necessidades, que são mediados pelo trabalho.

Para tanto, a formulação do conceito de necessidades básicas, no plano internacional, deriva da conferência mundial da OIT sobre Emprego,

34 ROIG, 1994.

35 FLORES, 1989.

Distribuição de Renda e Progresso Social, realizada em Genebra, em 1976. A partir desse contexto emergiu a compreensão de que as políticas de desenvolvimento econômico e social devem ser redirecionadas para o atendimento das necessidades básicas das populações, o que inclui um mínimo de sobrevivência digna para a família e para a comunidade do trabalhador. A OIT foi a primeira organização internacional a conectar os direitos humanos dos trabalhadores na vertente das necessidades grifando o aspecto econômico da dignidade do trabalhador³⁶.

É preciso referir que os direitos sociais também comportam posições negativas, ou seja, em alguns casos serão direitos de defesa, pelo fato de que nasceram na tentativa do equilíbrio das históricas desigualdades, principalmente, econômicas, que até hoje vigoram entre as classes operária e empregadora³⁷. Vale mencionar, também, que os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isso, sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios³⁸.

Sobre a efetividade dos direitos sociais, “[...] a garantia de sua vigência depende da existência de uma eficiente máquina administrativa do poder executivo”³⁹. Daí a problemática dos direitos sociais que não postula a imanência estadual, pelo contrário, exige uma intervenção pública, estritamente, necessária à realização desses direitos, o que, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1934 sob a inspiração da Revolução de 1930, é que foi garantida uma nova ordem econômica e social baseado nos princípios da justiça e das necessidades da vida nacional⁴⁰.

A perspectiva de democracia no Brasil adquiriu ímpeto após o fim da ditadura militar, em 1985, com a ordem de cidadania, especificamente, em 1988, com a Constituição Federal de 1988, considerada como uma Constituição Cidadã. No entanto, o exercício de certos direitos, como a liberdade de pensamento e voto, não afixam, automaticamente, a fruição de outros, como a segurança e o emprego; tampouco, garantem governos

36 TRINDADE, 1993.

37 SARLET, 2008.

38 FARIA, 1995.

39 CARVALHO, 2001, p. 10.

40 CANOTILHO, 1991.

vigilantes aos problemas básicos da população. A partir dessas ponderações, verifica-se que a liberdade e a participação não conduzem, automaticamente, à resolução de problemas sociais⁴¹.

O surgimento e a evolução dos direitos humanos sempre estiveram relacionados ao limite da intervenção na esfera individual, assim como, após os movimentos socialistas e o garantismo constitucional social, à satisfação das demandas coletivas, como agente encarregado de realizar o valor da solidariedade social, mormente, nas relações de trabalho. Logo, a dignidade da pessoa humana é um direito fundamental inerente a todos, inclusive, para a classe dos trabalhadores, devendo-os ser respeitados e exigidos, a fim de que a humanidade atual e futura tenha as mínimas condições de sobreviver em paz, inclusive, com a valorização social do trabalho.

Desse modo, tendo em vista o caráter histórico, cultural e social, que sempre acompanhou as questões relacionadas ao trabalho, e considerando todos os avanços, torna-se imperioso considerar a possibilidade de o mercado se reinventar frente às mudanças, adaptando-se às novas realidades, sendo que as questões que envolvem o mundo do trabalho devem ser entendidas a partir de uma noção ampliada de justiça social, a serem efetivadas por atitudes de reconhecimento.

Como visto, as demandas trabalhistas adquiriram espaço a partir das lutas sociais por afirmação dos direitos humanos que, inicialmente, se deu com a positivação e, após, com paulatinas concretizações. Logo, para a efetivação de uma política de qualificação que alcance a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa humana, faz-se necessário a efetivação de políticas públicas que sejam eficientes e que atendam aos princípios de prevalência ao Estado Democrático de Direito.

4. Considerações Finais

As análises mostram que, ao longo da história, o trabalho é elemento fundante do ser social; o homem se transforma à medida que produz com o ato desempenhado pelo trabalho. Nele o trabalho digno, aquele que valoriza o homem, dá ao ser humano condições de sujeito no processo de transformação social. Pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 deu um grande passo ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como

41 CARVALHO, 2001.

princípio constitucional. Os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, são direitos que asseguram a exigência de prestações positivas a serem realizadas pelo Estado. Além disso, todos os entes estatais encontram-se vinculados aos direitos sociais também em um sentido negativo: devem se abster da prática de condutas que possam violar esses direitos.

Portanto, o desenvolvimento deve ser atingido, compatibilizado com o trabalho humano e a livre iniciativa. A ordem econômica terá de estar pautada na valorização do trabalho humano com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Para a valorização humana, a formação precisa ir além do conhecimento técnico, deve proporcionar o acesso e a formação integral. Deste modo, a formação do pleno emprego e renda, associadas às políticas de qualificação dos trabalhadores, assim como políticas públicas capazes de assegurar o trabalhador no mínimo seria o ideal para uma sociedade que se pretende atingir o Estado de Bem-estar social.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição Humana*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOSCHETTI, Ivanete. *Seguridade social e trabalho: paradoxos na construção das políticas de previdência e assistência social no Brasil*. São Paulo: Letras Livres, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- CASSESE, Antonio. *Los Derechos Humanos em el Mundo Contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1993.
- CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 3.ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COPETTI NETO, Alfredo; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Entre

direito, economia e política: as contribuições da ciência do estado alemã (staatswissenschaft) para o surgimento no século XIX de uma nova ciência do direito. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 1, pp. 36-50, 2013. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4482>>. Acesso em 10 abr. 2014.

- DELGADO, Guilherme C.; CARDOSO JR, José C. *Universalização de Direitos Sociais no Brasil: a experiência da previdência rural nos anos 90*. Rio de Janeiro: IPEA, 2000.
- FARIA, José Eduardo. *Os novos Desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- FIORAVANTE, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la historia de las constituciones*. Madrid: Trotta, 2000.
- FLORES, Joaquín Herrera. *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos, 1989.
- GALTUNG, Johan. *Direitos Humanos: Uma nova perspectiva*. Lisboa: Piaget, 1994.
- HABERMAS, Jurgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- HOBSBAWN, Eric. *Mundos do Trabalho: novos estudos sobre a história operária*. 3ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *A formação da doutrina dos direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 98, pp. 411-422, 2003.
- MAHAIM, Ernest. El derecho internacional del trabajo. *Revista internacional del Trabajo*, v. 115, n.3-4, pp.3 12-316, 1996.
- MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Bomtempo, 2013.
- NUNES, António José Avelãs. Neoliberalismo e direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 98, p. 423-462, 2003.
- OHLWEILER, Otto Alcides. *A crise da economia mundial*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1988.
- PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.
- ROIG, Maria José Añón. *Necesidades y derechos: un ensaio de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- RUSSONAMO, Mozardt Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2001.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SMITH, Adam. *Riqueza das nações*. Tradução: Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2007.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- _____; GARCÍA, José Díaz. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1983. Disponível em: <ftp://ftp.unilins.edu.br/leonides/Aulas/Form%20Socio%20Historica%20do%20Br%202/schumpeter-capitalismo,%20socialismo%20e%20democracia.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2014.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

Recebido em 30 de maio de 2015

Aprovado em 24 de janeiro de 2017

Poder Local, Participação Popular e Clientelismo*

Local Power, Popular Participation and Clientelism

Janaína Rigo Santin*

Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo-RS, Brasil

Universidade Caxias do Sul, Caxias do Sul-RS, Brasil

Mariane Favretto**

Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo-RS, Brasil

1. Considerações Iniciais

As mudanças constantes no mundo, que resultam na alta complexidade das relações sociais, passaram a exigir uma gestão pública mais atualizada e eficiente, capaz de atender às novas demandas de uma sociedade complexa e plural. Entretanto, observa-se que o paradigma centralizador e burocrático que imperou no século passado ainda está muito presente na gestão pública brasileira, apesar das inúmeras inovações legislativas propostas justamente para superar este modelo.

A tecnologia da informação, cada vez mais, atua promovendo mudanças sociais e econômicas de forma acelerada. Ante essas mudanças, surgem grandes desafios aos governos atuais, que precisam estar atentos tanto à

* Possui Pós-Doutorado em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa, Portugal, com bolsa CAPES, pelo período de 8 meses (2011). Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2004). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Advogada e Professora Titular I da Universidade de Passo Fundo, nas disciplinas de direito municipal, direito urbanístico e direito das obrigações. Professora da Universidade de Caxias do Sul, das disciplinas de direito administrativo e direito constitucional. Faz parte do corpo docente permanente do Mestrado em Direito e do Mestrado e Doutorado em História da Universidade de Passo Fundo. É professora da Graduação e Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. É professora convidada do Mestrado em Ciências Jurídicas-Econômicas e Desenvolvimento e do Mestrado em Governança e Gestão Pública da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola-África. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo e Municipal, atuando principalmente nos seguintes temas: municipalismo, estatuto da cidade, poder local, gestão democrática municipal, função social da propriedade urbana e dignidade da pessoa humana. E-mail: janainars@upf.br.

** Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF (Passo Fundo-RS, Brasil). Bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Área: direito constitucional e direito administrativo. E-mail: 138875@upf.br.

situação econômica mundial quanto aos problemas mais elementares da população local. Nesse contexto, por estar mais próximo dos cidadãos, o espaço local no qual o Município está inserido tende a promover de forma mais eficiente a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente por facilitar a utilização de métodos de democratização das decisões públicas.

O Município, historicamente visto como um foco de práticas clientelistas e de pouco ou quase nenhum protagonismo político, após a Constituição de 1988 passou a um novo patamar. Ao ser elevado a ente federativo, órgão de poder dentro do pacto federativo brasileiro, pode ser percebido como um campo promissor para a efetivação de políticas públicas capazes de garantir o atendimento dos direitos fundamentais de seus cidadãos. Ao elevar o Município a ente federativo e descentralizar grande parte dos serviços públicos, ampliaram-se as competências e a autonomia municipal. Dessa forma, muitos assuntos políticos que, anteriormente, precisavam ser levados até o ente central, passam ser resolvidos no próprio Município, por seus gestores. Pode-se exemplificar com a gestão da saúde, do transporte público, do saneamento básico e do ensino fundamental, que após a Constituição Federal de 1988 foram municipalizados.

Percebe-se claramente o crescimento do protagonismo do Poder Local e de sua relevância da vida das comunidades, principalmente pelo motivo de que a realização das necessidades que levam ao desenvolvimento social exige articulações a partir da “lógica local”¹. Quando se fala em Poder Local, é preciso ressaltar que não se está apenas limitando ao espaço municipal, já que a categoria poder local liga-se à categoria região, a qual se forma a partir da união de interesses e identidades em comum, independente das fronteiras geográficas².

A lógica de delegar espaços decisórios para o âmbito local ou mesmo Municipal facilita a participação da população diretamente interessada nas decisões do poder público, tornando-se uma potencial ferramenta para o aprimoramento democrático. Nesse sentido, sobre a participação popular, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto que “no âmbito do município será bem mais fácil introduzir-se a prática e desenvolver-se a consciência de sua importância. Os próprios assuntos municipais se prestam a essa

1 DOWBOR, 2008, p. 39

2 Para maior aprofundamento sobre a ligação entre região e poder local ver: SANTIN; ABAL, 2015.

iniciação, pela proximidade dos interessados”³. Desse modo, promove-se a integração direta dos grupos formadores da sociedade civil nas decisões que lhes digam respeito, o que pode aumentar, inclusive, o grau de legitimidade do modelo político representativo, em crise em grande parte do mundo ocidental. Novas formas de gestão pública precisam ser concebidas para aumentar a legitimação do poder e todas elas passam pela existência de institutos de participação direta, aliados à representação tradicional.

Nesse sentido, vistas as potencialidades que o Poder Local tende a apresentar no âmbito político e sociológico brasileiro, pretende-se primeiramente tecer algumas considerações sobre o modelo federativo adotado no Brasil em 1988 e a inserção do Município como ente federado. Em seguida, será feita uma abordagem sobre o papel do Poder Local, na medida em que se configura em um meio democrático e flexível para a tomada de decisões que envolvem os interesses públicos. Entretanto, é preciso ressaltar que o clientelismo é um fator presente na sociedade atual⁴, o que pode representar um desafio para as práticas democráticas inclusivas. Assim, o artigo finaliza abordando a questão do clientelismo no Brasil e a participação social mediante iniciativas da comunidade local como meio para amenizar os efeitos negativos da política de clientela.

2. Município e Federação na Constituição de 1988

Alçar o Município à categoria de ente federativo significou conferir-lhe autonomia federativa⁵, o que representou um bônus para o aprofundamento

3 MOREIRA NETO, 1992, p. 197.

4 Segundo dados retirados do site do Tribunal Superior Eleitoral Brasileiro, em “pesquisa encomendada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre as Eleições 2014 mostra que a compra e venda de votos ainda é uma realidade no Brasil, uma vez que pelo menos 28% dos entrevistados revelou ter conhecimento ou testemunhado essa prática ilegal. A pesquisa foi realizada pela empresa Checon Pesquisa/Borghi e ouviu quase dois mil eleitores de 18 a 60 anos em sete capitais, incluindo o Distrito Federal, de todas as regiões brasileiras e das classes sociais A, B, C e D. [...] Uma das conclusões da pesquisa aponta que “a percepção do eleitor no sentido de que a compra de votos é um crime ainda é pequena”. Dessa forma, “muitos enxergam com naturalidade oferecer o voto em troca de benefícios”. O estado que registrou o maior número de pessoas que declaram ter conhecimento de compra de voto foi Roraima, onde 71% dos entrevistados responderam afirmativamente a essa questão. Por outro lado, o Rio Grande do Sul registrou o menor índice, com 18% de respostas positivas.” (BRASIL, 2017)

5 “A autonomia federativa assenta-se em dois elementos básicos: (a) na existência de órgãos governamentais próprios, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto à forma de seleção de investidura; (b) na posse de competências exclusivas, um mínimo, ao menos, que não seja ridiculamente reduzido. Esses pressupostos da autonomia federativa estão configurados na Constituição (arts. 18 a 42)”. SILVA, 2014, p. 102 (grifo do autor).

democrático e para a efetivação de políticas públicas mais coerentes com as necessidades locais. De outro viés, significou também a transferência de inúmeras competências por meio da descentralização, o que aumentou o grau de responsabilidades assumidas. O que há de ser observado é que o novo tratamento conferido ao Município pela Constituição Federal de 1988 refletiu em uma concepção mais otimista de Poder Local, com efeitos jurídicos e políticos a serem observados.

A forma federativa de Estado foi adotada no Brasil em 1889, juntamente com a primeira República. A Constituição de 1891 e as posteriores mantiveram a federação, apesar de a Constituição de 1967 e a emenda 1/69 preverem um federalismo apenas nominal⁶. Entretanto, foi a Constituição de 1988 que passou a considerar o Município como integrante da federação, sendo esta uma peculiaridade brasileira.⁷ Esta elevação do Município significou maior autonomia e liberdade para que pudesse cuidar dos assuntos locais, sem, necessariamente, ter de recorrer à esfera federal sempre que quisesse ver as suas necessidades atendidas.

No modelo federativo, os Estados Membros, os Municípios e o Distrito Federal possuem autonomia, uma prerrogativa constituída e limitada constitucionalmente, ficando a soberania reservada à União. A autonomia pode ser entendida como capacidade de “imprimir direção própria aos negócios que lhes são próprios”. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “daí porque a Constituição assegura a autonomia do Município pela composição de seu governo e pela administração própria no que concerne ao seu interesse local”⁸. Nos ensinamentos de Alexandre de Moraes, a autonomia municipal ocorre da mesma forma que nos estados-membros, “pela tríplice capacidade de *auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração*”⁹. Nesse sentido, a Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 29, conferiu ao Município autonomia administrativa, legislativa, política e financeira, incluindo o poder de auto-organização mediante a edição de uma lei orgânica própria, também chamada de Carta constitucional municipal, com competência para organizar e constituir seus poderes

6 SILVA, 2014, p. 101.

7 Arts. 1º e 18 da Constituição Federal de 1988. Para maior aprofundamento sobre município no federalismo brasileiro ver: (SANTIN; FLORES, 2006); (TOAZZA; SANTIN, 2014).

8 MEIRELLES, 2014, p. 91.

9 MORAES, 2014, p. 296, grifo do autor. As características da autonomia municipal percebem-se pela leitura dos arts. 1º, 18, 29, 30 e 34, VII, 'c' da Constituição Federal de 1988.

executivos e legislativos próprios, assim como executar os serviços públicos municipais de sua competência.

No que tange à autonomia legislativa, os Municípios tornaram-se responsáveis por sua própria organização e passaram a possuir a prerrogativa de editar sua própria lei orgânica. Salienta-se que quase a totalidade dos Municípios brasileiros, antes de 1988, eram regidos, em sua organização e funcionamento, pela lei orgânica dos Estados. Evidencia Hely Lopes Meirelles¹⁰ que “as *Cartas Próprias*, que anteriormente eram simples regulamento das disposições constitucionais e das normas estaduais, agora são autônomas, criando direitos e concedendo poderes, dentro das prerrogativas que lhe foram outorgadas pela Carta de 1988”. Assim, uma explícita gama de competências a serem manejadas pelos legisladores locais encontra-se elencada no artigo 30 da Constituição Federal, possibilitando que os entes municipais editem leis e políticas públicas de acordo com os interesses e necessidades da comunidade local¹¹.

A autonomia financeira é assegurada ao Município no art. 30, III, CF. O poder de instituir, arrecadar e aplicar recursos próprios é fundamental para o bom funcionamento do governo local. Afinal, de nada adianta ser autônomo sem recursos próprios! Entretanto, a arrecadação incipiente de recursos em alguns municípios brasileiros, de caráter eminentemente agrícola e com pouca atividade econômica própria, é um entrave para o bom desenvolvimento das políticas públicas municipais. Assim, como a descentralização de competências exige-se cada vez mais a descentralização dos recursos financeiros, a fim de que o repasse financeiro seja coerente com o aumento das despesas e responsabilidades pelo Município.

Por sua vez, a autonomia política é o poder de compor e eleger seu governo próprio, tanto executivo quanto legislativo. Já a autonomia administrativa refere-se à “gestão dos negócios locais pelos representantes do povo no Município, sem interferência dos poderes da União ou do Estado-membro”¹². Desse modo, respeitado o princípio da independência e autonomia dos poderes, não há que se falar em predominância da União ou dos Estados-membros sobre os municípios, nem de subordinação destes em relação a aqueles. A divisão de competências discriminada constitu-

10 MEIRELLES, 2014, p. 88.

11 SANTIN; BITENCOURT, 2015.

12 MEIRELLES, 2014, p. 111.

cionalmente deve ser observada, de modo que aos Municípios cabe tratar daqueles assuntos de interesse local.

Entretanto, é preciso delimitar o alcance da expressão interesse local, que é, em suma, um dos fatores de mediação das competências municipais. Nesse cálculo o que prevalece, na maioria da doutrina brasileira, é o interesse preponderantemente local, e não a existência de um interesse local exclusivo, o que na prática seria muito difícil ocorrer. Assim, não há que se pensar em medidas que versem exclusivamente sobre o interesse dos municípios, mas sim em questões que melhor se adaptem aos cuidados do Poder Local. Como leciona Hely Lopes Meirelles¹³, “tudo quanto repercutir direta ou imediatamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também indireta e mediatamente ao Estado-membro e à União”.

Apesar da expressão “interesse local” figurar um tanto complexa quando confrontada ao mundo dos fatos, adianta-se que, cada vez mais, um número maior de demandas é direcionado à gestão pública municipal. Desde os anos 1970 e o início do que se intitulou globalização econômica neoliberal, é crescente a responsabilização no Município para lidar com as demandas da população que exigem respostas ágeis eficazes. Parece um contraponto que a existência do mundo globalizado e a exaltação de um espaço global façam emergir a necessidade de um poder local protagonista na solução das necessidades sociais¹⁴. Nesse sentido, esclarecedora é a colocação de Ladislau Dowbor¹⁵:

Estamos sem dúvida na era da globalização. Mas nem tudo é global: a qualidade das nossas escolas, das nossas ruas, a riqueza cultural da nossa cidade, o médico da família, as boas infraestruturas de esporte e lazer, o urbanismo equilibrado, tudo isso depende iminente mente de iniciativas locais.

A gestão pública direcionada para a qualidade de vida da comunidade local é essencial, principalmente quando considerado o avanço do Mundo além-fronteiras. As necessidades mais elementares da sociedade não devem ser colocadas em segundo plano, ante o desenvolvimento econômico

13 MEIRELLES, 2014, p. 112.

14 Para maior aprofundamento sobre a dialética entre local e global ver: (SANTIN, 2000); (SANTIN, 2017).

15 DOWBOR, 2008, p. 19.

e tecnológico. Não obstante os grandes avanços trazidos pela globalização, esta também pode tornar-se agravante da miserabilidade e prejudicial à qualidade de vida das classes menos abonadas. A Constituição de 1988 tem razão de ser eminentemente social, pois, especialmente em um país de tamanha desigualdade como é o Brasil, elementares são as iniciativas em prol do desenvolvimento da sociedade, com a consagração de mecanismos que tenham por fim a qualidade dos serviços públicos básicos.

A descentralização política e administrativa é marca do modelo federativo de Estado, o que torna o federalismo “uma grande arma a serviço da descentralização, da democracia e da participação dos cidadãos no exercício do poder político”¹⁶, principalmente por aproximar os cidadãos da esfera em que as decisões políticas são tomadas. Entretanto, a descentralização não pode ser feita sem ter como pressuposto um planejamento que garanta a sua eficácia.

No Brasil, a União, apesar de dividir suas atribuições com os demais entes federados, na prática, continua sendo vista como poder centralizador de grande parte dos recursos tributários. A própria formação da federação brasileira é capaz de mostrar um dos fatores pelos quais a União ainda é percebida como um poder central, visto que o modelo brasileiro de federalismo se deu com a passagem de um Estado unitário e altamente centralizado para um Estado federado, ou seja, a formação ocorreu do todo para as partes. Diferentemente da federação norte-americana clássica, por exemplo, que deu origem a esta forma de estado em 1787, na qual os Estados Unidos da América formaram-se pela junção das 13 colônias autônomas e soberanas. Daí o fato de que, nos Estados Unidos, os entes federativos possuem uma autonomia muito mais contundente que no Brasil, prescindida de uma distribuição de competências mais ampla¹⁷. Exemplo disso é a questão do direito à vida, o mais elementar dos direitos humanos, o qual abre espaço, em alguns estados americanos, para admissão da pena de morte. Essa questão é descentralizada e abordada de forma diversa nos Estados Unidos.

Em suma, como no Brasil a adoção do modelo federativo deu-se “de cima para baixo”, partindo de um modelo altamente centralizado. Por mais que a repartição de competências esteja prevista constitucionalmente, na

16 SANTIN; FLORES, 2006, p. 58.

17 PINTO FILHO, 2002.

prática é o Estado quem regula a autonomia dos seus entes, inclusive dos Municípios. Como grande parte dos recursos financeiros necessários para fazer frente às obrigações estão centralizados na União¹⁸, percebe-se que o grau de autonomia dos demais entes federativos fica na dependência dos repasses voluntários do ente central. Entretanto,

O absurdo de querer manejar tudo “de cima” torna-se cada vez mais patente. As instâncias superiores podem e precisam ajudar, mas a iniciativa e o ordenamento das ações têm de ser eminentemente locais. De certa forma, estamos manejando uma máquina administrativa centralizada, típica de eras passadas, para um conjunto de desafios que exigem soluções de gestão participativa e descentralizada.¹⁹

Também se faz mister atentar para a ampla desigualdade econômica e social existente no país, o que exige ações flexíveis, que levem em conta as disparidades regionais. Visto que, “um território amplo é propenso a ostentar diferenças de desenvolvimento de cultura e de paisagem geográfica, recomendando ao lado do governo que busca realizar anseios nacionais, um governo local atento às peculiaridades existentes”²⁰. Desse modo, é necessário abandonar a ideia de “grande salvador” conferida ao poder central para garantir ao Município as possibilidades financeiras de fazer frente as suas obrigações constitucionais, em especial no que tange aos direitos fundamentais.

De qualquer forma, é preciso considerar que a ampliação do campo de atuação do Município renovou a concepção de Poder Local como campo democrático e eficiente para a realização das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais. Essa mudança ocorre a partir das reformas administrativas, que previram a descentralização de competências às esferas locais, concretizadas após 1988, com o tratamento do Município como parte integrante da federação brasileira. Por mais que continue tendo de ser trabalhada, é preciso reconhecer que a descentralização que dotou de maior autonomia os governos locais influiu diretamente na vida dos cida-

18 “Em 1991, a União detinha 66% de todo o bolo tributário. Os estados detinham 29% e os municípios 5%. Atualmente, a participação da União saltou para 70%, contra 26% dos estados e 4% dos municípios.” TEIXEIRA, 2005.

19 DOWBOR, 2008, p. 27.

20 BRANCO; MENDES, 2011, p. 832.

dãos, principalmente porque é nas cidades que a vida acontece e, portanto, que as decisões mais elementares precisam ser tomadas²¹.

Isso não significa que todos os assuntos tenham de ser passados aos governos municipais, o que seria completamente inviável. A União e os Estados continuam sendo indispensáveis e até únicos capazes de resolver determinados problemas, como questões de fronteiras e de segurança nacional. Entretanto, o que aqui se ressalta é que o desprestígio e enfraquecimento do Poder Local significa negar todo o seu potencial para a realização dos direitos humanos.

Verifica-se, dessa forma, que a autonomia municipal, contemplada no texto constitucional de 1988, visando à descentralização dos poderes, forneceu núcleo básico da estrutura social e administrativa da federação, trazendo a discussão para o âmbito local, de forma a buscar soluções mais viáveis à realidade social. Trata-se da elevação da categoria sociológica do poder local para o âmbito jurídico e político brasileiro, a qual busca aliar a descentralização com a participação popular no exercício do poder político, inaugurando uma forma mais democrática de gestão pública, aliada aos primeiros objetivos da Constituição Federal e do Estado democrático de direito brasileiro²².

Desse modo, a seguir serão tecidos estudos sobre o Poder Local e o seu papel na realização dos direitos dos cidadãos.

3. Poder Local

Na época em que predominava o meio rural no Brasil, era natural que as pessoas vissem a União como um centro de poder do qual todas as decisões eram tomadas. No entanto, as áreas urbanas foram fortalecidas pelo êxodo rural e, rapidamente, o Brasil transformou-se em um país urbano. Como resultado dessa transformação, muitos problemas da sociedade não necessitaram mais ser submetidos ao “centro de poder”, podendo ser resolvidos localmente²³.

Principalmente após a Constituição Federal de 1988, o Poder Local tornou-se um eixo muito importante para a realização de uma gestão pública

21 SANTIN, 2017.

22 SANTIN; FLORES, 2006, p. 65.

23 DOWBOR, 2008.

participativa e eficiente, o que, apesar da insuficiência de recursos, cada vez mais vem a se consolidar. Não é possível pensar em aprofundamento das instituições democráticas sem a presença do cidadão e da participação popular e o espaço local é o espaço “por excelência” para aperfeiçoar os mecanismos participativos, já que é onde se situam os cidadãos brasileiros.

Os grandes avanços tecnológicos, neste limiar de século XXI, expressam a existência de uma sociedade complexa e em constante mudança. A economia também sofre mudanças em um nível acelerado, o que vem causando crises mundiais que colocam a prova até mesmo os governos mais estáveis. Estas mudanças, tanto tecnológicas quanto sociais e econômicas exigem amplo grau de articulação governamental, visto que os governos atuais ao mesmo tempo em que precisam lidar com problemas macro, necessitam atentar aos problemas palpáveis da população, como saneamento básico, transporte, educação e saúde. Uma administração descentralizada, atenta aos interesses dos cidadãos e que use das novas tecnologias para garantir um espaço dialógico entre sociedade civil e sociedade política por certo será mais flexível ao atendimento das demandas mais elementares da sociedade, ou seja, que dizem respeito principalmente à realização dos direitos básicos e do bem-estar dos cidadãos. Afinal, como afirma Ladislau Dowbor:

Foi-se o tempo das sociedades relativamente homogêneas, com proletariado, campesinato e burguesia, e uma visão de luta de classes relativamente clara. A sociedade moderna é constituída por um tecido complexo e extremamente diferenciado de atores sociais. Assim, políticas amplas tornam-se desajustadas, reduzindo-se a competência das decisões centralizadas. Como a intensidade das mudanças exige também ajustes frequentes das políticas, é o próprio conceito da grande estrutura central de poder que se vê posto em cheque. Situações complexas e diferenciadas, e que se modificam rapidamente, exigem muito mais participação dos atores sociais afetados pelas políticas. Exigem, na realidade, sistemas muito mais democráticos.²⁴

Por mais que a soberania estatal esteja enfraquecida pelas necessidades que se impõem em nível global, o Estado-nação é e continuará sendo fun-

24 DOWBOR, 2015, p. 19.

damental no apoio às lutas enfrentadas pelas municipalidades²⁵. Entretanto, faz-se necessária uma repartição de competências que esteja de acordo com as atuais necessidades, o que implica em uma maior descentralização das atribuições e dos recursos financeiros, no sentido de que

O nível central de decisão do país tem de se preocupar com a coerência das grandes infraestruturas econômicas, com os equilíbrios macroeconômicos, com as desigualdades regionais, com a inserção do país na economia mundial, com os eixos tecnológicos de longo prazo. Problemas mais específicos terão de ser transferidos para espaços de decisão mais próximos do cidadão.²⁶

As políticas públicas econômicas ou sociais decididas longe de seus alvos correm um grande risco de não condizerem com a realidade daquela população, resultando por vezes nos chamados “elefantes brancos”, obras arquitetônicas de grande dispêndio de recursos públicos, mas que por vezes são inúteis no atendimento das reais necessidades da população. Dinheiro este que poderia ser utilizado em projetos que realmente compartilhassem das necessidades da sociedade. Além disso, a centralização de processos resulta em maior burocratização e ineficiência do que poderia ser resolvido com maior dinamismo pelo Município ou mesmo por um consórcio intermunicipal. O Estado-nação hoje percebe suas barreiras ultrapassadas pelo avanço da tecnologia da informação e dos fluxos globais²⁷. Entretanto, quanto mais cresce a necessidade de um Estado global atento aos problemas mundiais, como o terrorismo e a estabilidade da moeda, por exemplo, maior a importância do Poder Local para atendimento dos direitos mais elementares dos cidadãos.

Outro ponto importante a ser observado é a democratização que o espaço local pode proporcionar no rito decisório das tutelas jurídico-políticas. Afinal quanto mais próxima da população uma decisão é tomada, mais democrática ela tende a ser, bem como maior tende a ser o controle exercido sobre ela. É nas cidades que se torna tangível a apuração concreta da realização dos direitos assegurados pela Constituição Federal brasileira.

25 Sobre as novas fontes de poder em um mundo globalizado e o enfraquecimento do modelo de Estado-nação tecido na modernidade, ver SANTIN, 2009.

26 DOWBOR, 2015, p. 20.

27 Isso ocorre em meio ao que Ladislau Dowbor (2015) chamou de “erosão do Estado-nação”.

Os cidadãos, moradores de bairros, vilas, periferias e até do centro é que convivem diariamente com os problemas de desigualdade social, falta de saneamento básico, segurança pública, moradia, bem como a falta de creches, escolas de qualidade, hospitais, transporte público e áreas seguras de lazer. Por este motivo, as políticas públicas realizadas dentro dos municípios, pelo governo local, formuladas em conjunto com a sociedade civil, tendem a se mostrar de extrema eficácia, pela proximidade em que estão dos cidadãos diretamente atingidos por elas.

Como esclareceu Montesquieu, “conhecemos muito melhor as necessidades de nossa cidade do que as das outras cidades”²⁸. Desse modo, o fato é que “o espaço local permite uma democratização das decisões, uma vez que o cidadão pode intervir com muito mais clareza e facilidade em assuntos de sua própria vizinhança e dos quais tem conhecimento direto”²⁹. A participação da população em conselhos, audiências públicas, associações de bairros, em lista não exaustiva, reforça a democracia, pois as pessoas sentem-se mais conhecedoras da realidade de seu município e seguras ao argumentar sobre os problemas que estão em seu cotidiano. Sendo assim, as decisões tomadas pelos governantes locais serão mais legítimas e eficientes, ao ponto que os verdadeiros interessados estarão participando do processo de deliberação. A sociedade participativa pode atuar nas cidades, denunciando os problemas ou buscando alternativas para resolvê-los de maneira conjunta com o poder público. Assim,

A tendência para um reforço generalizado da gestão política nas próprias cidades representa uma importante evolução da democracia representativa, onde se é cidadão uma vez a cada quatro anos, para uma democracia participativa, onde grande parte das opções concretas relacionadas com as condições de vida e a organização do nosso cotidiano passam a ser geridas pelos próprios cidadãos.³⁰

Defende-se que são os cidadãos que devem decidir seu destino e a condução das políticas públicas mais elementares em âmbito local. A partir disso, possuem uma responsabilidade compartilhada com o poder público em construir um ambiente favorável ao desenvolvimento democrático e

28 MONTESQUIEU, 2000, p. 170.

29 DOWBOR, 2008, p. 41.

30 DOWBOR, 2001, p. 23.

social. Mas também deve ser compromisso do governo federal a distribuição justa e necessária de maiores recursos aos Municípios, visto que a autonomia financeira e orçamentária é medida geradora de benefícios ao país como um todo. Ou seja, quanto mais orçamento destinado ao Poder Local, maior a capacidade de gestão e também de controle social sobre a correta aplicação do dinheiro público. Afinal, após a Constituição de 1988, grande parte dos serviços públicos garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos foram municipalizados, mas não foi municipalizada, na mesma medida, a repartição do bolo tributário. O Município brasileiro acaba ficando com muitos ônus, e poucos bônus.

Em consequência, a atribuição de maiores recursos ao município e a organização da participação da comunidade nas decisões sobre as formas de sua utilização constituem a melhor política para limitar o poder centralizador dos grandes grupos econômicos e para adequar o desenvolvimento às necessidades da população, gerando processos locais mais democráticos.³¹

Nesse sentido, cita-se como exemplo a implementação do Orçamento Participativo³², em 1980 no Rio Grande do Sul, e sua ampliação nas décadas seguintes, que representou um avanço para a democratização brasileira e para o Município como um campo de práticas democráticas. Geralmente, o processo tem início com as assembleias de moradores, que acontecem em regiões determinadas da cidade. Cada assembleia é formada por moradores de bairros próximos, localizados naquela região determinada. Os participantes são informados sobre qual é o montante do orçamento municipal e quais são os recursos disponíveis. Por meio das assembleias locais, são escolhidas as demandas da sub-região, bem como os delegados que serão incumbidos de defendê-las no Fórum Regional³³.

O Fórum Regional é o lugar em que os delegados deliberam para definir uma ordem das prioridades entre as demandas escolhidas, de acordo com os problemas da região. A próxima etapa é seguir para o Fórum Municipal, lugar em que o documento será consolidado e, depois disso, enviado para a aprovação pela Câmara de Vereadores³⁴.

31 DOWBOR, 2008, p. 88.

32 Para maior aprofundamento ver (FEDOZZI, 1999).

33 AZEVEDO, 2015.

34 AZEVEDO, 2015.

Após o encaminhamento oficial da proposta ao legislativo municipal, há diferentes tipos de mobilização para que a população potencialmente beneficiada atue na Câmara de Vereadores, a fim de garantir a aprovação da maior parte das obras e serviços pactuados durante o processo do Orçamento Participativo.³⁵

Além de ser um recurso eficiente para a alocação de recursos e dificultar o desvio de verbas, os próprios atingidos pelas obras ou serviços poderão opinar, discutir, defender seus pontos de vista e conhecer a realidade dos demais. Assim, a deliberação entre a população da própria região, para a definição dos principais problemas a serem enfrentados, tem a capacidade de gerar o envolvimento do indivíduo com os problemas da sua comunidade, resultando no que para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992) seria uma solução pedagógica proporcionada pela participação, na medida em que incentivaria o interesse pelos assuntos políticos e pelo trato da coisa comum.

Nota-se que o novo tratamento do Poder Local pelo ordenamento jurídico brasileiro ressalta a gestão orçamentária participativa, obrigatória para as cidades brasileiras a partir da edição do Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001, em seu artigo 44) e da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000, em seus artigos art. 48 e seguintes). Dessa forma, qualquer que seja a ideologia ou o partido político que esteja no governo, deverá dar cumprimento às leis acima destacadas, que inserem no processo legislativo das leis orçamentárias municipais mais uma etapa: a realização da audiência pública com a população e entidades da sociedade civil. Tal previsão legislativa tem o objetivo de fomentar a participação popular na definição das peças orçamentárias, de modo que a aplicação do dinheiro público destine-se às reais necessidades da comunidade. Possibilita-se, assim, a eficiência dos serviços públicos, com a consequente legitimidade dos governantes dessas localidades. São as práticas democráticas, que como se viu, ganham força nos Municípios, responsáveis por amenizar moléstias sociais, como o clientelismo, assunto que será tratado no próximo tópico.

35 AZEVEDO, 2015, p. 3.

4. Clientelismo e Participação Popular

Há entendimento de que a origem do clientelismo remonte ao período colonial. Essa afirmação é apoiada no fato de que o clientelismo surgiu devido à ausência do Estado naquela época, de modo que não havia diferenciação nítida entre público e privado. A “casa grande” era confundida com a própria casa ou negócio de quem muitas vezes assumia as atividades públicas, inclusive as de governo³⁶. O poder econômico era o responsável por estruturar a pirâmide da hierarquia política da época. Ao topo figuravam os grandes senhores de engenho, que mantinham sobre seu poder o restante da população menos favorecida economicamente. Poderes político e econômico figuravam como sinônimos em um lugar em que ter posses significava ter poder político. Supostamente, esse teria sido o cenário da origem do clientelismo no Brasil.

Em outra concepção, para Francisco Pereira de Farias, o clientelismo tem origem no modelo de sociedade capitalista e na mudança de uma dependência pessoal, em relação ao senhor de engenho, para uma dependência impessoal, pelos bens de consumo, por meio do assalariamento. A passagem do voto de cabresto para o voto livre, na democracia capitalista, fez com que os indivíduos dispusessem livremente dos seus direitos de cidadania, de forma que fosse possível negociá-los em troca de favores econômicos, o que se tornaria uma liberalidade na relação de trabalho³⁷. O trabalhador encontraria no voto uma fonte de ganho econômico, similarmente ao salário, o que aconteceria, sobretudo, porque na sociedade capitalista “tudo o que tem equivalência econômica tende a transformar-se em mercadoria”³⁸. Assim, o clientelismo seria inerente à própria democracia capitalista, em que é atribuído valor econômico ao voto, que passa a ser tratado como mercadoria.

Para Francisco Pereira de Farias, a democracia apenas se oporia ao clientelismo se presente um modelo democrático efetivamente universalista; entretanto este não é o único modelo possível. No interior da democracia capitalista, a competição partidária não abrange a todos indiscriminadamente, pois existem mecanismos responsáveis por controlar o eleitorado, sendo

36 LENARDÃO, 2015.

37 FARIAS, 2000.

38 SINGER, 1965, p. 80.

um deles o clientelismo³⁹. Em meio à democracia capitalista, o clientelismo trabalha permitindo que apenas alguns possam influir no jogo político. Sua lógica, portanto, é excludente, assimilando-se às relações econômicas presentes no modelo de sociedade que o sustenta.

Os grandes capitalistas, por serem possuidores do poder econômico, podem arrecadar votos, financiando os políticos com o intuito de que estes atendam aos seus interesses posteriormente. De maneira distinta, os economicamente menos abonados não têm como manter os políticos a seus serviços, pois carecem de capital suficiente para financiá-los. Nesse sentido, “a política de clientela torna-se, em última análise, uma das formas de inserção dos capitalistas no campo da ação política”. Com base nisso, Francisco Pereira de Farias fala em uma “pobreza específica” existente na estrutura social capitalista⁴⁰, de modo que a discrepância econômica é responsável por decidir quem poderá fazer parte do processo democrático.

Chega-se a afirmar que o clientelismo “será uma forma de intermediação de interesses onde quer que tenhamos assimetrias políticas sobre os benefícios patrimoniais, ou seja, tanto no referido terceiro mundo quanto em países considerados de democracia avançada”⁴¹. A democracia capitalista é, assim, o berço ideal para as relações de clientela, as assimetrias políticas refletem-se no exercício do poder público por poucos, quais sejam, os que possuem os recursos financeiros para tal.

A participação e o poder de influência na política passam a ser moeda de troca no clientelismo inserido na estrutura da democracia capitalista. O grande capitalista transforma seu dinheiro em votos⁴², obtendo, assim, o direito de participar das decisões públicas, vendo seus interesses nelas impressos. A ocupação dos meios públicos passa a ser negociada, de forma que somente aqueles que puderem despendar valores em apoio aos políticos é que terão seus interesses atendidos, consistindo esse um dos efeitos mais nefastos do clientelismo.

Assim, se pode constatar que o clientelismo integra a lógica da democracia capitalista; entretanto é necessário tentar uma aproximação ao processo universalista, ao inserir mais pessoas ao jogo político, como forma

39 FARIAS, 2000.

40 FARIAS, 2000, p. 52.

41 COELHO; D'AVILA; JORGE, 2004, p.215.

42 FARIAS, 2000.

de amenizar os efeitos danosos causados pela política de clientela. O novo tratamento conferido ao Poder Local e as possibilidades democráticas surgidas após o advento da nova concepção jurídica e sociológica das localidades, contribuíram para uma participação mais direta da população no poder público. Não se pensa que, com isso, que o clientelismo irá sucumbir, mas sim que será aberto um espaço maior para a influência popular nas decisões públicas, como combate à participação unicamente das elites, principalmente devido a maior facilidade em participar efetivamente existente, em regra, no Município.

Por mais que não esteja livre das práticas clientelistas, a democracia levada a cabo mediante iniciativas locais é capaz de frear os abusos do clientelismo. Um governante que se sinta vigiado e cobrado pela população que o elegeu, por certo, encontrará maiores dificuldades em atender somente aos interesses dos seus patrocinadores. Controlar a atuação política e levar as reais necessidades da comunidade até à esfera pública, exigindo-as como direitos que são e não como favores, é um meio de efetivação dos direitos fundamentais⁴³.

O aprofundamento da participação popular, em especial mediante as iniciativas locais, é de extrema importância para a qualidade democrática. Não obstante a existência do clientelismo nos dias atuais, a organização popular e a exigência de direitos na esfera pública são fundamentais. De toda forma, o espaço ocupado diretamente pelos cidadãos é que definirá o nível democrático e, conseqüentemente, a qualidade de vida de uma sociedade. Nessa esteira, Benevides (1991) compreende a democracia participativa como um corretivo para a representação política. Não se deve ignorar os problemas da representação política, sobretudo ante aos escândalos envolvendo aqueles a quem caberia a salvaguarda do interesse público, dessa forma, deve ocorrer a ocupação do espaço de decisão pública por aqueles que são seus verdadeiros destinatários.

Práticas participativas mostram-se essenciais para o aprimoramento democrático, sem se olvidar que precisam ser objeto de análise e aperfeiçoamento contínuos. Tal necessidade não está presente apenas nos países de terceiro mundo e os em desenvolvimento, como o Brasil, pois até mesmo as democracias mais avançadas sofrem com esta crise de representatividade nos dias hodiernos. A participação popular é essencial para o aprimora-

43 SANTIN, 2017.

mento da democracia, inclusive, por meio de práticas de *accountability*⁴⁴, considerando que,

Nos órgãos legislativos, os representantes desse “clientelismo” tornam-se meros intermediários de favores, de proteções de exigências frente ao grande poder dispensador de recursos e nomeações – o Executivo. Como consequência, a representação passa a ter um papel secundário – como se numa atitude de “desistência” – quanto a função legislativa”.⁴⁵

A tarefa dos partidos políticos é canalizar as demandas da população e representar os interesses da sociedade, não que por isso tenham que possuir o monopólio do poder⁴⁶. Tal crença configuraria uma afronta ao próprio princípio da soberania popular e aos objetivos do Estado Democrático de Direito impressos na Constituição de 1988.

Apesar disso, a democracia semidireta prevista no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 sofre ainda algumas críticas. Um dos argumentos contrários a ela é que esta viria a enfraquecer os partidos políticos e o poder legislativo. Entretanto, o controle popular sobre o poder legislativo, em contraponto, causaria efeitos positivos, na medida em que diminuiria o atendimento de interesses privados e o “relaxamento” dos parlamentares quanto aos seus deveres institucionais, inclusive aquele de controle sobre o poder Executivo⁴⁷. Além de que, tornaria a sua atuação mais eficiente e legítima.

Apesar de alguns representantes políticos sentirem-se mais confortáveis com a falta de participação de seus eleitores, Maria Benevides⁴⁸, aponta possíveis vantagens auferidas pelos parlamentares por meio da participação política: muitas questões polêmicas ligadas a questões sexuais ou religiosas, por exemplo, poderiam ser melhores decididas pela população, sem a vinculação de alguma sigla, ideologia ou religião ao assunto, o que poderia estigmatizar o partido ou o parlamentar. Outra vantagem seria que os pequenos partidos, sem grande apoio, poderiam ter suas propostas

44 Para maior aprofundamento sobre o tema ver: CAMPOS, 1990.

45 BENEVIDES, 1991, p. 29.

46 BENEVIDES, 1991.

47 BENEVIDES, 1991.

48 BENEVIDES, 1991.

aprovadas pela opinião pública, crescendo no cenário político nacional a partir da aceitabilidade de suas ideias.

Mesmo com o decurso de tempo e dos novos direitos e garantias, práticas clientelistas ainda estão muito presentes na política brasileira, não só no poder político local, como também na esfera federal⁴⁹. Entretanto, a criação de esferas de participação mais próximas do cidadão é capaz de amenizar os efeitos do clientelismo, impedindo que só os interesses de alguns sejam atendidos. Por meio da organização dos cidadãos, dispostos a levar suas necessidades até à esfera pública, impondo-as como direitos, observar-se-á o desenvolvimento da comunidade local. Além disso, o uso da tecnologia da informação, principalmente da internet e das redes sociais, em prol da democracia poderia resultar em método auxiliar muito eficiente para a busca de uma sociedade participativa e melhor informada.

A introdução do princípio da participação na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, parágrafo único, foi de extrema importância para a democracia brasileira. O mesmo ocorreu com o novo tratamento do Município, figurando como ente federativo autônomo, o que o tornou de campo visto quase como exclusivo das práticas clientelistas para um espaço capaz de fomentar inúmeras possibilidades para a efetivação de políticas públicas democráticas e eficientes. No entanto, conforme leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁰, a participação popular é um processo que antes deve avançar nas consciências para depois refletir-se nas instituições. Maria Benevides aposta na educação política como instrumento essencial para a efetivação de uma verdadeira cidadania, como se espera em uma sociedade democrática⁵¹.

Dessa forma, embora se possa considerar o clientelismo como inerente à própria estrutura capitalista, não sendo possível seu aniquilamento, é viável amenizar os seus efeitos. O clientelismo costuma definir os atores do jogo político, entretanto, uma sociedade bem organizada, com mecanismos locais de influência direta nas decisões públicas de interesse da comunidade, traria mais cidadãos para discussão, além daqueles inseridos pela política clientelista. A institucionalização de mecanismos de participação local é fundamental para que o idealizado venha a se concretizar. Como

49 Nesse sentido ver SANTIN, 2007.

50 MOREIRA NETO, 1992.

51 BENEVIDES, 1991, p. 195.

consequência, os direitos básicos dos cidadãos serão melhores atendidos pelo poder público.

Assim, quanto maior a atuação conjunta entre os representantes políticos e os cidadãos, menores os espaços invadidos pelo clientelismo. As práticas clientelistas encontram dificuldades em germinar em sociedades em que a democracia e o controle social se fazem presentes, com iniciativas concretas para sua efetivação, buscando, ao menos, aproximar-se de um processo universalista. É, portanto, um ideal a ser alcançado.

5. Considerações Finais

O novo tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 ao Município favoreceu a formação de um cenário mais otimista, no que diz respeito à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, à participação popular e, em consequência, à luta contra os efeitos do clientelismo. A rediscussão do Poder Local como centro de decisões políticas é fundamental contra o aniquilamento dos interesses básicos da população, ante as preocupações macroeconômicas e macrossociais do Estado-nação. De fato, o espaço local faz-se cada vez mais importante, sobretudo, para a democratização das decisões públicas, o que as torna mais eficientes e legítimas, na medida em que podem ser compartilhadas com a população diretamente interessada.

Outro ponto interessante a ser sublinhado, e que pode servir para os próximos estudos, é que a tecnologia também pode ser capaz de trazer uma nova forma de gestão local, tudo depende de sua correta utilização pelos gestores municipais. Assim, o Município, que já é um palco importante para o exercício da democracia, pode tornar-se ainda mais eficiente no sentido de promover a democracia digital e o governo eletrônico, o que promoveria avanços significativos para a comunidade. Afinal, somente a participação pode garantir que a vontade do povo seja realmente atendida pelo governo⁵².

O clientelismo, por sua vez, permeia a democracia brasileira como imbricado à estrutura capitalista. Seus efeitos são excludentes em relação ao processo político, entretanto seus malefícios vêm sendo coibidos pelo aumento do controle social e da participação popular efetivada mediante iniciativas locais.

52 MOREIRA NETTO, 1992, p. 35.

Realmente, ainda está em processo o divórcio com “uma sociedade tão marcada pela experiência do mando e do favor, da exclusão e do privilégio” para uma sociedade democrática e participativa⁵³. Entretanto, reitera-se que há uma visão otimista, em especial após a edição do Estatuto da Cidade e da Lei de Responsabilidade Fiscal, os quais tornam obrigatória a divisão do poder decisório sobre políticas públicas orçamentárias e urbanísticas com a população, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade formal das leis municipais que não fomentarem a participação política dos cidadãos em seu procedimento legislativo.

Entende-se que amenizar os efeitos do clientelismo envolve mais do que o reconhecimento formal da democracia no texto constitucional. Invariavelmente ele encontrará espaço nos meios políticos que não se sentem adequadamente controlados ante a falta de *accountability*, o que rompe com os ideais democráticos. Mais a fundo, é necessário alimentar a democracia com práticas possíveis de controle e participação popular, como ocorre por meio do Poder Local.

Referências

- AZEVEDO, Sérgio de. Considerações sobre a experiência brasileira do orçamento participativo: potencialidades e constrangimentos. Disponível em: <http://igepp.com.br/uploads/arquivos/apu_92.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: Referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1991.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Pesquisa revela que compra de votos ainda é realidade no país. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Fevereiro/pesquisa-revela-que-compra-de-votos-ainda-e-realidade-no-pais>>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, n. 24, v. 2, pp. 30-50, fev./abr. 1990.
- COELHO, Ana Fernanda; D'AVILA FILHO, Paulo M.; JORGE, Vladimir Lombardo. Acesso ao poder. Clientelismo e democracia participativa

53 BENEVIDES, 1991, p. 195.

- desconstruindo uma dicotomia. *Revista de Ciências Sociais, Civitas*. v. 4. jul.-dez. 2004.
- DOWBOR, Ladislau. *O que é poder local?* 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- _____. *A Reprodução Social*. Disponível em: <<http://dowbor.org/artigos/01repsoc1.pdf>>. Acesso em: jan. 2015.
- FARIAS, Francisco Pereira de. Clientelismo e democracia capitalista: elementos para uma abordagem alternativa. *Revista de Sociologia e Política*, n. 15, pp. 49-65, nov. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n15/a04n15.pdf>>. Acesso em: jun. 2017.
- FEDOZZI, Luciano. *Orçamento Participativo: reflexões sobre a experiência de Porto Alegre*. Porto Alegre: Tomo Editorial; Rio de Janeiro: FASE - IPPUR, 1999.
- LENARDÃO, Elsieo. Gênese do clientelismo na organização política brasileira. Disponível em: <www.pucsp.br/neils/downloads/v11_12_elsio.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6ª ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. *A intervenção federal e o federalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SANTIN, Janaína Rigo. As Novas Fontes de Poder no Mundo Globalizado e a Crise de Efetividade do Direito. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 25, pp. 79-92, 2009.
- _____. *Globalização, Direitos Sociais e Poder Local*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/78866/178330.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: jan. 2016.
- _____. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. *Estudos Jurídicos*, n. 40, v. 2, pp. 72-78, São Leopoldo, jul./dez. 2007.
- _____. *Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do Poder Local*: Belo Horizonte: Arraes, 2017.

- SANTIN, Janaína Rigo; ABAL, Felipe Cittolin. Município, Região e Poder Local: interfaces. In: CASTRO, Matheus Felipe de; MORAES FILHO, José Filomeno de (Coords). *Teorias da democracia e direitos políticos* [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- SANTIN, Janaína Rigo; BITENCOURT, Jean Carlos Menegaz. Pacto federativo e autonomia legislativa municipal. *Revista Debates e Tendências*, v. 15, n. 1, Passo Fundo, pp. 101-113, 2015.
- SANTIN, Janaína Rigo; FLORES, Deborah Hartmann. A Evolução Histórica do Município no Federalismo Brasileiro, o Poder Local e o Estatuto da Cidade. *Justiça do Direito (UPF)*, Passo Fundo-RS, v. 20, n.1, pp. 56-69, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SINGER, Paul. A política das classes dominantes. In: IANNI, O. (org.). *Política e revolução social no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965.
- TEIXEIRA, José Raimundo Baganha. O Atual Desequilíbrio no Sistema de Repartição das Receitas Tributárias. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema20/2005_1508.pdf>. Acesso em: dez. 2015.
- TOAZZA, Vinícius Francisco; SANTIN, Janaína Rigo. A Evolução do Municipalismo Brasileiro e a Gestão Democrática Municipal. In: Antonio Carlos Wolkmer; Ricardo Marcelo Fonseca; Gustavo Silveira Siqueira. (Org.). *História do Direito*. 1^a ed. Florianópolis-SC: CONPEDI, v. 1, pp. 305-329, 2014.

Recebido em 19 de dezembro de 2015

Aprovado em 31 de janeiro de 2017

Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional*

From Supreme Solipsism to Rational Deliberation

Gabriel Rübinger-Betti**

Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil

Juliano Zaiden Benvindo***

Universidade de Brasília, Brasília-DF, Brasil

1. Introdução

A literatura constitucional brasileira é de tendência fortemente normativa. A preocupação concentra-se, em grande medida, em desvendar teorias e metodologias de como se deve alcançar a decisão correta. O questionamento de como devem decidir os juízes ou qual é a melhor técnica (ou teoria ou metodologia) para alcançar a resposta correta prevalece. Apenas recentemente ganharam relevo estudos destinados a não tanto perguntar *como devem* julgar as cortes, mas, sobretudo, *como, de fato*, julgam as cortes¹. São pesquisas que têm a propensão a entrar em um universo não tão simpático aos juristas, envolvendo, não raramente, abordagens empíricas,

* A pesquisa desenvolvida no âmbito do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília.

** Pesquisador de Iniciação Científica (ProIC) e Graduando em Direito da Universidade de Brasília (UnB) e Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade de Brasília E-mail: rubinger.g@gmail.com.

*** Professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Direito Público pela Universidade Humboldt de Berlim (Alemanha) e pela Universidade de Brasília, tendo realizado estágio pós-doutoral na Universidade de Bremen (Alemanha). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Processo nº 308733/2015-0). E-mail: juliano@unb.br.

1 Vide COSTA & BENVINDO, 2013; DA SILVA, 2013; FALCÃO ET AL., 2014; MENDES, 2013; RODRIGUEZ, 2013.

estatísticas e de desenho institucional. Provavelmente decorrente de uma estrutural escassez de estudos metodológicos e de um curioso afastamento de pesquisas que se desenvolvem mais no âmbito da ciência política, a literatura constitucional brasileira tende a ser unidimensional. Em outras palavras, ela enxerga o fenômeno jurídico apenas pela dimensão do que *devemos ser* e, não, de como os arranjos institucionais ou limitações cognitivas e comportamentais dos próprios juízes afetam direta ou indiretamente a decisão. Há, portanto, uma lacuna que, aos poucos, tem sido preenchida, mas que ainda demanda um incremento substancial de pesquisas.

Este artigo busca, desse modo, auxiliar no preenchimento dessa lacuna. Ele tem, como objetivo, brevemente analisar o desempenho deliberativo do Supremo Tribunal Federal (STF), aprofundando um tema que apenas recentemente passou a ganhar maior relevo na doutrina brasileira. Seu foco, todavia, se volta para desenhos institucionais, práticas arraigadas e comportamento dos agentes em uma dimensão sistêmica de dois níveis², assumindo que o STF, como instituição, não pode se confundir com uma simples somatória de opiniões de seus membros e, muito menos, como uma instituição que, ao se identificar com seus ministros - ou um de seus ministros - determina e assume o controle, em grande parte, da ordem constitucional. Essa disfuncionalidade, que aponta para o fortalecimento de indivíduos controlando o constitucionalismo por intermédio de comportamentos e práticas que enfraquecem a deliberação coletiva é, desse modo, o principal foco deste artigo. Ao obstruir a deliberação coletiva – e agir estrategicamente para esse fim – o STF, na medida em que ganha em poder em torno das individualidades que o compõe, perde em legitimidade.

Para tanto, serão discutidas, primeiramente, a legitimidade da corte constitucional e os limites de sua racionalidade (Parte 2), conectando esse tema com a razão de ser da deliberação racional. Em seguida, será feita uma apresentação do estado da arte da literatura nacional sobre a temática, indicando possíveis conexões e conclusões entre as distintas abordagens (Parte 3). Especialmente com foco no controle concentrado de constitucionalidade, o artigo desenvolve uma breve análise dos procedimentos adotados pelo STF em seu processo decisório, explicitando estruturais disfuncionalidades em sua capacidade deliberativa (Parte 4). Após desenvolver uma descrição de regras e práticas desta corte, a pesquisa avança para uma

² Vide VERMEULE, 2011, p. 27.

análise crítica de seu processo decisório, mostrando que soluções muitas vezes simples poderiam proporcionar um incremento substancial de consistência argumentativa, qualidade deliberativa e formação de uma opinião da corte que não necessariamente se confunde com uma simples somatória de opiniões individuais (Parte 5). O artigo encerra-se associando a análise crítica sobre os desenhos e práticas decisórias do STF com uma compreensão sistêmica de dois níveis sobre o constitucionalismo³, em que se busca afirmar que o STF não pode se confundir com uma simples agregação de indivíduos que, em última instância, determinam e controlam, solipsisticamente e sem maiores constrangimentos, muito da ordem constitucional.

A mínima pretensão deste artigo é proporcionar a reflexão crítica sobre práticas e desenhos institucionais do STF que obstruem a deliberação racional, ocasionando, por conseguinte, um profundo problema estrutural de legitimidade, aqui analisado sob uma dimensão sistêmica de dois níveis do constitucionalismo. Ao mesmo tempo, o artigo procura trazer algumas soluções simples capazes de incrementar a qualidade deliberativa de uma corte constitucional. Ele acompanha, por isso, a proposta que a literatura constitucional tem, aos poucos, se dedicado de indicar pequenos incentivos institucionais capazes de afetar comportamentos e práticas que fortalecem a legitimidade da corte constitucional como instituição colegiada, ao invés de uma corte condicionada a comportamentos estratégicos em prol da individualidade de seus membros. Seu intuito é, portanto, indicar possíveis “empurrõezinhos” que, pela sua simplicidade e fácil implantação, poderiam ensejar interações colaborativas entre os membros da corte, fortalecendo-a institucionalmente e consolidando sua legitimidade no âmbito do constitucionalismo.

2. Jurisdição Constitucional, Legitimidade e os Limites da Racionalidade

Embora os debates no âmbito da teoria constitucional causem as mais acentuadas divergências, algo parece certo: a legitimidade da jurisdição constitucional é, de alguma forma, distinta da legitimidade dos parlamentos. Porém, essa afirmação é também carregada de uma acentuada simplificação. Os limites de atuação dos poderes não são tão nítidos em muitos casos e, especialmente diante de um novo equilíbrio que se desenha no

3 Segundo Vermeule, o “constitucionalismo é um sistema de sistemas” (VERMEULE, 2011, p. 27).

constitucionalismo contemporâneo, em que o controle de constitucionalidade se apresenta cada vez mais determinante⁴, os campos da política e do direito tornam-se mais ofuscados. No meio dessa convulsão de perspectivas teóricas que tentam encontrar o ponto de equilíbrio entre os poderes, é interessante notar que muitas das discussões a respeito da legitimação das cortes em contraposição aos parlamentos também se concentram em propostas normativas. É nesse âmbito que aparecem discussões sobre o papel de garantidor dos direitos fundamentais das cortes constitucionais, sua racionalidade decisória e o debate sobre a representatividade dos parlamentos⁵.

Sem negar a importância dessas análises, que proporcionam importantes contribuições para se entender as razões que legitimam a atuação de cada um dos poderes, parece que o distanciamento com estudos mais ligados ao desenho institucional e, de modo ainda mais específico, ao comportamento dos agentes ainda se faz relativamente presente. Há, por isso, uma forte complexidade quando se discute legitimidade de um poder: não se trata apenas de desvendar as razões normativas que justificam um poder, mas também entender que, por trás dessas razões, há de se ter também uma preocupação sobre como melhor arranjá-los de modo a otimizar e catalisar comportamentos institucionais e individuais que ensejarão um melhor equilíbrio entre eles.⁶

Além do mais, não há fórmula mágica que legitime a atuação de um poder. A legitimidade das cortes e parlamentos não é dada de antemão, mas conquistada lentamente. William N. Eskridge Jr. e John Ferejohn fazem uma analogia que possivelmente mais bem retrate o modo como juízes devem se comportar para o alcance dessa legitimidade. Eles dizem que “na aplicação do direito constitucional, juízes deveriam se comportar como bons horticultores, cuja ciência é empírica naquilo que diz respeito a como as plantas estão crescendo e evoluindo”⁷. Isso, em outras palavras, significaria que “horticultores constitucionais devem ouvir e respeitar outras

4 Vide FIORAVANTI, 2001, p. 164.

5 Vide análise que Conrado Hübner Mendes sobre os motivos justificadores das cortes constitucionais em contraposição ao parlamento em MENDES, 2008, pp. 171-184.

6 Para uma análise sobre a relação entre constitucionalismo, instituições e indivíduos, vide VERMEULE, 2011. Segundo Vermeule, “a análise constitucional examina a interação entre instituições, que são elas próprias arranjos de equilíbrio que resultam da interação de seus membros individuais” (p. 3).

7 ESKRIDGE, 2009, p. 1275, tradução livre.

instituições - ser respeitosos da deliberação”⁸. É nesse ponto que aparece o objeto central deste artigo. No âmbito de uma nítida divergência entre os campos de legitimação dos poderes, ao menos as cortes, no exercício do controle de constitucionalidade, devem ter em mente que o desempenho deliberativo deve ser um critério importante. Este critério, aliás, é bem adotado por Conrado Hübner Mendes, que indica que, no ideal de separação de poderes, as instituições devem maximizar suas respectivas capacidades deliberativas. Isso estimularia a competição pelo melhor argumento e traria ao jogo democrático uma espécie de vibração racional, além de fazer pressão por consistência⁹.

Assim, se adotarmos um modelo de interação entre os poderes pautado por princípios deliberativos, criando com isso uma “cultura da justificação” (para além de um mero jogo de forças), há chances da interação entre os poderes produzir melhores resultados. Se cortes e parlamentos adotarem uma atitude deliberativa, levando em conta os argumentos expostos por cada um e desafiando-se quando consideram que possuem uma alternativa superior, parece factível que as respostas criadas serão, ao menos, mais criativas¹⁰ e fruto de uma maior reflexão. Uma forma de coordenação estratégica entre os agentes, mesmo cientes das inevitáveis divergências (que, aliás, podem catalisar uma competição argumentativa saudável) permitiria, assim, uma extensão da capacidade deliberativa. Na medida em que se verifica que há maiores custos na permanência de um desacordo, é provável que os poderes entrem em acordo para alcançar conjuntamente um resultado coletivamente mais adequado¹¹, reforçando assim a legitimação institucional dos poderes.

Esse debate, que aponta a importância de ultrapassar a discussão normativa e atingir o cerne dos comportamentos estratégicos dos agentes, até para que desenhos institucionais sejam adequadamente pensados e construídos, abre um leque de problematizações bastante interessante. Nesse propósito, a perspectiva levantada por Conrado Hübner Mendes nos auxilia a enxergar a importância da ideia de deliberação e o quanto a democracia ganha quando as instituições deliberam entre si (e não há mero controle ou

8 ESKRIDGE, 2009, p. 1275, tradução livre.

9 Vide MENDES, 2015, p. 25.

10 Vide MENDES, 2015, pp. 30-31.

11 Vide LEVINSON, 2010, p. 684.

mera confrontação política). O foco de sua análise é, sobretudo, a deliberação entre as instituições. Nosso trabalho objetiva, por outro lado, investigar a capacidade interna de deliberação e como desenhos institucionais podem canalizar práticas que fortaleçam essa capacidade, analisando o caso do STF. A proposta aqui apresentada, todavia, embora busque dialogar com alguns estudos que entram mais detidamente em elementos empíricos e estatísticos sob o viés metodológico¹² – até pelas limitações de um artigo –, visa mais a incitar a crítica referente a alguns problemas centrais observados na atuação desta corte.

Para tanto, uma primeira importante e inevitável controvérsia que normalmente aparece quando se busca desenvolver a capacidade deliberativa das cortes encontra-se no conceito *racionalidade*. Por exemplo, Virgílio Afonso da Silva propõe que a legitimidade de uma corte constitucional depende, entre outros aspectos, da sua capacidade de deliberação *racional*. Para ele, uma corte será mais legítima na medida em que suas regras de organização interna e suas práticas incentivem a deliberação racional¹³. A pergunta, porém, a respeito do que se entende por racionalidade é relevante, até porque é um termo normalmente empregado na doutrina constitucional, mas muitas vezes apenas apresentado e não exatamente discutido. Nesse aspecto, poder-se-ia avançar para uma compreensão densa a respeito do conflito teórico em torno da racionalidade no direito. Uma das controvérsias, aliás, mais complexas e densas na filosofia jurídica encontra-se exatamente a respeito dos limites da razão e, em particular, da razão jurídica. Há uma divergência notável entre os defensores de uma racionalidade comunicativa no contexto de amplificação da indeterminação do direito contemporâneo. Aqui, por exemplo, encontra-se, de um lado, a defesa da racionalidade discursiva como uma forma de “representação argumentativa”¹⁴ que legitimaria a atuação da corte. É o que Robert Alexy, a partir de sua tese do caso especial¹⁵, diz sobre as “condições de uma representação argumentativa verdadeira”¹⁶ a ser exercida pela corte, sustentando que, para tanto, a corte deve não somente trazer argumentos plausíveis,

12 Vide EPSTEIN ET AL., 2013.

13 Vide DA SILVA, 2013, p. 559.

14 Vide ALEXY, 2005, p. 578.

15 Vide ALEXY, 1999, p. 374 (argumentando que “o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral”)

16 ALEXY, 2005, p. 579.

mas também que “um número suficiente de pessoas devem, ao menos no longo prazo, aceitar esses argumentos por razões de correção”¹⁷. Essa tese recebeu fortes críticas, sendo atacada por autores como Klaus Günther e Jürgen Habermas, para quem validade e facticidade – ou, sob outra perspectiva, plano da justificação e aplicação – não se confundem, trazendo outra problemática sobre a coerência argumentativa e, por conseguinte, a legitimação das cortes constitucionais.¹⁸

Essa primeira observação é importante, porque focar apenas na simples associação entre racionalidade e capacidade deliberativa da corte é insuficiente em uma dimensão mais abrangente de análise. A pergunta a respeito de que racionalidade se apresenta para os fins da deliberação é fundamental e impõe distinções complexas a respeito do campo de legitimação da atuação das Cortes. Porém, a preocupação deste artigo não é tanto *como devem decidir racionalmente as cortes, mas, sim, como têm decidido as cortes* e quais desenhos institucionais podem ser pensados para aprimorar minimamente a deliberação. Sua pretensão, por isso, é bem mais prosaica e parte do pressuposto que, antes mesmo de saber *como deliberam as cortes*, é importante saber *se, de fato, as cortes têm minimamente deliberado* ou adotado estratégias outras que limitam ou constroem sobremaneira a discussão e deliberação colegiada.

Se a legitimidade das cortes constitucionais está assentada na argumentação desenvolvida em suas decisões – e aqui independentemente de entrarmos na complexa discussão sobre os limites da racionalidade discursiva – há de se levar em consideração tanto o processo de tomada das decisões quanto suas fundamentações. Há uma precariedade nessa relação e ela, naturalmente, irá afetar a dimensão de legitimidade da corte. Essa legitimidade, por sua vez, é sempre precária e dependerá da qualidade da atuação do tribunal¹⁹. Algumas premissas parecem, de qualquer forma, ajudar no incremento da capacidade deliberativa da corte. Por exemplo, parcela da doutrina entende que decisões colegiadas tomadas de modo a permitir a deliberação produzem melhores resultados do que decisões individuais. É o que Virgílio Afonso da Silva, transpondo as ideias de Ferejohn para o

17 ALEXY, 2005, p. 580.

18 Vide GÜNTHER, 1988, p. 301; HABERMAS, 1994, pp. 1529-1533. Para uma análise desse conflito, vide BENVINDO, 2010, pp. 243-326.

19 Vide ROSANVALLON, 2011, pp. 7-9.

campo judicial, aduz sobre as vantagens que a deliberação interna produz, como o compartilhamento de informações e a troca de argumentos (que auxiliam na resolução de problemas complexos)²⁰.

Se for assumida a premissa de que decisões colegiadas tendem a incrementar a capacidade deliberativa da corte, a pergunta que se apresenta para este artigo é se o STF tem adotado estratégias para esse fim. Há de se examinar, portanto, a estrutura e as práticas do STF, questionando se existe uma verdadeira cultura deliberativa dentro do tribunal. Esse exame, por sua vez, precisa ser lançado no devido contexto desta corte, que, nos últimos anos, tem ganhado notoriedade e proeminência em várias questões constitucionais levadas a seu juízo.

3. O Estado da Arte das Discussões sobre a Capacidade Deliberativa do Supremo Tribunal Federal

Antes, contudo, de desenvolvermos as particularidades da deliberação no âmbito do STF, é importante enfatizar como a doutrina tem direcionado seu olhar para o tema. Embora ainda de forma lenta, é visível que estudos voltados para o *como, de fato, as cortes deliberam* têm ganhado notoriedade e se tornado mais frequentes. Como antes ressaltado, talvez por uma antipatia natural dos juristas em avançar em pesquisas de matriz mais empírica, muitos artigos e pesquisas publicados a respeito do tema tendem a concentrar seus esforços em desenvolver perspectivas teóricas normativas cuja ênfase se encontra em comparar o grau de realidade do julgamento com premissas normativas de *como as cortes deveriam julgar*. Não raramente essas propostas tendem a negligenciar o quão outros elementos mais prosaicos da atuação dos juízes entram com forte peso na equação.

Estudos mais recentes, ao contrário, focam exatamente nesses elementos mais prosaicos, como o comportamento e as estratégias dos agentes e, especialmente, em características do desenho institucional das cortes. Aspectos que ocasionam práticas disfuncionais em relação à qualidade da deliberação e, por conseguinte, à própria legitimidade da corte tornam-se centrais – o que, naturalmente, traz o debate normativo também à tona -, mas a forma de argumentação parte do microcosmo das práticas e regras

20 Vide DA SILVA, 2013, pp. 560-62.

cotidianas e não do macrocosmo de uma idealidade argumentativa que se deseja alcançar. Em outras palavras, mais do que encontrar uma *racionalidade argumentativa* adequada – vide a oposição entre Alexy, de um lado, e Habermas e Günther, do outro, como antes indicado –, quer-se saber se há o mínimo de *racionalidade argumentativa*, o que significa perguntar se há, entre os membros com capacidade decisória, o mínimo de troca de argumentos entre os pares para a construção coletiva da decisão. Essas novas pesquisas, portanto, assumem de antemão que não faz sentido dedicar-se tanto ao *como as cortes deveriam julgar, se, na verdade, elas sequer julgam como se cortes fossem*.

Entre os trabalhos de maior impacto a respeito dessa nova abordagem sobre a capacidade e qualidade da deliberação interna das cortes constitucionais encontra-se o artigo, de Virgílio Afonso da Silva, intitulado *Deciding without deliberating*²¹. Sua pesquisa foca exatamente nas regras e práticas internas do STF para demonstrar o quão distante ele está de um exercício saudável da deliberação coletiva. Sua principal tese é que regras e práticas já bastante consolidadas há mais de cem anos geraram “uma condição de *path dependence* que compromete o desenvolvimento de uma cultura de deliberação nesta corte”²². Três são os principais aspectos apontados para essa conclusão: a) o papel secundário do relator do processo; b) o modelo *seriatim* de julgamento, em que não há efetivamente diálogo entre os ministros; e c) a possibilidade de pedido de vista, interrompendo a sessão de julgamento, claramente demonstrando que os ministros não veem seus pares como verdadeiros contribuintes para uma melhor reflexão sobre o caso concreto²³. Essas regras e práticas têm gerado um fortalecimento do individualismo em detrimento da deliberação coletiva²⁴, o que corrobora a premissa de que a corte decide, mas não julga como se corte fosse.

A conclusão de que essas práticas têm ensejado um crescimento do individualismo judicial²⁵ coincide com outro artigo de Diego Werneck Arguelles e Leandro Molhano Ribeiro, intitulado *O Supremo Individual: Meca-*

21 Vide DA SILVA, 2013.

22 DA SILVA, 2013, p. 569, tradução livre.

23 Vide DA SILVA, 2013, p. 572.

24 Vide DA SILVA, 2013, p. 583.

25 Vide DA SILVA, 2013, p. 577.

*nismos de Atuação Direta dos Ministros sobre o Processo Político*²⁶. Neste artigo, mais do que no de Virgílio Afonso da Silva, a ênfase é dada sobre as estratégias individuais dos ministros para influenciar o processo político. Evidentemente, uma maior individualização do controle do processo gera consequências bastante severas para a deliberação e constrói um ritmo decisório que torna a discussão coletiva menos relevante ou mesmo condicionada ao pensamento de apenas um dos membros da corte. As estratégias para esse fim são várias, mas ambos os autores centralizam sua análise em três delas: a) antecipação de voto ou entendimento sobre um caso em andamento ou potencialmente levado à corte por meio da imprensa; b) uso de decisões monocráticas para transformar, às vezes subliminarmente, a jurisprudência da corte; e c) a ampla facilidade de pedidos de vista, praticamente sem controle institucional²⁷. Segundo os autores, a consolidação de um “Supremo Individual” expõe uma forma de poder informal que praticamente se apresenta com força semelhante ao órgão colegiado²⁸ e que diretamente pode afetar a premissa normativa de que, como corte constitucional, o STF deve agir como poder contramajoritário²⁹.

De forma ainda mais aprofundada, a tese de doutorado de André Rufino do Vale, intitulada *Argumentação Constitucional: Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais*,³⁰ recentemente defendida na Universidade de Alicante, na Espanha, em conjunto com a Universidade de Brasília, traz uma série de análises teóricas e empíricas sobre a forma de deliberação STF em comparação com o Tribunal Constitucional da Espanha. Aqui também há uma dedicada análise sobre as diferentes estratégias que especialmente o STF adota em sua prática decisória, mas, além da dimensão comparada, a pesquisa avança para a percepção dos próprios ministros sobre essas práticas. Por intermédio de entrevistas, André Rufino do Vale expõe as compreensões, paradoxos e dilemas que os próprios agentes têm a respeito das regras e práticas que condicionam ou direcionam seus comportamentos decisórios, tais como o televisionamento das sessões de julgamento; a ocorrência ou não de discussão prévia entre os pares sobre

26 Vide ARGUELHES; RIBEIRO, 2015.

27 Vide ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 122.

28 Vide ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 146.

29 Vide ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, p. 151.

30 Vide VALE, 2014.

os votos; a possibilidade de se ter sessões fechadas antes das sessões públicas de julgamento; possível influência dos posicionamentos dos pares para a construção de sua decisão; o modelo de votação *seriatim*; a prática de preparação dos textos para julgamento antes de ouvir o relator e as considerações das partes; a possibilidade de modificação do voto após a sessão de julgamento; a forma e a liberdade de julgamento; a situação dos “pedidos de vista”; o papel do presidente na condução das sessões e na aplicação do regimento interno; o modelo de formatação e publicação das decisões do tribunal; a forma como a doutrina é citada, assim como sua origem, se nacional ou estrangeira; a percepção dos ministros sobre a “última palavra” na interpretação da Constituição; a relação dos ministros com os meios de comunicação e com a sociedade, isto é, se devem ouvir os anseios do povo; entre outros³¹. A essa sua extensa e cuidadosa análise, o autor agrega a sua pesquisa o que ele chama de “decálogo esquematizado”³², em que indica possíveis propostas e diretrizes para aperfeiçoar a prática deliberativa dos tribunais constitucionais. Sua pesquisa é primorosa, porque, além de uma ênfase em possíveis desenhos institucionais, ela avança para a própria percepção dos agentes, para o estudo comparado e, a partir dos resultados alcançados, apresenta propostas para aperfeiçoamento da capacidade deliberativa dos tribunais constitucionais.

Por sua vez, apesar de seu foco não ser exatamente o STF (mas as cortes brasileiras em geral), o livro *Como Decidem as Cortes? Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)*, de José Rodrigo Rodriguez, expõe, com grande propriedade e análises empíricas, também esse sintoma das “onze ilhas” que tanto atormenta o direito brasileiro. Com uma cuidadosa pesquisa sobre como os juízes brasileiros agem na aplicação do direito, sua conclusão não é diferente dos trabalhos anteriores. Aqui também há uma clara percepção da formação do personalismo decisório. Segundo ele, “cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente: sua individualidade está acima das eventuais “razões do Tribunal” que, aliás, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente ou impõe a necessidade de se elaborar um “voto da corte”³³. Seu conceito de “zonas de autarquia”, isto é, “um espaço institucional em que as decisões são tomadas sem que

31 Vide VALE, 2014, pp. 222-327.

32 VALE, 2014, p. 388.

33 RODRIGUEZ, 2013, p. 7.

se possa identificar um padrão de racionalidade qualquer³⁴ indica que, tal como antes afirmado, o problema do direito brasileiro é anterior e mais estrutural à própria discussão a respeito de que racionalidade se quer alcançar. No solipsismo decisório que prevalece nas práticas dos tribunais, a deliberação torna-se mero jogo de palavras em que, no final, o que se visualiza nada mais é do que “um espaço vazio de justificação”³⁵.

Nesses trabalhos, verifica-se que práticas consolidadas e o desenho institucional das cortes e, mais particularmente, do STF estão bastante distantes de ensejar a deliberação colegiada. Prevalece, ao contrário, o personalismo decisório, acompanhado de técnicas argumentativas que carecem de maior sustentação em relação a que modelo de racionalidade judicial adotar. Essas pesquisas apontam não somente uma incapacidade deliberativa em razão de uma falta de coerência e consistência interpretativa que reverbera em uma confusão entre o individual e o institucional, mas também em uma atuação que estrategicamente reforça o individual até como afirmação de poder. A disfuncionalidade da corte em uma análise sistemática do constitucionalismo é notória. Afinal, se o constitucionalismo decorre de interações entre instituições, que, por sua vez, derivam de interações entre indivíduos³⁶, o crescimento exacerbado do individualismo decisório resulta naturalmente em uma quebra desse equilíbrio interativo. Ao invés de uma decisão institucional que nasce de uma adequada distribuição do poder decisório entre os ministros, o desenho institucional e as práticas arraigadas desta corte permitem e favorecem que indivíduos, isoladamente, afetem diretamente o constitucionalismo, com relevantes consequências sobre a legitimidade da corte e a separação de poderes.

Fazer um diagnóstico dessa realidade, por conseguinte, faz-se necessário, buscando trazer um pouco desse aprendizado a partir da ainda escassa literatura sobre o tema e da observação das práticas e regras internas do tribunal. O próximo tópico tem o intuito de examinar algumas dessas características disfuncionais do desenho institucional e das práticas do STF. Como delimitação metodológica, optou-se por examinar o controle concentrado de constitucionalidade, que tem ganhado força e importância nos últimos anos, embora ainda com relativo pouco impacto na defesa de di-

34 RODRIGUEZ, 2013, p. 158.

35 RODRIGUEZ, 2013, p. 158.

36 Vide VERMEULE, 2011, p. 3.

reitos fundamentais³⁷. Sua centralidade, todavia, é inegável, na medida em que ele repercute muito da ideia de corte constitucional que centraliza as decisões em seu âmbito de competência, o que tem se verificado por um movimento de “abstrativização” de suas decisões³⁸. Além do mais, muitas das conclusões alcançadas pelo exame deste controle também se aplicam nas demais ações no âmbito do STF.

4. O Processo Decisório do STF no Âmbito do Controle Concentrado de Constitucionalidade

Acompanhando um movimento comum no direito constitucional comparado³⁹, o STF tem ganhado expressividade no cenário jurídico-político de forma bastante acentuada. Embora logo após o advento da Constituição de 1988 o STF ainda apresentasse uma atuação relativamente tímida em temas de maior sensibilidade nacional e política, essa realidade foi substancialmente alterada a partir da década de 2000⁴⁰, acarretando um crescente desconforto a respeito dos limites de sua competência. Andrei Koerner, a esse respeito, por exemplo, explicita que, enquanto, na década de 1990, o STF exercia mais o papel de “estabilização democrática e constituição de um regime liberalizante”⁴¹, a partir de 2002, com o governo Lula, houve um conjunto de reformas que “consolidaram o STF como jurisdição constitucional concentrada, permitiram maior controle da agenda e a ampliação dos impactos das decisões”⁴². Desse modo, malgrado todos os problemas e contradições inerentes ao novo *status* alcançado, o STF passou, mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, a atuar simultaneamente como tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado. Esse poder de atuação foi reforçado com as emendas nº 3/93 e nº 45/04 e com as leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99⁴³.

37 Vide COSTA & BENVINDO, 2014.

38 Vide BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Acórdão na Reclamação nº 4335/AC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe 22 out. 2014 (Voto Min. Gilmar Mendes).

39 Vide HIRSCHL, 2008.

40 Para uma análise dessa maior presença do Supremo Tribunal Federal no Brasil nos últimos anos, vide BENVINDO, 2010, pp. 31-83; VIEIRA, 2008.

41 KOERNER, 2013, p. 79.

42 KOERNER, 2013, p. 92.

43 Vide VIEIRA, 2008, p. 444.

Essa configuração traz desafios evidentes. No âmbito do direito comparado, esse acúmulo de funções é bastante singular⁴⁴. O STF não apenas tem a competência de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos no âmbito federal e estadual, podendo inclusive apreciar emendas à Constituição que violem cláusulas pétreas⁴⁵, como também julga certas ações de maneira originária, geralmente em razão do *status* do réu. É também a última instância recursal, sendo responsável pela uniformização da jurisprudência constitucional no Brasil.

Em relação particularmente ao controle concentrado de constitucionalidade, a atuação da corte pode ser examinada a partir tanto do aspecto legal (disposto, principalmente, no Regimento Interno do STF) quanto das próprias práticas do tribunal. Verifica-se o seguinte funcionamento interno da corte até a publicação do acórdão. O STF é composto, do ponto de vista interno, pelo plenário, por duas turmas e pelo presidente⁴⁶. As ações de controle concentrado de constitucionalidade são julgadas pelo plenário, com a presença mínima de oito ministros e o acordo decisório entre pelo menos seis ministros⁴⁷. Após o ingresso de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade por um dos atores legitimados⁴⁸, designa-se um relator mediante sorteio (ou prevenção, caso o ministro já possua alguma relação com o processo). A tramitação, após as inovações trazidas pela Resolução nº 417/2009, é totalmente eletrônica⁴⁹. O processo e o relator possuem uma relação intrínseca, o que se reflete de várias maneiras no processo decisório do STF: é o relator que ordena e dirige o processo, submete questões de ordem ao plenário, elabora o acórdão, convoca a audiência pública, entre outros⁵⁰.

Além de escrever o próprio voto do caso, o relator é responsável por elaborar o relatório, que descreve os argumentos dos atores que levam o

44 Vide VIEIRA, 2008, p. 447.

45 "O STF já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755)." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 14 set. 2001).

46 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (DJ de 27 de outubro de 1980), art. 2º.

47 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (DJ de 27 de outubro de 1980), art. 143, parágrafo único; Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 22 e 23.

48 Vide Constituição da República Federativa do Brasil, art. 103.

49 Vide Resolução nº 417/2009 do Supremo Tribunal Federal (DJe de 22 de outubro de 2009), art. 19.

50 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 21.

caso ao tribunal, e que é distribuído aos outros ministros antes do julgamento⁵¹. Como prática, os demais ministros, porém, não recebem o voto do relator com antecedência⁵². Eles somente têm acesso à opinião do relator em relação ao caso na própria sessão de julgamento. Como não há previsão de reunião prévia entre os ministros, os votos são escritos de forma individual e apresentados somente na sessão de julgamento.

Em regra, as sessões de julgamento são públicas⁵³. Após a abertura da sessão, o relator faz a leitura do relatório, seguindo-se as sustentações orais⁵⁴. Encerrado o debate, inicia-se o julgamento, segundo a ordem prescrita pelo art. 135 do Regimento Interno: em primeiro lugar, o ministro relator; em seguida, os demais ministros, na ordem inversa de antiguidade (ou seja: os ministros há mais tempo no tribunal votam por último). Caso haja pedido de vista, o julgamento é suspenso até que o processo seja apresentado novamente; se não houver pedido, o presidente proclamará a decisão assim que encerrada a votação.⁵⁵

Por fim, o acórdão é redigido pelo redator – o ministro-relator, caso sua posição tenha sido vencedora no julgamento, ou pelo ministro que proferiu primeiro o voto da corrente majoritária, caso o relator reste vencido. Os artigos 93, 96 e 97 do Regimento Interno dispõem que o acórdão deverá conter a transcrição de áudio do julgamento (que registra o relatório, as discussões em plenário, os votos fundamentados, as leituras de votos e eventuais consultas a advogados, as perguntas aos advogados e suas respostas), as conclusões e o extrato da ata.

Os gabinetes dos ministros devem encaminhar os votos à secretaria das sessões no prazo de vinte dias⁵⁶. Se os gabinetes não liberarem os votos dentro do prazo exigido, a secretaria das sessões transcreverá o áudio, ressaltando que o voto não foi revisado.⁵⁷ Finalmente, os autos são encaminhados ao relator para a elaboração do acórdão e ementa, que será publicado no Diário de Justiça.⁵⁸

51 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 87.

52 Vide VALE, 2014, p. 240.

53 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 124.

54 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 131 a 133.

55 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 134 e 135, §2º.

56 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 96, §2º.

57 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 96, §3º.

58 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 95 e 96, §4º.

5. Desenhos Institucionais e Práticas para Bloquear a Deliberação Coletiva

Não é preciso ser um profundo conhecedor de princípios e estratégias que possibilitam um incremento da deliberação coletiva para concluir, a partir da sucinta descrição acima, que há um evidente problema metodológico na construção de uma decisão colegiada no âmbito do STF. O desenho institucional e as práticas consolidadas explicitam uma dificuldade acentuada de pensar a atividade judicial, em uma corte de justiça, como algo diverso da expressão de um posicionamento individual de seus membros, reforçando, assim, a figura do *solipsismo supremo*. Mesmo que, ao final, se poderia pensar que foi alcançado algum consenso – afinal, existe um fenômeno de acentuada concentração das decisões com base no voto do relator⁵⁹ –, a verdade é que, se há consenso, não parece que ele tenha derivado de uma efetiva deliberação racional. Se fizermos uma separação, tal como sugerida por Klafke e Pretzel⁶⁰, entre o momento da criação da decisão, que vai desde a distribuição do processo até a deliberação em plenário, e o momento da apresentação do resultado final, referente à elaboração do acórdão e à opinião da corte, essa conclusão fica ainda mais nítida.

5.1. Momento da Construção das Decisões

No momento da construção das decisões, o conceito de deliberação, tal como hoje praticado no STF, identifica-se imediatamente com a construção individual da decisão. Não há, afinal, prévia circulação do voto do relator entre seus pares⁶¹, somente o relatório⁶², que apenas sintetiza o caso, os argumentos das partes e, em alguns casos, de outros participantes, como os

59 Vide a pesquisa de Guilherme Klafke e Bruna Pretzel, em que concluem que “a partir dos dados coletados, verificamos que uma quantidade não desprezível de acórdãos no universo da pesquisa apresenta grau máximo ou muito intenso de concentração. Dessa maneira, acreditamos ser possível direcionar a crítica das “onze ilhas” para dois questionamentos importantes: (i) Quais as razões que levam um ministro a anexar um voto escrito no acórdão ou apenas registrar em ata? (ii) O fenômeno da concentração é retrato de uma tendência à construção de consensos no tribunal ou é a máxima evidência de que o individualismo impera também na dinâmica colegiada da corte?” (KLAFKE; PRETZEL, 2014, p. 103).

60 Vide KLAFKE; PRETZEL, 2014, pp. 91-92.

61 Embora isso já aconteça em alguns casos, como prática do tribunal, a circulação do voto não é obrigatória e nem está prevista no Regimento Interno do STF.

62 Vide DA SILVA, 2013, pp. 569-70; BARROSO & MELLO, 2010.

amici curiae. A esse respeito, a pesquisa de André Rufino do Vale enfatiza, a partir de entrevistas com os próprios ministros, que a maioria deles “não costuma trocar ideias com seus pares no momento em que está se preparando para tomar decisões importantes”⁶³. Aliás – e este fato é bastante curioso como prática deliberativa –, são poucos os ministros que defendem esse tipo de contato prévio e muitos justificam essa ausência em razão da falta de tempo ou até mesmo em função do elevado risco de influência recíproca⁶⁴. Como se observa, a própria ideia de deliberação prévia é colocada em dúvida, prevalecendo o elemento surpresa como um fator importante no momento da decisão em plenário.

Como estratégia hábil a potencializar a qualidade deliberativa da corte, seria conveniente e desejável que o voto do relator também circulasse antes da sessão de julgamento. Isso tornaria o processo decisório mais discursivo, coletivo e consistente, pois tenderia a promover um maior diálogo em torno das posições convergentes e divergentes dos membros da corte, poupando tempo e trabalho dos demais ministros. Ao mesmo tempo, poderia permitir a construção de uma *opinião da corte*, que facilitaria a coerência das decisões, incrementando-se, assim, um maior diálogo da corte com seu próprio passado. Um dos problemas mais analisados nas diferentes pesquisas a respeito desse pouco diálogo do voto do relator com os demais posicionamentos dos ministros está, como visto, no reforço da perspectiva individual em detrimento do coletivo, além, naturalmente, de uma perda de coerência. Não há – ao menos como regra – verdadeiro confronto de posições e não é de se estranhar que a concentração, seja por consenso tácito ou afirmação própria desse personalismo decisório⁶⁵, seja a rotina do tribunal. Se não há prévio diálogo, é natural, até como estratégia comportamental, que o consenso seja alcançado muito mais por uma atitude inercial do que, efetivamente, pela construção coletiva do argumento. Segue-se o voto do relator, pois não há tempo e ambiente para o adequado aprofundamento dos fundamentos apresentados, estruturando-se a lógica discursiva por uma estratégia dos demais membros de não confrontar o relator e confiar que alguma coerência está prevalecendo.

63 VALE, 2014, p. 241

64 Vide VALE, 2014, pp. 241-42.

65 Vide KLAFFKE & PRETZEL, 2014, p. 103.

Se o relator é o principal responsável pelo processo, possuindo para tanto diversos poderes, é natural supor que dentro do tribunal ele seja quem conhece melhor as particularidades de cada caso. Essa qualidade, todavia, é desperdiçada para fins de diálogo, voltando-se, ao contrário, para o reforço da individualidade. Como demonstram os recentes trabalhos de Virgílio Afonso da Silva a respeito do papel do relator no Supremo Tribunal Federal, embasados em entrevistas realizadas com 17 ministros e ex-ministros da Corte, o papel de preponderância do relator no processo decisório e na deliberação é com frequência superestimado⁶⁶, seja em decorrência do próprio processo deliberativo do tribunal⁶⁷, seja em decorrência de práticas institucionalizadas⁶⁸.

A consequência, registrada no diagnóstico das “onze ilhas”, está, pois, na configuração de um ambiente em que cada ministro escreve seu voto, quando assim o faz (pois há tendência inercial de seguir simplesmente o relator)⁶⁹, sem saber a opinião daquele que teve mais acesso às particularidades do caso. Se, por outro lado, fosse adotada a solução simples de circular o voto do relator antes do julgamento, há um ganho visível de escala, coerência e eficiência: os ministros que concordam com a posição poderiam, desde já, aderir à posição do relator – embora agora sem o elemento surpresa que favorece comportamentos inerciais –, evitando-se a escrita pormenorizada de um voto desnecessário. Além do mais, evitar-se-iam pedidos de vista, uma vez que os ministros já saberiam de antemão para onde o julgamento estará caminhando.

Por outro lado, aqueles que discordassem do posicionamento do relator poderiam levar ao julgamento seus argumentos já também pensados e estruturados para rebater os pontos suscitados, enriquecendo o debate sobre à questão. Essa, aliás, é a sugestão de Barroso e Mello, extremamente simples em sua essência, mostrando que uma pequena mudança das práticas internas do tribunal poderia fazer uma grande diferença⁷⁰. Uma simples modificação do desenho hoje empregado de como os casos devem ser examinados na corte teria a capacidade de avançar na conformação de uma

66 Vide DA SILVA, 2015, pp. 198-199.

67 DA SILVA, 2015, pp. 188-190;

68 DA SILVA, 2015, pp. 191-193; DA SILVA, 2016, p. 667. Vide, também, o artigo de ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2016, e a resposta de DA SILVA, 2016.

69 Vide KLAFKE; PRETZEL, 2014.

70 Vide BARROSO & MELLO, 2010.

corde constitucional e, não, em um aglomerado de juízes constitucionais. Ao solipsismo hoje prevalente, avançaria uma forma de *racionalização discursiva* dentro da corte. O ganho de consistência e de transparência tenderia a incrementar substancialmente. Ficaria demonstrado que transparência não se confunde com o ato de apresentar, de surpresa, a decisão perante os demais colegas e a sociedade, especialmente hoje com os mecanismos de radiodifusão como a TV Justiça. Ao contrário, significa explicitar uma posição decorrente de ampla deliberação colegiada e de forte preparo coletivo para o encontro do melhor argumento.

Há hoje, além do mais, outros elementos que são hábeis a potencializar a deliberação coletiva e que poderiam facilitar essa mudança no desenho institucional para fomentar comportamentos dos ministros à construção de decisões mais propriamente colegiadas. Com a adoção do processo eletrônico, facilita-se sobremaneira o ganho de informação e preparo dos membros da corte para sua atuação nas sessões de julgamento, naturalmente decorrente de todas as facilidades advindas desse sistema. Embora ainda usado de forma relativamente pouco discursiva, o plenário virtual poderia ensejar ganhos para esse fim. Esse sistema, que consiste em um mecanismo de votação eletrônico concebido para o julgamento da preliminar de repercussão geral – e, em alguns casos, para o julgamento do mérito de recursos em que já houver jurisprudência pacífica⁷¹ – poderia também servir para o início de um debate virtual, posteriormente fortalecido durante a própria sessão de julgamento. Se hoje já se apresenta como um lugar onde os ministros trocam informações prévias, encontra-se aí um interessante instrumento de uso da tecnologia para fomentar a deliberação coletiva. Porém, para tanto, há de se mudar substancialmente a forma como hoje ainda tem sido usado este mecanismo, que, ao invés de ampliar o diálogo, é claramente marcado pelo solipsismo argumentativo de cada um dos ministros da corte.

Como mostra a pesquisa empírica de André Rufino do Vale, momentos de deliberação anteriores à sessão plenária são excepcionais⁷². Isso se deve em parte à organização da corte – os gabinetes são pensados como estruturas autônomas hermeticamente fechadas – e à atual legislação processual

71 Vide SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Supremo Esclarece Regras dos Julgamentos por Meio Virtual, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=185234>>. Acessado em 03 de agosto de 2015. Acessado em 21 de julho de 2016.

72 Vide VALE, 2014, pp. 242-43

civil em vigor, que enfatiza a decisão monocrática⁷³. Se por um lado isso oferece soluções práticas para a resolução da quantidade exacerbada de processos em tramitação, isso cria, por outro lado, uma espécie de cultura do individualismo⁷⁴. Ao fim e ao cabo, “são deliberações parciais intragabinetes que na prática dificultam o desenvolvimento de deliberações colegiadas intergabinetes”⁷⁵.

A escrita dos votos é um ponto igualmente problemático⁷⁶. Relaciona-se intimamente com a questão da circulação do voto do relator e a questão da leitura dos votos. Existem, basicamente, dois modelos de decisão: o modelo *seriatim* e o modelo *per curiam*. Enquanto o modelo *seriatim* consiste na agregação de várias opiniões (em série, como o termo já indica), o modelo *per curiam* é aquele que produz uma decisão após uma deliberação secreta. Enquanto o modelo *seriatim* é característico de países do *common law*, o modelo *per curiam* é o modelo típico dos países de *civil law*.⁷⁷ Há também possíveis variações nesses modelos, restringindo ou não, por exemplo, a publicação de opiniões dissidentes.

O modelo utilizado pelo STF é o *seriatim*. A escrita de votos, portanto, é individual, e os ministros chegam à sessão de julgamento com seu respectivo voto pronto. Na sessão, ele será lido em voz alta. Como o voto do relator não circula antes do julgamento, nem há uma reunião prévia para debater o que será julgado, pode-se dizer que não existe qualquer processo deliberativo no tribunal antes da sessão plenária – a não ser em casos de reuniões informais, que, apesar de terem sido documentadas pela imprensa, não são previstas como parte da prática do tribunal.

A ordem de leitura dos votos é disciplinada pelo art. 135 do Regimento Interno do STF, que basicamente começa pelo relator, segue por ordem de tempo no tribunal (do ministro com menos tempo de tribunal até o que está há mais tempo) e termina com o presidente do tribunal. Além disso, as sustentações orais dos advogados – como o Advogado Geral da União, advogados públicos e advogados de *amici curiae* – acontecem durante a sessão de julgamento, logo após a leitura do relatório. Somando isso à di-

73 Vide VALE, 2014, p. 243.

74 Vide VALE, 2014, p. 243.

75 Vide VALE, 2014, p. 244.

76 Vide BARROSO & MELLO, 2010; DA SILVA, 2013, pp. 578-580.

77 Vide DA SILVA, 2013, p. 570.

vulgação com pouca antecedência da pauta de julgamento e à dificuldade em conseguir audiências, pode-se dizer que a participação dos advogados está muito aquém do potencial persuasivo que deveria ter. Esse desenho de como a deliberação é realizada, naturalmente, produz um profundo desequilíbrio entre os juízes, como bem retratado por Virgílio Afonso da Silva⁷⁸. Segundo ele – e aqui se atendo ao exemplo mais simples por ele trazido⁷⁹ –, caso os seis primeiros ministros votem em determinado sentido, como a inconstitucionalidade ou não de uma lei, os últimos cinco ministros (o presidente e os quatro ministros há mais tempo no cargo) teriam muito menos influência na decisão final⁸⁰. Como a decisão, principalmente em casos polêmicos, será proclamada após a contagem de votos dos ministros, o caso está virtualmente já decidido, uma vez que obteve a maioria (6 votos) necessária. Embora a mudança de posição seja possível até o fim do julgamento, “tendo em vista as restrições procedimentais ao livre debate, e tendo em vista os efeitos da extrema publicidade na probabilidade de mudanças de opinião, é improvável que um esse placar de ‘6 a 0’ possa ser derrubado”⁸¹. Isso demonstra que nem sempre os votos possuem o mesmo peso, o que, naturalmente, traz um direto problema para a deliberação racional, na medida em que a igualdade discursiva sob o viés procedimental⁸² é claramente afetada.

Prosseguindo a análise, o momento de debate no julgamento é outro aspecto que pode ser considerado problemático, tendo sido abordado principalmente por Klafke. Sua análise é interessantíssima, embora limitada a apenas sete acórdãos do STF. Klafke, ao menos a partir desse material empírico, conclui que os debates, ao invés de possuírem uma grande repercussão no julgamento, são improdutivos. Como os debates servem para

78 Vide DA SILVA, 2013, pp. 570-72.

79 Sem o prejuízo de outros exemplos mais complexos e que tratam melhor do tema, que podem ser encontrados no artigo mencionado.

80 Vide DA SILVA, 2013, p. 571.

81 Vide DA SILVA, 2013, p. 571.

82 Vide, por exemplo, como Jürgen Habermas trabalha a construção de uma racionalidade comunicativa que pressupõe igualdade de deliberação entre agentes. Segundo ele: “Uma vez que o agir comunicativo depende do uso da linguagem dirigida ao entendimento, ele deve preencher condições mais rigorosas. Os atores participantes tentam definir *cooperativamente* os seus planos de ação, levando em conta uns aos outros, no horizonte de um mundo da vida compartilhado e na base de interpretações comuns da situação. Além disso, eles estão dispostos a atingir esses objetivos mediatos da definição da situação e da escolha dos fins assumindo o papel de falantes e ouvintes, que *falam e ouvem através de processo de entendimento*” (HABERMAS, 2002, p. 72).

prestar esclarecimentos, dá-se pouca importância à troca de argumentos, resultando em uma resistência à mudança de posição dos ministros⁸³. O problema da produtividade dos debates está ligado, para o autor, a outros problemas do processo decisório do STF: a omissão do plenário, a inconsistência na definição dos pontos controversos, a sessão única de julgamento e o isolamento dos ministros, entre outros⁸⁴. Resumidamente, há pouco espaço para o debate da questão que está sendo decidida. Além do mais, em um primeiro momento, nem todas as questões levantadas durante o julgamento são enfrentadas pelo plenário. Algumas questões mencionadas pelos ministros e que poderiam aprimorar a decisão permanecem não abordadas no acórdão final⁸⁵. Um outro efeito é a inconsistência entre os argumentos. Não raramente sequer há uma definição clara do que está sendo debatido, já que cada ministro pode realçar diferentes aspectos do problema sem necessariamente abordar os pontos do voto anterior. Não haveria, assim, um fio condutor do debate, ao menos nos casos examinados. Os ministros, em vez de simplesmente seguirem o voto do relator ou de rebater as questões apresentadas, escolhem quais questões devem ou não abordar e de que modo⁸⁶. Por fim, é de se ressaltar que todo o processo decisório se desenrola em apenas uma sessão, a não ser que haja um pedido de vista, que suspende o julgamento. Questões novas levantadas no momento de deliberação podem causar surpresa e permanecer sem resposta, tanto pela falta de preparo quanto pela ausência de um segundo momento decisório. Se as decisões são criadas em uma única sessão, os ministros trazem os votos escritos e passam grande parte do tempo lendo seus votos, parece claro que o debate acontecerá de forma ocasional e fragmentária.

Recorrente também na análise dos problemas deliberativos do STF encontra-se o pedido de vista e o controle do tempo da decisão pelos ministros⁸⁷. Durante a sessão, qualquer um dos ministros pode suspender o julgamento, caso sintam que é necessário mais tempo para refletir sobre a questão. Fica evidente, portanto, uma tensão inerente ao processo decisório do STF: o tribunal requer que a decisão seja tomada o mais rápido pos-

83 Vide KLAFFKE, 2010, pp. 116-17.

84 Vide KLAFFKE, 2010, pp. 95-120.

85 Vide KLAFFKE, 2010, pp. 95-101.

86 Vide KLAFFKE, 2010, pp. 101-04.

87 Vide ARGUELHES & RIBEIRO, 2015, pp. 135-138; DA SILVA, 2013, p. 572; KLAFFKE, 2010, pp. 109-112.

sível, em uma única sessão, ao mesmo em que garante a possibilidade da suspensão do processo por um grande espaço temporal. Essa ampla lateralidade que se concede a cada um dos ministros, todavia, impõe a conclusão de que a importância dos posicionamentos dos demais ministros tende a contar pouco⁸⁸. Para entender como essa interrupção pode ser descabida, basta imaginar um caso hipotético em que há um pedido de vista logo no início do julgamento. Se a função do voto vista é permitir uma reflexão melhor sobre o caso, é possível que a dúvida que suscitou o pedido fosse resolvida ao longo do julgamento ou debatida pelos outros ministros. Além do mais, o pedido de vista pode servir como um instrumento político interessante para os ministros, principalmente em casos polêmicos, pois adiará a decisão como um mecanismo estratégico de controle do *timing* da ocorrência de seus efeitos⁸⁹. Por outro lado, ele traz consequências negativas ao processo decisório, já que os ministros frequentemente descumprem o prazo de devolução, podendo se estender por vários anos⁹⁰.

5.2. Momento da Apresentação das Decisões

Após o encerramento da sessão plenária, o processo é remetido, para a confecção do acórdão, ao gabinete do ministro relator (caso seu voto tenha sido vencedor no julgamento) ou ao gabinete do ministro que tenha proferido o primeiro voto divergente (caso a posição do relator tenha sido vencida). Um acórdão de uma decisão do STF contém basicamente três elementos: a) a ementa, cuja função é resumir o fundamento e o dispositivo da decisão; b) o relatório; c) os votos de todos os ministros que participaram do julgamento somados às transcrições dos debates orais ocorridos nas sessões de julgamento.

Os aspectos procedimentais da escrita e publicação dos acórdãos dão ensejo a problemas interessantes. O primeiro deles é a necessidade de aprovação e liberação, por cada um dos ministros, de todas as notas

88 DA SILVA, 2013, p. 572.

89 Vide ARGUELHES; RIBEIRO, 2015, pp. 135-138.

90 A análise empírica que culminou no relatório "O Supremo em Números: O Supremo e o Tempo" mostra que os prazos regimentais dos pedidos de vista são raramente respeitados. Muito embora o prazo para a devolução dos pedidos de vista seja de dez dias (prorrogável por mais dez - essa norma regimental foi, porém, alterada por diversas vezes), a duração média de devolução dos pedidos de vista é de 1095 dias, para os não devolvidos, e 346, para os devolvidos. Para tanto, vide (FALCÃO ET AL., 2014, pp. 89-100).

e transcrições do áudio do julgamento⁹¹. Especialmente em se tratando de julgamentos longos e com muitos debates, o tempo necessário para a transcrição e aprovação pode extrapolar os limites do Regimento Interno e retardar a publicação da decisão⁹².

Como antes discutido, o modelo de escrita de votos adotado pelo Supremo é o *seriatim*, que é, por essência, agregativo, dando relevância à apresentação das opiniões individuais de cada ministro. Vale ressaltar que a adoção de um ou outro modelo de escrita de votos não é, em si mesmo, problemática. O modelo *seriatim* representa com fidedignidade a realidade da deliberação dentro da corte, o que pode, inclusive, servir como uma espécie de estratégia política da corte, ao mostrar para a sociedade que o tribunal é composto por uma pluralidade de opiniões. No caso brasileiro, o modelo é levado aos seus extremos, pois o texto final do acórdão é uma soma de todos os passos da sessão plenária. Porém, como a decisão é tomada, em última instância, pela soma dos votos dissidentes e convergentes, a adoção do modelo *seriatim* pode ser problemática. Não existe preocupação, à primeira vista, com a unidade do acórdão, ou seja, com o fato do tribunal falar com uma única voz. Com isso, não raramente existem casos em que o texto do acórdão é uma soma de votos que não guardam necessariamente relação entre si, em que há divergência de fundamentos entre os votos da mesma corrente, impedindo a clara identificação do posicionamento da corte.

O modelo *per curiam* apresenta, em relação à coletivização dos resultados da decisão, uma vantagem inegável. Na medida em que este modelo requer a redação de uma opinião da corte sobre determinado caso, abrindo ou não espaço para votos divergentes, o tribunal tem de apresentar suas razões como corte constitucional, construindo-se, assim, um imperativo de consistência argumentativa⁹³. Naturalmente, isso implica uma perda dessa individualidade que as práticas e regras do tribunal fortaleceram ao longo dos anos e, portanto, exigiria uma radical mudança de cultura e lógica argumentativa dentro da corte, o que causa resistência dos próprios ministros. A perda de poder individual, evidentemente, contraria não apenas uma postura inercial de se manter as coisas como sempre estiveram - a zona

91 Vide Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 96.

92 Vide VALE, 2014, p. 294.

93 Para uma análise detalhada do problema, vide ROESLER & RÜBINGER-BETTI, 2014.

de conforto –, mas a construção mental que se consolidou de sua própria capacidade de determinar, mesmo que isoladamente, a mudança constitucional. Mas o esforço pode se justificar, especialmente porque concentrar muitos poderes nos ministros individualmente implica confundir a própria corte com essas individualidades, quando, na verdade, as propriedades de uma corte, como um sistema agregado, podem ter características que nem todos ou nenhum de seus os seus membros compartilha⁹⁴. A interação entre eles, se efetiva, abstrai-se de uma simples somatória de opiniões isoladas. Além do mais, possibilita-se uma melhor identificação da *ratio decidendi* das decisões da corte, evitando-se que os ministros exerçam individualmente o poder judicial “sem mediação pela arena decisória interna do STF”⁹⁵. O ganho de transparência, seja pelo incremento de qualidade da deliberação interna, seja pela maior possibilidade de controle externo de consistência argumentativa pela sociedade – por exemplo, o papel crítico exercido pela academia – é notório.

6. Conclusão: o Supremo Tribunal Federal em uma Dimensão Sistêmica do Arranjo Constitucional Brasileiro

A deliberação está intimamente ligada à legitimidade de uma corte constitucional, que é conquistada lentamente, decisão por decisão. Trata-se de uma conquista, porém, que deve atentar para o papel que uma corte constitucional assume em uma dimensão sistêmica de interação entre constitucionalismo, instituições e indivíduos⁹⁶. Adrian Vermeule, no livro *The System of the Constitution*⁹⁷, ao afirmar que toda ordem constitucional é um sistema de dois níveis⁹⁸, isto é, decorre da “interação de instituições, que, por sua vez, surgem da interação de indivíduos”⁹⁹, expõe as fragilidades

94 Segundo Vermeule, “(...) o sistema agregado tem propriedades que nem todos seus componentes ou membros compartilham; como veremos, um sistema agregado pode até mesmo ter propriedades que nenhum de seus componentes ou membros compartilham. Isso é possível não porque o agregado tem alguma existência misteriosa particular, sobre e a cima dos indivíduos ou instituições que os contêm. Ao contrário, isso pode ocorrer apenas porque uma estrutura particular de interação entre os membros ou componentes produz propriedades emergentes no nível sistêmico” (VERMEULE, 2011, p. 5).

95 ARGUELHES & RIBEIRO, 2015, p. 128.

96 Vide VERMEULE, 2011, p. 27.

97 Vide VERMEULE, 2011.

98 Vide VERMEULE, 2011, p. 27.

99 VERMEULE, 2011, p. 8.

dos estudos que esquecem essa premissa. Nessas circunstâncias, cometem o que se poderia chamar de falácia da composição ou da divisão. Isso porque assumem que a instituição é a soma das intenções, práticas dos indivíduos ou vice-versa, respectivamente, quando, na verdade, na interação entre eles, a instituição pode se apresentar com qualidades bastante diversas ou mesmo antagonicas a seus membros. Do mesmo modo, em um segundo nível, as interações entre as instituições também constroem um sistema de segunda ordem que tampouco se confunde com uma instituição em particular¹⁰⁰. O STF, com sua prática decisória que não delibera¹⁰¹, todavia, consegue ultrapassar os dois níveis sistêmicos sem maiores constrangimentos, acarretando, naturalmente, um profundo problema de legitimidade.

A sucinta análise das práticas do STF apresentada acima expõe o diagnóstico de um excessivo caminhar para o fortalecimento individual dos ministros, que não apenas agem como se instituição fossem, mas também, em função do substancial alargamento de competências e dos efeitos de suas decisões¹⁰², como controladores da mudança constitucional e - por que não? - do processo político¹⁰³. Na medida em que a deliberação se torna secundária ou mesmo uma prática de fachada, as interações que impõem limites a essa atuação individual se perdem. Neste caso, a falácia da composição se apresenta, em que a decisão da corte se confunde com o somatório de opiniões de seus ministros. Porém, como há visível concentração decisória em torno da figura do relator¹⁰⁴, com um movimento inercial dos demais ministros, sequer se poderia chamar de composição de opiniões as decisões desta corte. Em última instância, o solipsismo supremo nada mais é do que a expressão de indivíduos determinando, em grande medida, o funcionamento da ordem constitucional, quebrando-se, portanto, a lógica de um sistema de dois níveis¹⁰⁵ que impõe constrangimentos mútuos para o adequado funcionamento do regime democrático.

Este artigo reconhece, naturalmente, as dificuldades de mudança de comportamentos e da construção de novos desenhos institucionais. Sabe,

100 Vide VERMEULE, 2011, p. 27.

101 Vide DA SILVA, 2013.

102 Vide o fenômeno da "abstrativização" das decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade. STF como se pode encontrar no julgamento da ADI 4.335/AC no Supremo Tribunal Federal.

103 Vide ARGUELHES & RIBEIRO, 2015.

104 Vide KLAFFKE & PRETZEL, 2014, p. 103.

105 Vide VERMEULE, 2011, p. 27.

do mesmo modo, que o STF, com o alargamento de suas competências, acabou por reforçar práticas obstrutivas da deliberação até para lidar com o incremento de complexidade em meio à escassez de tempo. Em uma corte que, apenas em 2015, produziu 116.669 decisões, mas apenas 17.752 colegiadas¹⁰⁶, é visível que há um estrutural descompasso entre sua realidade cotidiana e a idealidade de uma corte constitucional. Contudo, soluções simples como as antes apresentadas, que não acarretariam maiores transtornos a essa realidade já bastante conturbada, poderiam abrir as portas para um avanço notável na capacidade deliberativa do tribunal. Ao não as promover, o STF expõe, todavia, seu lado mais humano, novamente confundindo-se com os indivíduos que o compõem. Como solipsismo supremo que é, não consegue sair da inércia que condiciona comportamentos à manutenção de sua zona de conforto. Mas, sobretudo, a resistência dos ministros à mudança, quando a obviedade dessa disfuncionalidade tão fortemente se apresenta e pequenos movimentos já trariam importantes resultados, expõe algo mais profundo: a dificuldade de seus ministros de esvaziarem-se de suas vaidades e de suas ânsias por mais poder, especialmente porque a corte, ao efetivamente deliberar, constrangerá suas tão consolidadas verdades. Repensar o processo decisório do STF não é, por isso, apenas um capricho teórico, mas uma tentativa de trazer possíveis soluções para uma quantidade expressiva de problemas práticos que ele origina.

Referências

- ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review, and Representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, pp. 572–581, 2005; <http://dx.doi.org/10.1093/icon/moi040>
- _____. The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, pp. 374–384, 1999; <http://dx.doi.org/10.1111/1467-9337.00131>
- ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva dos acórdãos do STF. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, 2016; <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v2i1.44>

106 Vide SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF – Decisões*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>>. Acesso em 21 de julho de 2016.

- ARGUELHES, Diego Werneck e HARTMANN, Ivar A. A irrelevância do Regimento Interno do STF *JOTA*, 8 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://jota.info/j9zbn>>. Acesso em 23 de julho de 2016.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: Mecanismos de Atuação Direta dos Ministros sobre o Processo Político. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 46, pp. 121–155, 2015.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits of Constitutional Adjudication*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2010; <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-642-11434-2>
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF. *Consultor Jurídico*, 28 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>. Acesso em 23 de julho de 2016.
- COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. *Social Science Research Network (SSRN)*, 2014; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>
- DA SILVA, Virgílio Afonso. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 2, 2016; <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v2i2.81>
- _____. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, 2015; <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v1i1.21>
- _____. Deciding Without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, pp. 557–584, 2013; <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mot019>
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013; <http://dx.doi.org/10.4159/harvard.9780674067325>
- FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números – O Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: Editora FGV Direito Rio, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- GÜNTHER, Klaus. *The Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1988.

- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- _____. Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, pp. 1477-1558, 1995.
- HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, n. 1, pp. 93-118, 2008; <http://dx.doi.org/10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906>
- KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal*. Sociedade Brasileira de Direito Público-SBDP, São Paulo, 2010.
- _____; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: Aprofundando o Diagnóstico das Onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito* v. 1, n. 1, pp. 89-104, 2014; <http://dx.doi.org/10.19092/reed.v1i1.8>
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF Pós-88. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 96, pp. 69-85, 2013; <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-33002013000200006>
- LEVINSON, Daryl J. Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment. *Harvard Law Review*, v. 124, pp. 657-746, 2010.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013; <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199670451.001.0001>
- _____. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008.
- _____. Neither Dialogue nor Last Word: Deliberative Separation of Powers III. *Legisprudence*, v. 5, n. 1, pp. 1-40, 2011; <http://dx.doi.org/10.5235/175214611796404840>
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)*. São Paulo: FGV Editora, 2013.
- ROESLER, Claudia Rosane; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O Julgamento da ADI Nº 3510 sob a Perspectiva Argumentativa. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, pp. 663-694, 2014; <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n3p663-694>
- ROSANVALLON, Pierre. *Democratic Legitimacy*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011
- VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

VERMEULE, Adrian. *The System of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2011; <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199838455.001.0001>

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, v. 4, n. 2, pp. 441–463, 2008; <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322008000200005>.

Recebido em 24 de julho de 2016.

Aceito em 12 de maio de 2017.

El Carácter Fundamental del Deber de Contribuir: el Derecho y la Ética de las Relaciones Tributarias

The Fundamental Feature of the Duty to Pay One's Taxes: Law and Ethics of Fiscal Relations

O Aspecto Fundamental da Obrigação de Contribuição: o Direito e a Ética das Relações Tributárias

Miguel Ángel Sánchez Huete*

Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra-Barcelona, Espanha

1. Introducción

Pocas normas como las tributarias evidencian más claramente el compromiso ético de una sociedad. Son normas éticas porque son instrumento de solidaridad y redistribución. Lejos han de quedar concepciones que las ideaban únicamente como normas negativas, de carácter limitativo e interpretación restrictiva, también son disposiciones que comportan una perspectiva positiva, de solidaridad y redistribución de los recursos de una comunidad.

La solidaridad resulta un valor que evidencia una ética laica cuya principal manifestación resulta un deber: el deber de contribuir. El carácter fundamental de dicho deber no acostumbra a ponerse de manifiesto, a pesar de tener por base uno de los valores que junto a la libertad, seguridad e igualdad, cimentan los derechos así considerados. En ocasiones también se

* Profesor de Derecho Financiero y Tributario de la Universitat Autònoma de Barcelona, con anterioridad y durante más de quince años se ha de dedicado al ejercicio profesional de la abogacía. Es Licenciado en Derecho por la Universitat de Barcelona y Doctor por la Universitat Internacional de Catalunya. Dentro de sus líneas principales de investigación y publicación destacan: las infracciones y sanciones tributarias, el uso de sociedades como instrumento de elusión y el análisis de la responsabilidad social desde la perspectiva tributaria. E-mail: miguelangel.sanchez@uab.cat.

soslaya la trascendencia que supone que el propio contribuyente aplique el tributo. Uno y otro fenómeno aparece acompañado por el establecimiento de las medidas necesarias que garanticen dicho deber y lo protejan de los peligros que encierran las conductas insolidarias. Para tal finalidad se han de utilizar normas preventivas dado el riesgo potencial que suponen algunos comportamientos.

Ahora bien la adopción de tal función normativa supone una especial injerencia en la esfera patrimonial y personal de los obligados, de ahí que su regulación ha de ser adecuada y proporcional al fin perseguido. En tal sentido, al aparecer fundamentado el deber de contribuir por principios que lo ordenan, la configuración de las normas preventivas del fraude no es libérrima. Han de ser ponderadas y adecuadas en sus efectos, pues no pueden transmutar el deber jurídico creando una presunción generalizada de mala fe, ni suponer un estado de sujeción propio de súbditos o vencidos.

Guiándonos por tales orientaciones pretendemos tanto enfatizar el carácter fundamental del deber de contribuir como analizar – sobre la base de las normas tributarias del Estado español – las disfunciones que supone la aplicación de los tributos o el abuso de las normas preventivas del fraude.

El anterior objetivo nos exige plantear, en primer lugar, la relación existente entre el deber de contribuir y los derechos humanos para mostrar su carácter fundamental. Seguidamente cabe reflexionar sobre la aplicación del tributo, las estrategias que pretenden facilitar su cumplimiento, y las consecuencias que origina la privatización de la gestión tributaria en los particulares. En tercer lugar, procederemos a abordar la problemática de la exigibilidad de tal deber. Para ello tendremos en consideración su carácter ético, la necesidad de instrumentos adecuados para prevenir el fraude, y la proporcionalidad de las medidas para tal fin. Con ello intentaremos evidenciar el carácter, además de jurídico, intrínsecamente valorativo y ético tanto del deber de contribuir, como de su aplicación. Ambos aspectos – deber y aplicación- son parte de una misma dimensión, pero de diversa perspectiva; en tanto que deber, se afirma su vinculación; y en tanto que aplicación o exigencia, se alude al poder del legislador y de la Administración, pero también a sus límites.

El anterior objetivo se ha de efectuar desde una perspectiva jurídica – normativa y valorativa – centrado en la legislación y doctrina española en donde tendrá especial relevancia la regulación tributaria establecida en la Constitución de 1978. También, y para el estudio de dicha temática, se

adopta un enfoque que conjuga diversas disciplinas jurídicas, de manera principal, el Derecho Tributario y el Financiero en que se inserta, pero también la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional. Todo ello teniendo presente tanto las aportaciones de la doctrina científica como de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

2. El Deber de Contribuir y la Solidaridad

Determinar el carácter de fundamental del deber de contribuir ha de partir de su concreción en los derechos de los cuales se predica. O sea, ¿cuál es el elemento que permite calificar a unos derechos como fundamentales? Y a renglón seguido, ¿puede predicarse también de un deber jurídico?, ¿existe alguna correlación entre la afirmación de unos y otros?

Los derechos tienen que ver con los valores sobre los que se basan, pero también con las necesidades sentidas como esenciales. Dichas necesidades son mutables en el tiempo y aparecen vinculadas a un contexto histórico. Así se afirma que el catálogo de derechos humanos se apoya en un sistema de valores dinámico que está conectado con necesidades básicas generalizables¹. Tal dinamismo, junto a la ampliación de su concepto y la fuerte carga ideológica que los acompañan, ha llevado a hablar de una cierta indeterminación y ambigüedad de su sentido². De ahí que a efectos terminológicos, y también en aras de concretar su contenido, se ha preferido denominar a los derechos humanos como fundamentales. Así Peces-Barba Martínez considera que la utilización del término de derechos fundamentales resulta mejor que el de derechos humanos pues posee una menor ambigüedad y aparece desprovisto de bagajes ideológicos – se desconecta de las pretensiones morales asociadas al derecho natural –. Dicha designación también se vincula a un reconocimiento constitucional o legal y refuerza su dimensión ética³. La idea básica que anima a tales derechos es entenderlos como fundamentadores del sistema jurídico-político del Estado de

1 RODRIGUEZ PALOP, 2011, p. 37.

2 MARTINEZ MORÁN & DE CASTRO CID, 2011, p. 211.

3 PECES-BARBA MARTINEZ, 2004, p. 28. Pérez Luño remarca también que el término de derechos humanos posee unos contornos más amplios e imprecisos al aludir a derechos y libertades reconocidos en declaraciones y convenios internacionales que, debiendo ser objeto de positivación, no lo han sido. Por el contrario los derechos fundamentales poseen un concepto más estricto y preciso se trata siempre de “derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho”. (PEREZ LUÑO, 2004, pp. 46-47.)

Derecho. En tanto que derechos subjetivos resultan posiciones jurídicas de atribución, ya sea como poder, o ya sea como esfera de libertad, que tiene todo individuo por razón de su humanidad, cuya falta de reconocimiento por un ordenamiento positivo no cuestiona su validez⁴.

Los derechos fundamentales aparecen, en un primer momento histórico, configurados como posiciones jurídicas individuales frente al Estado, como esferas de libertad que garantizan la no injerencia de éste en espacios de libertad. Será más tarde cuando se conciban como derechos a la prestación, derechos que comportan un hacer positivo de los poderes públicos.

En origen los derechos considerados como fundamentales poseen una función tuitiva que pretende garantizar la autonomía personal y la independencia moral. Por ello una de las funciones básicas de los derechos es la de garantizar unos espacios exentos en donde sus titulares puedan actuar libremente⁵. Dicha perspectiva garantista comporta configurarlos como un límite al poder que garantizan la autonomía, o sea, un deber de abstención de los poderes públicos. Esta idea de libertad, asociada a la no injerencia de un poder público, se ha de entender en su sentido primigenio: como límites a un poder público autoritario no democrático. Resulta indicativo, para apreciar de donde venimos conceptualmente y denotar algunas rémoras que persisten, el confrontar el sentido de las libertados con el sentido primero de la tributación.

El tributo nace como manifestación del poder del Estado, concretamente del poder militar, en tanto que se imponía a los pueblos vencidos. Era así concebido como un mero ejercicio del poder autoritario y de la fuerza y que, por consiguiente, no precisa fundamentación o principio regulador para su exigencia⁶. La obligada contribución se manifiesta como un deber derivado del ejercicio de la fuerza unilateral, en donde quien paga la carga tributaria es un vencido, sin más derechos que los concedidos graciamente. Tal concepción contrasta con la idea actual de tributo

4 Ferrajoli define a los derechos fundamentales sobre las notas de ser derechos subjetivos y de su reconocimiento universal a los seres humanos dotados de status de personas, ciudadano o personas con capacidad de obrar. La falta de previsión, en un concreto ordenamiento, de tales derechos no niega su carácter universal sino que condiciona su vigencia. (FERRAJOLI, 2009, pp. 37-38).

5 Ver Peces-Barba que señala que son cuatro las dimensiones de los derechos: la garantizadora o protectora, la participativa, la promocional y la de disenso (PECES-BARBA, 2004, p. 278). Díez Picazo habla de la función de protección –que salvaguarda al individuo– y de legitimación –como criterio de diferenciación de lo justo e injusto–. (DÍEZ PICAZO, 2013, p. 37).

6 MARTIN QUERALT. *et al.*, 2007, p. 214.

vinculada a la autoimposición, al reconocimiento del estatus de ciudadano, y a su ordenación en base a principios jurídicos.

El tributo es fruto de la autoimposición a través de normas dictadas en parlamentos democráticos por ciudadanos. Ciudadanos, con posiciones jurídicas de atribución y vinculación preestablecidas normativamente. Y en donde la carga tributaria se establece en base a principios constitucionalizados que fundamentan una imposición justa.

2.1. La Idea de Autoimposición

La libertad, asociada a los derechos fundamentales, ha de entenderse conformada de acuerdo con la convivencia social, de ahí que no resulta absoluta. No perjudica o contraría su existencia las modulaciones derivadas de la propia decisión manifestada formalmente a través de la ley, expresión de los representantes libre y democráticamente elegidos.

El paso de una situación de sujeción, propia de súbditos, a una posición jurídica de atribución y vinculación, propia de ciudadanos, tiene que ver con el principio de legalidad como manifestación de autoimposición. En tal escenario, el fundamento de la tributación y su régimen a través de principios resulta básico, pues no hay lugar en el Estado de Derecho para un poder sustraído de toda regla⁷. En palabras de Bayona de Perogordo y Soler roch lo más característico del poder soberano en el Estado constitucional es que se trata de un poder sometido a la Constitución, pues ésta es al mismo tiempo fundamento y límite de la actuación del órgano que detenta la supremacía financiera⁸.

La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional – Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 3/2003, de 16 de enero – señala que como consecuencia directa del principio de autoimposición surge el derecho del ciudadano, no sólo a consentir los tributos, sino también a conocer su justificación y el destino a que se afectaba. Tal derecho se recogió tempranamente en la Bill of Rights de 1689, se expresó claramente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 14), y

7 MARTIN QUERALT. *et al.*, 2007, p. 214.

8 BAYONA DE PEROGORDO & SOLER ROCH, 1991, p. 136.

se estableció en nuestra Constitución de Cádiz de 1812 (art. 131)⁹. El principio de autoimposición implica, en palabras del Tribunal Constitucional, que “[...] cuando un ente público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos, cuente para ello con la voluntaria aceptación de sus representantes” (STC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3).

El principio de legalidad vinculado a su legitimidad democrática, a la idea de autoimposición y de control, evidencian la existencia de un deber de contribuir fuera de los parámetros de la sujeción y subordinación tradicionales. Es un deber consentido cuya necesidad se evidencia en establecer las condiciones materiales para que la persona se desarrolle como tal.

En definitiva, las decisiones sobre la propia libertad no cuestionan o niegan su esencia, pues el individuo la conforma en relación a las necesidades de la vida en comunidad. De la misma manera, la obligación que se autoimpone el individuo en la forma del deber de contribuir no resulta privación de la libertad. Es más, la contribución conlleva también una perspectiva positiva de solidaridad¹⁰. Solidaridad, como valor básico del individuo y de su coexistencia en una comunidad. En tal contexto se ha de tener presente que la concepción y la dimensión de tal deber fundamental determina la propia significación del poder público, pues existe una íntima relación entre el papel de los derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales¹¹.

9 Mas extensamente dicha resolución en su Fundamento Jurídico 3º analiza el entronque histórico e imbrica tales comentarios en el análisis de la institución presupuestaria “Los primeros presupuestos, así pues, constituían la autorización del Parlamento al Monarca respecto de los ingresos que podía recaudar de los ciudadanos y los gastos máximos que podía realizar y, en este sentido, cumplían la función de control de toda la actividad financiera del Estado. En la segunda mitad del siglo XIX, sin embargo, cuando los tributos se convierten en la principal fuente de financiación de los Estados, se produce un desdoblamiento del principio de legalidad financiera, fenómeno que en nuestro Estado tiene lugar con la Constitución de 1869. La Ley de presupuestos, en efecto, pasa de establecer una autorización respecto de los ingresos a recoger una mera previsión de los mismos, en la medida en que su establecimiento y regulación se produce mediante otras normas de vigencia indefinida (principio de legalidad tributaria). Sin embargo, respecto de los gastos la Ley de presupuestos mantiene su carácter de autorización por el Parlamento, autorización que es indispensable para su efectiva realización (principio de legalidad presupuestaria). Este principio de legalidad presupuestaria dio lugar a la Ley provisional de administración y contabilidad de la hacienda pública de 25 de junio de 1870. Así, la conexión esencial entre presupuesto y democracia parlamentaria debe ser destacada como clave para la resolución de este recurso de inconstitucionalidad. El presupuesto es, como hemos visto, la clave del parlamentarismo ya que constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (Cortes, Parlamentos o Asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos e impuestos; después, para controlar la administración de los ingresos y la distribución de los gastos públicos”.

10 PEREZ ROYO, 2005, p. 104

11 PEREZ LUÑO, 2004, p. 20.

2.2. El Valor de la Tributación

Desde la perspectiva del obligado, la tributación es contemplada tradicionalmente como un mero costo. En ocasiones, con la afirmación de que el tributo es un límite a la propiedad se pretende enfatizar no una mera visión negativa del mismo, sino su necesidad. Los tributos son la contrapartida más evidente al disfrute de determinados estándares de derechos individuales y sociales. Normalmente una mayor contribución garantiza a la colectividad, y no necesariamente a su pagador, un mayor nivel de prestaciones y derechos. Es así recurrente la expresión de que el tributo resulta el precio de la libertad¹², aun cuando el tributo ni jurídicamente es precio, ni la libertad el único de los derechos asociados a su pago. El tributo hace posible la existencia material de las estructuras de organización básicas que permiten hablar de lo público, por compartido y colectivo. De ahí su necesidad en los Estados contemporáneos.

La deuda fiscal no es sólo costo o límite patrimonial también es contribución que expresa y vehicula el valor de solidaridad ciudadana. Solidaridad que, configurada como deber, resulta el correlato a los derechos cívicos que nos corresponden por vivir en una concreta comunidad política, en un concreto Estado social. Ambas posiciones, de atribución -derechos cívicos- y vinculación – deber de solidaridad –, resultan genéricas e inespecíficas ya que *ex ante* no se concretan las prestaciones que las integran, hasta que no se configuran en posiciones jurídicas definidas de presente. Dicha dicotomía y correlación permiten visualizar que la solidaridad no es un mero altruismo voluntarista, y explica su necesidad y exigencia racional, en clave jurídica, como valor, principio y deber¹³. Con ello se pone de relieve que el tributo, además de su función instrumental, al procurar la realización de otros derechos posee una función propia y autónoma a través de la solidaridad¹⁴.

12 TIPKE, 2002, pp. 56-57.

13 Ver a este respecto Rozas Valdés, “Nota preliminar”, en GALLO, 2012, p. 16.

14 Se ha de tener presente que en el tributo convergen diversas finalidades; la que podríamos denominar intrínseca, que supone obtener recursos dinerarios para financiar gastos públicos y; la asociada a la anterior, en tanto que pretende, además de la recaudación, determinadas finalidades sociales, como la redistribución de la riqueza o la solidaridad. Ver VARONA ALABERN, 2009, pp. 157-158 y CAZORLA PRIETO, 2002, p. 41.

Es tradicional contemplar a la contribución como un límite a otros derechos básicos como la propiedad¹⁵. Límite que aparece asociado al ejercicio de poder por el Estado, al que los derechos fundamentales, en origen, están llamados a poner coto. Pero el deber de contribuir no es un mero ejercicio de poder del Estado, reiteramos que es la plasmación de un valor fundamental para la vida colectiva y el ejercicio de los demás derechos: la solidaridad. El ejercicio de tal deber se disciplina en un fundamento y régimen de principios normalmente positivados en normas constitucionales, en nuestro caso en el art. 31 de la Constitución Española (en adelante CE).

Los principios de derecho tributario consagran valores y postulados fundamentales. Desde la perspectiva formal, el principio de legalidad; y desde la material, los principios de reparto de la carga tributaria orientados en función de la capacidad económica, de la igualdad, la generalidad, la progresividad y la no confiscatoriedad. Tanto en los derechos como en los deberes públicos se imbrican valores básicos y compartidos por la sociedad que permean todas las expresiones normativas, también en el ámbito tributario. En tal sentido la STC 53/1981, 11 de abril señala al referirse a los derechos fundamentales que “son los componentes estructurales básicos tanto del conjunto del ordenamiento jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son expresiones jurídicas de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar la organización jurídica y política”.

La solidaridad se ha configurado como un valor que encuadra una cierta ética laica y cuyo punto de partida es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como propios, susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás¹⁶. El deber de contribuir se basa en el valor de la solidaridad, ínsito y conatural de las sociedades en que se reconocen derechos fundamentales. En tal sentido, el ordenamiento español declara la solidaridad como valor

15 Al hablar de derechos humanos y tributación resulta recurrente enfatizar los espacios de no injerencia que poseen la ciudadanía y que el poder tributario no puede vulnerar. En tal sentido se defiende derechos a las personas jurídicas, asegurar un estatuto jurídico del contribuyente, también se declaran límites al poder del Estado sometido al principio de legalidad o regido por el de igualdad, de manera que la misma capacidad tribute de manera semejante. En tal sentido se afirma que la tributación ha de asegurar la libre circulación y un mínimo existencial y no puede perjudicar otras libertades (Ver ILADT, Conclusiones de Jornada: *XX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Salvador (Bahía) – Brasil, 2000, [consultado 5 junio de 2017]. Disponible en: <<http://www.iladt.org/FrontEnd/ResolutionDetailPage.aspx>>.

16 PECES-BARBA, 2004, p. 178.

superior del ordenamiento jurídico – art. 1 de la CE – base de derechos fundamentales y criterio de interpretación de los mismos. La solidaridad participa de los rasgos generales de la cultura jurídica y política en que surgen tales derechos. Si bien, y a diferencia de los demás valores, la solidaridad legitima la creación de deberes, y no directamente la creación de derechos. Llegados a este punto cabe interrogarse sobre la posibilidad de considerar a tal deber como fundamental.

2.3. La Tributación como Deber Básico

Somos del parecer – e intentaremos argumentarlo seguidamente – que el carácter fundamental del deber de contribuir puede predicarse en la medida que aparezca integrado como contenido propio de la dignidad de la persona¹⁷, pues la dignidad resulta consustancial a los derechos fundamentales por su relación con la propia esencia de la persona. De ahí, que si puede incluirse el deber de contribuir como contenido de la dignidad de la persona, podrá ser considerado como fundamental. Junto a lo anterior también se han de tener presentes las exigencias que supone la existencia, dentro de los derechos fundamentales, de los derechos con contenido prestacional. Derechos cuya realización demandan recursos materiales que sin la solidaridad, vehiculada a través de la tributación, no son posibles en nuestros contextos.

Las anteriores perspectivas manifiestan las diversas funciones atribuidas al deber de contribuir: una función autónoma – escasamente puesta de relieve – en tanto que lo vincula con el valor de solidaridad y lo imbrica en la dignidad de la persona; y otra función instrumental en la medida que resulta un medio para allegar recursos que han de hacer posible la realización material de los derechos reconocidos¹⁸.

17 Por el contrario Díez Picazo es de la opinión que los deberes constitucionales no son correlativos de los derechos fundamentales. Su enunciación posee un valor simbólico que sugiere que los beneficios de los ciudadanos no son gratuitos y se limitan a dar cobertura constitucional a la intervención del el legislador en algunos ámbitos de libertad (DÍEZ PICAZO, 2013, p. 54). Sin duda tal perspectiva contempla al deber más como límite a la propiedad y a otros derechos y libertades que como vínculo con sustantividad propia.

18 Los deberes acostumbran a aparecer en relación con los derechos fundamentales, como un reflejo de los mismos, como límites a la acción pública, pero no con una configuración autónoma. No obstante también existen deberes independientes, sobre la base de derechos, es el caso de bienes que se corresponden con derechos positivos que exigen la intervención del Estado – salud, educación, trabajo, vivienda...– (En tal sentido PALOMBELLA, 2007, p. 130).

La idea de dignidad singulariza a la persona como algo diferente y distinto a cualquier otra realidad, dicha consideración le confiere una protección primaria e incluso superior a la propia de la comunidad en que se organiza. La dignidad, como concepto jurídico, aparece con fuerza en el derecho nacional e internacional vinculado a la defensa de los derechos humanos en el siglo pasado, y adquiere un fuerte protagonismo a partir de la Segunda Guerra Mundial¹⁹. En tal sentido el Tribunal Constitucional afirma que la Constitución Española salvaguarda aquellos derechos “que pertenecen a la persona en cuanto a tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana[...]” (STC 91/2000 de 20 de marzo). El ser humano no es, no puede ser, instrumento para otra finalidad, ni sus derechos ceden ante los intereses del Estado o de la sociedad.

En tal sentido los derechos humanos son derechos subjetivos originarios – pre sociales – ligados a la propia esencia de la persona²⁰. Así se puede deducir de la dicción del art. 10.1 de la Constitución Española al afirmar que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. En tal configuración prima tanto su visión como límite a la actuación de los poderes públicos, espacio de libertad en donde no pueden intervenir, como evidencia un reconocimiento previo y superior al efectuado por un concreto ordenamiento positivo. La regla establecida implica que un “valor espiritual y moral inherente a la persona ha de permanecer inalterada en cualquier situación en que la persona se encuentre” (STC 53/1985, 11 de abril FJ. 8)²¹.

19 Ver GOMEZ SANCHEZ, 2005.

20 Existen dos concepciones de derechos humanos no necesariamente incompatibles, las material que pone el acento en el contenido de los mismos, lo crucial no es cómo se regulan sino su carácter universal, y la formal que prima la fortaleza de tales derechos al recogerse en una norma suprallegal como es la constitución (DIÉZ PICAZO, 2013, p. 31).

21 También la STC 120/1990, 27 de junio -FJ. 4- afirma que “[...] la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria, constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona [...]”.

El sentido de dignidad se relaciona con un ámbito de inmunidad al poder del Estado, pero también se asocia con garantizar condiciones de existencia física para la vida humana. Es así que tal cualidad se esgrime contra las violaciones de derechos personales relacionados con la vida y condiciones físicas de la persona²². Ahora bien, también cabría plantear si dentro de la idea de dignidad caben las condiciones de vida material, aquellas condiciones que puedan considerarse inherentes a la propia existencia del ser humano. Este interrogante plantea si los derechos sociales, económicos y culturales son inherentes al ser humano, y en qué medida caben incluirlos en el concepto de la dignidad. No obstante, y al margen de tal planteamiento – que excede de nuestro objeto –, queda patente que en la medida que se requieran medios materiales para garantizar los derechos vinculados a la existencia física -el derecho a la vida o a la integridad- se hace necesaria la existencia de un deber de solidaridad. Solidaridad, no como mero altruismo, sino como *conditio sine qua non* de la existencia y reconocimiento de derechos fundamentales.

La realización de muchos derechos fundamentales tal y como se conciben precisan de la solidaridad. Sin ella no pueden existir aquellos. Tal valor resulta un elemento esencial que permite hablar de lo común. Dicha faceta configura a la solidaridad en que se imbrica el deber de contribuir como un aspecto básico, más allá de su reconocimiento de procurar medios materiales. No se evidencia tanto su instrumentalidad como su interdependencia, aspecto común en derechos, pues muchos no pueden ser pensados sin la coexistencia de los otros.

Por consiguiente para garantizar tanto la dignidad existencial, como la dignidad en las condiciones materiales de vida, se precisa de la solidaridad de los miembros de una comunidad. Solidaridad cuya manifestación más importante en las sociedades contemporáneas se arbitra a través del deber de contribuir a los gastos públicos. Resulta así que dicho deber deviene fundamental, no tan sólo para garantizar la eficacia y el reconocimiento material de los derechos de las personas, sino como aspecto ínsito a su propia existencia.

Pero además, y como venimos afirmando, los derechos fundamentales no se agotan en libertades o espacios de no injerencia de los poderes públicos, también pueden adoptar la técnica de los derechos de presta-

22 Ver doctrina citada en GOMEZ SANCHEZ, 2005.

ción – derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la enseñanza pública obligatoria...—. A este respecto se ha de tener presente la existencia de tres generaciones de derechos: la primera, la de los derechos civiles y políticos; la segunda, la de los derechos económicos, sociales y culturales; y la tercera, la de los derechos al desarrollo y a la solidaridad²³. Estas últimas generaciones – segunda y tercera – se hayan integradas principalmente por derechos que no tienen como objeto un deber de abstención de los poderes públicos, sino que comportan un deber positivo de hacer.

De lo anterior se evidencia que los derechos fundamentales en la actualidad no son meros derechos negativos o de no injerencia frente al Estado, son derechos subjetivos que tienen como correlato deberes de actuación del éste. Así afirma la STC 53/1981, 11 de abril que “los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste [...]”. Las diversas generaciones de derechos han supuesto una ampliación de las necesidades económicas para poder ser materialmente sustentados y, consecuentemente, una ampliación del deber de contribuir. En tal tesitura la necesidad de la solidaridad para allegar recursos resulta clara, solidaridad que se arbitra a través de un concreto deber jurídico. Desde tal perspectiva nuevamente se hace necesario concebir al deber de contribuir como deber básico, si bien con un carácter más instrumental, para la garantía de los derechos prestacionales reconocidos.

El deber de contribuir constituye el presupuesto, material y lógico, para el reconocimiento y eficacia de unos estándares de derechos y libertades que se consideran fundamentales en nuestras sociedades contemporáneas. Existe una estrecha imbricación entre la proclamación de dicho deber, su eficacia y adecuación a principios que garanticen su justicia, con los derechos que se reconocen. De ahí que las conductas que perjudican el deber

23 A decir de Perez Luño dentro de la Constitución económica se ubican el deber de tributar, los derechos y deberes que delimitan el régimen de la propiedad, la libertad de empresa, las relaciones laborales y de seguridad en tanto que resultan el soporte material del ejercicio y actuación de los derechos fundamentales. (PEREZ LUÑO, 2004, p. 20). Existen diversas clasificaciones de los derechos Diéz Picazo clasifica los derechos según su evolución histórica y atendiendo a su estructura. Vinculados a su evolución histórica, habla de derechos civiles (garantizan ámbitos de autonomía), políticos (garantizan la gestión democrática de los asuntos públicos) y sociales (garantizan las condiciones de vida digna). En relación a su estructura, habla de derechos de defensa en tanto que pueden exigir la no interferencia de los poderes públicos, de participación, ya que facultan realizar actos con relevancia pública, y de prestación al facultar reclamar un beneficio. (DIÉZ PICAZO, 2013, p. 35).

de contribuir indirectamente perjudican el sustrato material que garantiza una adecuada aplicación de los derechos reconocidos. Se trata de vasos comunicantes: los derechos precisan de medios públicos para su aplicación, y éstos se obtienen mediante el deber de contribuir. Atendiendo a esta relación la transgresión de tal deber, anclado en la solidaridad ciudadana, supone también erosionar los derechos fundamentales reconocidos. Dicho deber evidencia una importante función instrumental en la medida que salvaguarda los derechos, pero ello no puede llevarnos a ignorar el valor intrínseco y propio que vehicula, la solidaridad. Tal interrelación no hace menor o inferioriza su reconocimiento, pues al igual que en muchos derechos el reconocimiento de unos necesita de la existencia de otros.

En otro orden de consideraciones no se puede confundir la eficacia y garantía económica de tales derechos y libertades con sus garantías jurídicas. Las condiciones económicas y las decisiones de gasto no determinan el reconocimiento y garantía jurídica de los derechos fundamentales. Éstos no son contingentes, ni dependen de decisiones presupuestarias. Tal reflexión adquiere una gran importancia en los contextos actuales, pues vivimos tiempos de crisis y mudanza, y los recortes presupuestarios hacen peligrar la eficacia de algunos derechos. En tal tesitura cabría plantear si los derechos reconocidos y las garantías de su aplicación dependen de un presupuesto silente en nuestras Cartas magnas: los derechos se reconocen en la medida que existen recursos económicos que los garanticen.

La respuesta negativa del anterior planteamiento es clara, pues el reconocimiento y las garantías jurídicas no dependen de las medidas económicas. Tal interrogante se resuelve en clave estrictamente jurídica: los derechos fundamentales son derechos subjetivos que vinculan a todos los poderes públicos y son exigibles ante los tribunales – art. 53 de la CE –, de ahí que no es posible subordinar su aplicación a través del gasto. Y si los poderes públicos no garantizan su eficacia, la ciudadanía podrá reclamarlos y exigirlos ante la jurisdicción debiendo, en caso de condena, autorizar las partidas presupuestarias para su satisfacción. No obstante, también es cierto, que la falta de medios hace más frágil su reconocimiento y más frecuentes las reclamaciones para demandar su restauración. Son los actuales momentos de fragilidad para los derechos reconocidos.

3. La Aplicación del Tributo

A través de los principios contenidos en nuestras constituciones se establecen criterios básicos que conforman la tributación y también su exigencia. En el ámbito español el art. 31 de la Constitución reconoce los principios que rigen y fundamentan el deber de contribuir. También la Ley 58/2003, 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) de en su art. 3 alude a principios de ordenación y aplicación, reiterando algunos de los reconocidos Constitucionalmente.

Los principios de ordenación del sistema tributario suponen mandatos al legislador para el establecimiento de los tributos de acuerdo, básicamente, a los principios constitucionalizados de carácter material y formal. Los materiales atienden al reparto de la carga tributaria: justicia, capacidad económica, generalidad, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad. Y, como principio formal, se reconoce el de legalidad, que procura garantías y control.

Los principios de aplicación suponen directrices a la Administración para que actúe con proporcionalidad, eficacia, limitando los costes indirectos, y asegurando el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios.

Los principios hacen referencia a valores esenciales o presupuestos lógicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico²⁴. Son elementos básicos referidos a todo el sistema tributario y su contenido resulta exigible jurídicamente respecto del conjunto de impuestos, tasas y contribuciones especiales que conforman el sistema tributario en su globalidad, y no necesariamente de cada uno de sus tributos. En tal sentido Zagrebelsky afirma que los principios desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico al poseer una eficacia más allá de su significado, evidenciando ideas o pensamientos básicos²⁵. Pero también manifiestan una dimensión normativa en su reconocimiento Constitucional. A este respecto se ha de tener presente la cogencia del texto constitucional²⁶, pues como afirma el Tribunal Constitucional: “[...] la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento [...]” (STC 16/1981, FJ 1º).

24 GARCIA DE ENTERRIA & FERNANDEZ, 1995, pp. 75-76. Estos autores se refieren a ellos como valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, no son meras tendencias morales sino principios técnicos, fruto de la experiencia jurídica.

25 ZAGREBELSKY, 2009, p. 110.

26 Ver en tal sentido el art.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial.

Tales principios resultan límites a la actuación de los poderes públicos y también configuran una esfera positiva que piden su actuación. Así, por ejemplo, cabe demandar que todos tributen de manera igualitaria, de acuerdo con su capacidad económica, de forma que no exista discriminación por las oportunidades que origina la deslocalización de determinadas rentas – de los capitales principalmente – atendiendo a nuestro contexto globalizado de libre circulación.

Si bien es necesario que los tributos integren los valores que evidencian los anteriores principios, también son precisas medidas normativas que favorezcan la percepción ciudadana del fenómeno tributario.

Por un lado, se hace necesaria una mejor regulación y una mayor estabilidad de las disposiciones tributarias. La estabilidad de la normativa ha de hacer posible la seguridad jurídica y la previsibilidad de los cambios, de manera que se eviten modificaciones sorpresivas mediante normas de urgencia. También es preciso una técnica jurídica adecuada que haga inteligible y clara las normas tributarias que, en la gran mayoría de ocasiones, ha de ser aplicada por la ciudadanía y no por avezados técnicos en Derecho²⁷.

Por otro lado, es necesario visibilizar que el tratamiento tributario – el pago de los tributos y las obligaciones que conlleva – no es una mera carga o dificultad. Para ello, respecto del pago de los tributos, se ha de valorar y mostrar la calidad de los servicios prestados y su vinculación con el ingreso público. Respecto de la carga que suponen las numerosas obligaciones formales de colaboración e información impuestas, se ha de apreciar su lógica y proporcionalidad.

Junto a las anteriores consideraciones se ha de tener en cuenta la exigencia ética que supone el deber de contribuir o, en otros términos, llevar a cabo su cumplimiento demanda unos condicionantes de valor. No basta el mero poder de realización, es necesario actuar de acuerdo a los fines y principios que legitiman su ejercicio. El prescindir de tal orientación hace que el cumplimiento del deber de contribuir resida más en el efecto –la recaudación–, que en la fuerza moral y jurídica que supone su vinculación.

27 Del art. 4 al 7 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible se evidencia una preocupación por la calidad de la regulación estableciendo en su art. 4 los principios de buena regulación. Así el párrafo 1 del art. 4 señala que: “En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios”. Si bien son normas de eficacia imprecisa por sus consecuencias, al no establecerse sanción concreta al incumplimiento de sus dictados.

Al centrarse en la recaudación se dota de una cierta asepsia moral a la problemática y plantea la cuestión en términos técnicos y de eficiencia. Así no se reprocha tanto el incumplimiento del deber de contribuir, como la pérdida de recaudación.

En tal línea se muestran dos manifestaciones a tratar en el próximo epígrafe: el empleo de mecanismos de cobro disimulados o poco visibles, como si la exigencia del tributo fuera algo vergonzante, y la importancia que supone que la aplicación del tributo se efectúe por el propio contribuyente.

3.1. Resistencias y Estrategias de Recaudación

El cumplimiento del deber de contribuir no acostumbra a resultar popular, ni a gozar de prestigio social, por lo que el legislador se plantea sortear tales resistencias a través de diversas estrategias, bien vinculando la contribución a fines concretos para buscar una mayor aceptación social, o bien camuflando la contribución como parte de un precio o de la percepción disminuida de un salario o renta.

En primer lugar, las medidas que relacionan la contribución con concretos fines sociales genéricamente aceptados se llevan a cabo mediante dos instituciones: la afectación de ingresos a gastos específicos, y el reconocimiento de la extrafiscalidad en el seno del tributo. Por un lado, se establece la afectación de los recursos que se obtienen en la recaudación para aplicarse a concretas finalidades, por ejemplo a gastos sanitarios, a necesidades escolares o a la investigación médica. Y, por otro lado, se establecen tributos sobre la base de consideraciones extrafiscales. Con ellos se buscan otros fines diversos a la contribución a los gastos generales; el ejemplo más común acostumbra a ser la tributación medioambiental. Tales gravámenes buscan disuadir las conductas más nocivas medioambientalmente – el mayor consumo de productos contaminantes –, o incentivar comportamientos más beneficiosos para el medio ambiente – uso de recursos energéticos menos contaminantes –.

En segundo lugar, y en ocasiones de manera paralela, existen esfuerzos para que la carga tributaria aparezca camuflada o menos visible. Esta es una suerte de “función camaleónica” que se produce tanto en la tributación directa como indirecta. Dicha función tiene que ver con la confusión del tributo con el precio que se paga por un producto – en el caso de la

tributación que grava el consumo, así el IVA –. Pero también con el menor salario o renta que se recibe, es el caso de las retenciones que se efectúan con la finalidad de efectuar pagos anticipados en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

Los anteriores son mecanismos que evidencian la existencia de resistencias ante la tributación y lo impopular que supone su exigencia. El deber de contribuir es un deber devaluado éticamente. Tradicionalmente, su cumplimiento no ha comportado el reconocimiento y la estima social asociados a otros, como podría ser cumplir los deberes militares. Obsérvese que mientras que al deber de contribuir se asocia a la idea de gravamen y sometimiento – de manera concordante a su origen histórico –, al deber militar se relaciona con valentía y honor. Tal situación precisa de ser reconducida y en tal función la educación juega un gran papel.

Es preciso fomentar y mejorar la educación tributaria²⁸ introduciendo una formación específica no sólo en el sistema educativo formal, en los planes de estudio, sino también incidir en los ámbitos de la educación no formal e informal. Para ello habrá que ofrecer e impulsar una educación que no se limite al saber, a tener unos conocimientos acerca de la tributación, junto a ello, será necesario favorecer los aprendizajes éticos relativos al principio de solidaridad que comporta el pago de los tributos. Especial atención deberá ponerse en la educación informal, la no planificada de forma intencional y explícita pero que permea las relaciones con la Administración.

En la actualidad apelar al cumplimiento del deber jurídico y cívico de contribuir parece no ser suficiente. En tal sentido la Hacienda Pública se plantea combatir el fraude con mecanismos en donde la exigencia ética de la contribución no parece estar presente – al menos de una manera directa –. Nos referimos a instrumentos como el pago a confidentes para que delaten a los sujetos evasores a cambio de una cuantía dineraria; la adquisición de datos fiscales de las personas consideradas como evasores; la organización de loterías fiscales...En el caso de las loterías fiscales se introduce el elemento del azar como estímulo positivo – por el premio que puede obtenerse – para aquellos sujetos que participen aportando facturas de prestaciones de servicios en ámbitos en donde existen normalmente dificultades de control – pequeño comercio, profesionales...–.

28 Ver al respecto DELGADO LOBO *et al.*, 2005.

La admisibilidad ética de algunas de las anteriores medidas resulta cuestionable. Pues si las normas tributarias evidencian un compromiso ético de la sociedad, los instrumentos y formas de exigencias han de ser coherentes y, en todo caso, respetar los principios que las justifican. En tales parámetros, discutibles y de extravagancia con su contenido ético, se mueven las amnistías fiscales. A este respecto cabe efectuar una breve referencia a la amnistía fiscal de 2012 efectuada por el Estado Español.

El Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, regula en la Disposición adicional primera la declaración tributaria especial, e introduce la que popularmente se ha denominado amnistía fiscal. Amnistía, en tanto que supone dejar de perseguir punitivamente un conjunto genérico de conductas. Y fiscal, derivado del efecto regularizador y ámbito de aplicación. La amnistía fiscal es una medida tributaria, pero también punitiva, mediante la cual las personas que habían ocultado bienes pueden regularizar su situación tributaria pagando el 10% del valor de los no declarados, sin más intereses, recargos, ni multas.

Tal institución aúna dos aspectos: la valoración de un cierto arrepentimiento espontáneo ante la conducta ilícita realizada, y la tributación específica que supone. Es una regularización que pretende incrementar los ingresos públicos en un momento de crisis, en donde resulta necesario allegar fondos para cumplir con los criterios de estabilidad presupuestaria y reducción del déficit²⁹. Se plantea así como una medida extrafiscal vinculada a la crisis económica. Con ella se busca que afloren bienes y derechos no declarados por los obligados, en definitiva, ocultados –la Disposición Adicional 1º habla eufemísticamente de bienes o derechos que no se correspondan con la renta declarada-. Son bienes o derechos ubicados normalmente en paraísos fiscales, lugares en donde – al margen de una mejor tributación – resultan opacos a la Administración. Pero también posee una finalidad estrictamente fiscal, pues existe una tributación, aunque menor a la ordinaria, y permite mejorar el control futuro de los bienes declarados.

Dicha amnistía, ni es la primera, ni sin duda será la última. Su admisión genera controversias sobre la eventual lesión al principio de igualdad

29 Así la Exposición de Motivos del Decreto Ley 12/2012 afirma que “También con el fin de reducir el déficit público, se establece una declaración tributaria especial para determinadas rentas y se adoptan medidas de carácter administrativo que contribuyan a generar ahorros en la gestión del patrimonio inmobiliario del sector público.”

ya que admite una menor tributación de quienes se acojan a la misma respecto a los sujetos que habían cumplido sus obligaciones³⁰. En la amnistía fiscal existe el peligro de premiar la ilicitud y desincentivar el cumplimiento legal y puntual. Su presupuesto de aplicación es una conducta ilícita: el haber ocultado bienes, ser titular de bienes y derechos que no se correspondan con los declarados. El régimen efectuado –pago del 10% del valor de los mismos- supone un tratamiento más beneficioso que el otorgado a los contribuyentes cumplidores. En definitiva, resulta una regulación que trata de manera singularizada y beneficiosa a los sujetos incumplidores de sus obligaciones tributarias. Se evidencia una desigualdad de trato amparada jurídicamente en la posibilidad legal de condonar deudas (art. 75 de la LGT). Ahora bien, dicha justificación formal no es suficiente para evitar la discriminación que origina y que lesiona el principio de igualdad constitucionalizado en el art 31.1 de la CE. En tal sentido trata de manera diversa, y de forma más favorable, a los sujetos incumplidores de las normas tributarias y eventual infractores de las mismas.

La justificación material de tal medida – la extrafiscal de mejorar la recaudación – no resulta suficiente ni proporcionada para la consecuencia establecida. Es por ello que también cabe plantearse si la fiscalidad, y los principios que la informan, han de ceder ante exigencias no fiscales, o cual es el grado de instrumentalidad de la norma tributaria y la virtud de sus principios como límite al legislador.

30 Síntesis de la doctrina sobre el principio de igualdad ante la ley resulta la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril [RTC 1990, 76], y establece: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

3.2. La Privatización de Tareas y la Internalización de la Responsabilidad

La privatización de la gestión tributaria³¹ ha conllevado la proliferación de obligaciones formales a cargo del obligado y la ubicación de las tareas administrativas en una fase posterior, de control. Dicha privatización se pone en evidencia con el establecimiento de un conjunto de vinculaciones que concurren en la obligación de autoliquidar. La autoliquidación implica una obligación de declarar – de comunicar unos hechos a la Administración –, de calificar jurídicamente tales acontecimientos facticos, de cuantificar el importe del tributo y de efectuar, eventualmente, el ingreso³². El sistema de autoliquidación se fundamenta en el protagonismo del contribuyente, ya que la Administración ha desplazado hacia los contribuyentes el cumplimiento de las tareas que tradicionalmente tenía encomendadas en los procedimientos de aplicación de los tributos. El contribuyente no solamente declara los hechos realizados, sino además liquida el tributo. Correlativo a dicha asunción de tareas gestoras por el particular la actividad de la Administración tributaria pasa, de centrarse en tareas de liquidación, a tareas de comprobación y control de la actividad del contribuyente. En tal esquema la aplicación del sistema tributario descansa, en buena medida, en la actividad del sujeto pasivo, reservándose la Administración el control de lo efectuado mediante la comprobación e investigación³³.

Tal fenómeno conlleva también una internalización de la responsabilidad en la aplicación de los tributos. La misma parte de que es el propio contribuyente el que ha de aplicar normas cuyo conocimiento resulta difícil, dado su dinamismo y volumen masivo de producción.

31 Expresión acuñada por FERREIRO LAPATZA, 1983, pp. 84 y 85.

32 Sainz de Bujanda señalaba que el esquema del procedimiento de liquidación tradicional estaba basado en declaración/ liquidación provisional/ comprobación/ liquidación definitiva y es el “propio de un sistema tributario en el que el número de contribuyentes no es excesivamente elevado y que permite una cierta complejidad en las actuaciones administrativas, resulta excesivamente lento y costoso cuando el sistema se convierte en un sistema “masivo” en el que aumenta de forma muy importante tanto el número de los contribuyentes como, en su consecuencia, las declaraciones que han de ser controladas y liquidadas” (SAINZ DE BUJANDA, 1993, p. 312).

33 A este respecto Casado Ollero apunta una cierta tendencia a la “subsidiariedad” de la actividad administrativa tributaria, en cuanto resulta relegada a una actividad de control y sólo se materializa formalmente para “suplir” la actuación del contribuyente, para “integrarla” cuando parezca insuficiente o para “rectificarla” y “sancionarla”, cuando aquella resulte irregular.” (CASADO OLLERO, 1981, p. 170).

A nadie sorprende el afirmar y proclamar lo cambiantes, confusas y complicadas que resultan las leyes tributarias, ni tan siquiera los expertos están seguros de conocerlas todas y bien. Con tal panorama la pregunta inmediata que se origina es ¿cómo se logra tan compleja aplicación?, ¿mediante una Administración con conocimientos superlativos sobre la materia? No parece ser esta la respuesta, pues buena parte de sus tareas se han privatizado encomendándose a la ciudadanía. Por ello, de una parte, es ésta quien debe calificar jurídicamente las rentas, cuantificar, e ingresar la mayoría de los tributos. Pero también, de otra parte, respecto de las tareas que todavía desempeña la Administración, se llevan a cabo por funcionarios cuya formación de base resulta ajena a ciencias jurídicas (físicos, economistas, ingenieros...). Pero, entonces, ¿cómo pueden dichos funcionarios aplicar tales normas que tildamos de complejas? Dicha aplicación descansa en la existencia de catálogos de prácticas simplificados que unifican actuaciones administrativas, que son dictados a través de circulares y resoluciones administrativas. O sea, el criterio directamente aplicable no son las fuentes del Derecho, sino mandatos jerárquicos. Ello lleva a que más que resolver sobre la base de la norma se resuelva sobre catálogos de soluciones de casos concretos. Con ello la ley y el reglamento sufren un proceso de posposición.

Tal deterioro aplicativo se ve retroalimentado por un legislador especialmente sensible a los concretos problemas administrativos y de ahí que, en demasiadas ocasiones, sus leyes pretendan más solucionar prácticas concretas que efectuar regulaciones con perspectivas genéricas y sistémicas.

También, al encomendar buena parte de dicha aplicación a los particulares, puede llevarnos a pensar cuán instruidos que son nuestros ciudadanos que conocen y aplican leyes tan complejas. Pero ello tampoco es así, o no es totalmente de esta manera, la ciudadanía asume la responsabilidad de su aplicación, pero quien realmente aplica la norma son los asesores fiscales. Ahora bien, éstos se encuentran tan perdidos en el marasmo normativo y en las dificultades de su entendimiento que acuden a los funcionarios y a las prácticas de la Administración para encontrar seguridad. Las personas que no poseen los suficientes recursos para acudir a tales asesores técnicos, siempre podrán acudir a la Administración a pedir información y asistencia – art. 85 de la LGT– y ésta les indicará.

Con ello, como puede apreciarse, se cierra un círculo en el que la norma tributaria acaba por ser aplicada, directa o indirectamente, por la Admi-

nistración. Y en todo este itinerario, ¿qué ha variado de la tradicional aplicación y liquidación del tributo por la Administración, pues ésta continúa teniendo un papel básico en la calificación jurídica? La variación ha sido sustancial, pues ha comportado un proceso de internalización de la responsabilidad de la aplicación del tributo por la ciudadanía. No es la Administración quien asume las consecuencias de su aplicación, pero sí decide sustancialmente los criterios aplicativos.

En tal esquema existe una variación a tener presente que afecta a la justicia del sistema, pues los sujetos que tienen mayores recursos pueden acudir a asesores jurídicos, a buenos conocedores de la normativa para que diseñen operaciones que aprovechen los resquicios de tales leyes imperfectas. Para éstos los defectos de las leyes y la diversidad de tratamientos internacionales en contextos de globalización son espacios de oportunidad. Tal situación conforma un contexto en donde la tradicional desigualdad, de base económica, se reitera y amplifica. A mayor capacidad económica se constatan las mayores capacidades para eludir la aplicación de la carga tributaria justa.

4. Medidas Preventivas del Fraude y sus Riesgos

En los contextos actuales de gran movilidad e intercambio económico el Derecho ha de prever con antelación las conductas que le son lesivas. Así, existe una función preventiva en las normas que pretende anticipar y evitar determinadas situaciones que se consideran indeseables. Se regula expresamente previniendo situaciones que se consideran peligrosas por la proximidad a la lesión de un valor social. Por ello, respecto de conductas que pueden ser de riesgo para el orden establecido, y antes de la represión causante de la lesión al orden social, se arbitran medidas jurídicas para ser evitada. Son normas con una función de control cuya existencia conlleva una ampliación de los espacios del Estado para efectuar funciones de vigilancia e injerencia en la vida de los particulares.

El Derecho Tributario puede efectuar diversas funciones: de fomento, de carácter correctivo, y de prevención o disuasión. Desde la vertiente correctiva se pretende reequilibrar el incumplimiento de la obligación material o formal ocasionada. Y desde la faceta preventiva se pretende disuadir algunos comportamientos mediante el uso de diversas instituciones que, por sus efectos tributarios o consecuencias, sean adecuadas para tal fin.

Atendiendo a esta última función podríamos hablar de un Derecho tributario preventivo integrado por un conjunto de normas que buscan que los incumplimientos tributarios no se produzcan, estableciendo medidas de control y desanimo para comportamientos que pueden resultar en abstracto peligrosos, sin que constituyan la imposición de una sanción.

Ahora bien, se ha de diferenciar nitidamente entre la prevención del incumplimiento tributario, de la que deriva la imposición de una sanción. La prevención del incumplimiento tributario es una cuestión propia de las normas de tal naturaleza, mientras que la prevención de la infracción es una cuestión netamente punitiva; se disuade del comportamiento infractor y no del incumplimiento tributario.

La idea de prevención utilizada por el legislador tributario posee normalmente dos perspectivas: la que busca que los incumplimientos no se produzcan, estableciendo medidas de control administrativo basadas generalmente en nuevas fuentes de información; y el establecimiento de medidas jurídicas que, por sus consecuencias, disuadan del comportamiento a evitar. Dentro de las conductas disuasorias se integran un gran número de instituciones en donde se manifiestan diversos grados de ejercicio de la coacción, desde efectos subjetivos no deseados – que comportan mayores cargas materiales o gravámenes formales –, hasta medidas tendentes a reprimir la actuación indeseada, que suponen una lesión patrimonial y aproximan dicha medida a una sanción.

Las instituciones características de este Derecho tributario preventivo son, o bien cláusulas generales, o bien instituciones *ad hoc*. Las cláusulas pueden ser generales o específicas, y pretenden sobre todo evitar el fraude de ley. También se prevén instituciones tributarias específicas que pueden comportar diversas consecuencias: a) imponer un mayor gravamen, por ser conductas consideradas como no deseadas o peligrosas, valga como ejemplo los recargos tributarios o las ganancias no justificadas, b) poseer algunas consecuencias no deseadas, en particular, las valoraciones administrativas correctivas con efectos tributarios, c) gravar situaciones que no lo estarían a través de instituciones como la transparencia fiscal o las regulaciones asociadas a los paraísos fiscales, d) determinar una realidad jurídica diversa a la fáctica mediante las ficciones, o facilitar su determinación con las presunciones.

Las instituciones que conforman el Derecho tributario preventivo parten de un pronóstico de probabilidad que efectúa el legislador sobre el acaecimiento de una conducta lesiva. Ello comporta tener presente dos

consideraciones generales. La primera, que el carácter de obligado tributario no comporte una presunción de peligrosidad. La segunda, que la medida a imponer sea proporcionada y no constituya sanción encubierta de la conducta considerada peligrosa.

La primera consideración parte de que la evaluación de dicha peligrosidad no puede efectuarse en juicios abstractos y genéricos, en donde la condición del obligado tributario sea determinante de la medida. El carácter de obligado tributario no puede cualificar al ciudadano de manera que resulte sospechoso, o presunto transgresor de la legalidad tributaria. En el ordenamiento rige el principio de buena fe, y de ahí que no quepa ignorar tal criterio como vector básico de la relación tributaria.

Respecto de la segunda consideración, la que alude a que la medida a imponer no ha de suponer una sanción o mal jurídico. La medida preventiva y la sanción obedecen a miradas y a juicios diversos. La culpabilidad supone un diagnóstico con proyección al pasado y la peligrosidad un pronóstico con proyección al futuro. En tal sentido la culpabilidad supone un reproche, un juicio de valor, y la peligrosidad resulta un juicio de probabilidad de contenido fáctico vinculado a la realidad de las cosas³⁴.

Las instituciones preventivas han de respetar la legalidad, preservando el principio de buena fe, pero también la proporcionalidad de sus efectos. Su regulación ha de suponer una evaluación realista del riesgo concurrente y ha de comportar una respuesta adecuada. Es necesario, en primer lugar, un pronóstico de la evasión tributaria que se proyecta hacia el futuro de una determinada situación fáctica. Es un juicio de probabilidad de que se concrete en lesión la situación peligrosa. En segundo lugar, es necesario que la medida empleada sea eficaz por su carácter disuasorio, sin que suponga la imposición de un mal.

Ahora bien, la exacerbación de una visión preventiva puede abocar a algunos riegos y distorsiones en la relación ciudadano-Administración a evitar.

1º. La existencia de un deber de contribuir “más allá” de los derechos y libertades reconocidos, ¿un estado de sumisión ante la Administración? La doctrina del Tribunal Constitucional ha puesto de relieve tal idea al afirmar que el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos establecido el artículo 31.1 CE, implica, “más allá del genérico sometimiento de la

34 Traemos las palabras empleadas para diferenciar la peligrosidad penal que comporta la adopción de medidas de seguridad, de la culpabilidad que corresponde a la pena, así en ROMEO CASABONA, 1986, p. 21.

Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que el artículo 9.1 de la norma constitucional impone, una situación de sujeción y de colaboración de los gastos públicos cuyo indiscutible y esencial interés público justifica la imposición de limitaciones legales al ejercicio de los derechos individuales”³⁵. Tal afirmación corrobora, por un lado, el carácter fundamental del deber de contribuir. Así, al hablar de su vinculación más allá de las normas positivadas por el legislador, lo entronca con la dignidad de las personas – art. 10.1 de la CE –. Más, por otro lado, genera algunos interrogantes inquietantes: ¿se busca una obediencia incondicional a los dictados normativos y a los requerimientos administrativos?, ¿la inconcreción y desmesura no puede llevarnos a un estado de sujeción más propio de súbditos que de ciudadanos? En todo caso, al amparo de tales afirmaciones no pueden crearse situaciones de sospecha generalizadas o la vigencia de principios denostados como el *in dubio pro fisco*.

En el contexto tributario persisten manifestaciones impropias que aproximan al ciudadano a un estado de sujeción específico frente la Administración. Tal orientación se evidencia en diversas formulaciones, tanto de resoluciones de tribunales, como normativas³⁶. En la relación jurídica tributaria el ciudadano no resulta súbdito, ni funcionario integrado en el orden interno administrativo. En la misma línea, no resulta adecuado la consideración y designación legal del administrado como obligado en el ámbito tributario (art. 35 de la LGT), pues también posee derechos. En tal denominación prevalece una visión de sujeción y vinculación que le inferioriza, pues denota la ausencia de una posición activa o de atribución.

2º. *El peligro de la creación de realidades paralelas*. Las presunciones legales son medios de determinación de los hechos profusamente utilizados por el legislador tributario para prevenir el fraude. Es una institución que fija determinados hechos a partir de la prueba de otros entre los que existe un juicio lógico. Las presunciones legales han de ponderar sus efectos, de manera que no contribuya a crear una “para-realidad” jurídica que poco tenga que ver con la fáctica, e incluso, con la realidad jurídica concretada por otras ramas del Derecho.

35 Así el FJ 13 de la Sentencia de 26 de abril de 1990 (RTC 1990, 76).

36 Existen algunas resoluciones administrativas que afirman la existencia de tal vinculación, sobre todo en el seno de la infracción de resistencia, excusa u obstrucción a la actividad de la Administración. La Res. del TEAC de 26 de febrero de 1999 señala que “el incumplimiento del requerimiento hecho por la Administración es un acto [...] encuadrable en la desobediencia, un acto de policía tributaria, potestad de supremacía especial, no general[...]”.

Dichas presunciones han de ponderar el peligro que pretenden conjurar con los beneficios que reporta su actuación. Así, si el peligro es muy abstracto, más difícil será la justificación de su injerencia al alterar la normal conformación de los hechos en el ámbito probatorio. Se ha de tener presente que la presunción determina una realidad probable que sustituye la certeza otorgada por la prueba. De ahí que conformar tal probabilidad, sobre la base de sospechas de evasión o elusión, genere un clima de recelo poco propicio para la vigencia del principio de buena fe en las relaciones tributarias.

En tal sentido la existencia de medidas de prevención han de conjugarse con la exigencia de seguridad jurídica. Tanto en la idea de previsibilidad del gravamen, que toda institución jurídica conlleva, como en desterrar ámbitos de arbitrariedad de los poderes públicos. La ordenación que suponen tales medidas han de compatibilizar la seguridad de los individuos – las garantías de los derechos reconocidos – con la seguridad de la sociedad – los riesgos a la lesión de los deberes que genera la convivencia, en nuestro caso el de contribuir-.

Así las medidas preventivas establecidas han de suponer unas consecuencias previsibles, tanto por su establecimiento previo y claridad de su expresión, como por eliminar o sortear espacios de arbitrariedad de los poderes públicos. Desterrar arbitrariedad supone garantizar el reconocimiento de derechos, pero también la eficacia de las medidas establecidas al evitar impugnaciones y favorecer su mejor aceptación.

3º. *La presunción de mala fe y al in dubio pro fisco*. La lucha contra el fraude no puede ignorar la vigencia de este ámbito, como en toda relación jurídica, del principio de buena fe. El principio de buena fe constituye un principio general del Derecho y en él se han de inspirar tanto los actos de la Administración como los de los administrados³⁷. Aparece reconocido en el ordenamiento jurídico español en diversas manifestaciones, tanto del ámbito civil³⁸ como del administrativo.

37 Ver PONT MESTRES, 2004. Dicho autor define a la buena fe como “una actitud de honradez, confianza y fiabilidad dentro y fuera del Derecho, si bien en el seno de éste tal actitud lo es en su proyección en las relaciones jurídicas en que interviene, que es cuando se manifiesta, por lo que ha de valorarse en cada caso concreto”.

38 El Código civil señala que los derechos han de ejercitarse de acuerdo con la buena fe, estableciendo dicho criterio de manera imperativa. No cumplir tal exigencia, sobrepasando manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño a terceros, es abusar de la posición jurídica. Su consecuencia es la adopción de medidas que impidan la persistencia del abuso y el establecimiento de las correspondientes indemnizaciones –art. 7 del Cc-.

5. Conclusión

La buena fe es un principio general del Derecho que opera tanto desde la perspectiva del ejercicio de los derechos y potestades, como en el cumplimiento de deberes, ya sea por la Administración, ya por los administrados. Dicha afirmación “conlleva la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona”³⁹. La existencia de la vinculación de la Administración al derecho (principio de legalidad) no resulta óbice para su reconocimiento, pues el principio de legalidad es sólo uno de los elementos del Estado de Derecho, y el principio de la buena fe supone el reconocimiento jurídico del valor ético social de la confianza, es elemento esencial para la paz y la seguridad jurídica⁴⁰.

La buena fe tiene una honda tradición jurídica que aporta seguridad y claridad a la hora de explicar las posiciones subjetivas en las relaciones jurídicas. Dicho criterio cohonesta y aquilata una interpretación equilibrada de los intereses que han de protegerse, los de la Administración y los del administrado. De aquí se deriva que no cabe partir de apriorismos respecto de la prevalencia de unos u otros intereses a la hora de efectuar la exegesis normativa: ni presumir la mala fe, ni preferir los intereses de una de las partes.

Referências

- BAYONA DE PEROGORDO, Juan José y SOLER ROCH, María Teresa. *Compendio de Derecho Financiero*. Alicante: Librería Compas, 1991.
- CASADO OLLERO, Gabriel. La colaboración con la Administración tributaria. Notas para un nuevo modelo de relaciones con el fisco. *Hacienda Pública Español*, n. 68, 1981.
- CAZORLA PRIETO, Luis María. *Derecho Financiero y Tributario*. Parte General. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- DELGADO LOBO, María Luisa et al. *La educación fiscal en España*. Doc. n° 29/05. Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

39 GONZÁLEZ PÉREZ, 2004, p. 91.

40 PONT MESTRES, 2004.

- DIÉZ PICAZO, Luis Miguel. *Sistema de derechos fundamentales*. 4ª ed. Madrid: Civitas Thomsom-Reuters, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan. La privatización de la gestión tributaria y las nuevas competencias de los Tribunales Económico- Administrativos. *Revista Española de Derecho Financiero*, n. 37, 1983.
- GALLO, Franco. *Las razones del Fiscal: Ética y justicia en los tributos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo & FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, v. 1, 1995.
- GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. Dignidad y ordenamiento comunitario. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 4, 2005.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2004.
- MARTIN QUERALT, Juan. *et al. Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Madrid: Tecnos, 2007.
- MARTINEZ MORÁN, Narciso & DE CASTRO CID, Benito. (Coord). *Diecisiete lecciones de Teoría del Derecho*. 2ª ed. Madrid: Uned Editorial Universitas, 2011.
- PALOMBELLA, Gianluigi. De los derechos y de su relación con los deberes y los fines comunes. *Derechos y libertades*, nº 17, época II, jun. 2007.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Lecciones de Derecho Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- PEREZ ROYO, Fernando. *Derechos Financiero y tributario*. Parte General. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2004.
- PONT MESTRES, Magín. En torno a la ausencia de presunción de buena fe del contribuyente en la Ley General Tributaria. *Quincena Fiscal*, n. 19, 2004.
- RODRIGUEZ PALOP, María Eugenia. *Claves para entender los nuevos derechos humanos*. Madrid: Catarata, 2011.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*. Barcelona: Bosch, 1986.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Lecciones de Derecho Financiero*. 10ª ed. Madrid: Universidad Complutense, 1993.

- TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- VARONA ALABERN, Juan Enrique. *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Autor convidado.

A Ilusória Amorfia do Processo Administrativo Sancionador: o Princípio da Instrumentalidade das Formas vs. as Finalidades do Processo, sob o Amparo da Ética, da Moral e da Complexidade

The Illusory Formlessness Administrative Proceedings Sanctioning: the Principle of Instrumentality of Ways vs. the Purposes of the Process, under the Auspices of Ethics, Morality and Complexity

Sandro Lúcio Dezan*

Centro Universitário de Brasília, Brasília-DF, Brasil

Paulo Afonso Cavichioli Carmona**

Centro Universitário de Brasília, Brasília-DF, Brasil

1. Introdução

O processo administrativo disciplinar, como modalidade de processo administrativo e derivado ainda da categoria “processo jurídico” – subespécie e espécie do gênero deste último¹ –, possui funções e finalidades que têm razão de ser dentro da ordem normativa e do sistema jurídico de direito

* Doutorando em Direitos e Políticas Públicas, pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: sandro.dezan@gmail.com.

** Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mestre e Doutor em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico do Doutorado, Mestrado e Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). E-mail: paulo.carmona@uniceub.br.

1 Nesse sentido: MENEGALE, 1962a; e MENEGALE, 1962b. Em sentido contrário é a doutrina de direito espanhol, que identifica distintas características entre o direito disciplinar e o direito sancionador, assim como, entre o direito penal geral, a exemplo de: LLOBREGAT, 2012a; LLOBREGAT, 2012b; e NIETO, 2012.

sancionador e punitivo geral², como componente reflexivo do Estado de Direito a buscar a superação do Estado Social, a partir de necessidade de realização do ideal democrático³. Funções e finalidades são postas pela ordem normativa, para além da satisfação dos interesses da Administração Pública e da coletividade em ver concluídas as apurações, à concretização de direitos fundamentais da parte processual em litígio com o Estado e, desse viés corolário, a realização da justiça administrativa, não jurisdicional, para a experiência brasileira.

O presente estudo busca a análise dessa inter-relação entre funções e finalidades do processo administrativo a envolver a persecução de controle interno da disciplina no serviço público e os mecanismos pseudonormativos de gestão das “ilegalidades” processuais, mormente o princípio da instrumentalidade das formas ou do formalismo moderado, empregado pela jurisprudência – e, não obstante, assim defendido pela doutrina –, para a manutenção dos efeitos de atos administrativos processuais ilegais diante da consideração de ele ter alcançado a finalidade que será obtida com a produção do ato próprio, legalmente previsto. Assinalam que não há nulidade sem prejuízo – *pas de nullité sans grief*.

Os Tribunais brasileiros fazem desse adágio “lugar comum” processual, a prestar-se como categoria jurídica a eliminar todos os efeitos de qualquer teoria das nulidades administrativas processuais. Sob esse viés, obstam-se as possibilidades de concretizações de direitos fundamentais, mormente os direitos e garantias referentes à observância do devido processo e seus corolários, em que pese já podermos considerar uma profunda evolução da teoria das nulidades dos atos administrativos e da teoria geral do processo. O aplicador do Direito olvida da juridicidade, representada pelo arcabouço das ciências jurídicas e de suas possibilidades, para cultivar a fórmula única de somente se reconhecer nulidade à vista de patente demonstração dos danos à parte litigante. A forma dos atos processuais e do próprio processo, conquanto instrumental à busca da verdade e à materialização da justiça, não possui o condão de infirmar o dever ético-moral de a Administração Pública agir de modo a buscar a melhor eficiência e efetividade harmonizada com a melhor decisão do ponto de vista de realização de direitos fundamentais.

2 Conferir, por todos: ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2013a; e ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2013b.

3 Cf sobre a busca da superação do Estado Social pelo Estado Democrático de direito: HABERMAS, 1997.

O princípio da instrumentalidade das formas não se furta de ser empregado sob a regência harmônica da finalidade e função do processo, sob o amparo da ética, da moral e da complexidade que se afere entre esses conceitos e a concepção de ato e de processo jurídico.

2. Princípio da Instrumentalidade das Formas vs. Finalidades do Processo, sob o Amparo da Ética, da Moral e da Complexidade

As concepções de procedimento e de processo administrativo evoluíram da noção de ato administrativo complexo, distinguindo-se deste último instituto – fruto da insuficiência da noção de *contrato administrativo*, para explicar que o “curso de vontades não necessariamente gerava obrigações recíprocas entre as partes”⁴ – na medida em que o ato administrativo complexo envolve a vontade e a ação de mais de um ente ou órgão autônomo ou independente, vontades e ações essas inter-relacionadas e volvidas a um único ato final⁵. Bem sabido que o Direito é uma ciência dinâmica e não seria diferente para a disciplina do direito administrativo, em que o surgimento de interações subjetivas e relações novas comumente passam a não prescindir de reformas ou de novas construções jurídicas, tendentes à transmutação de institutos e adaptações diversas, inclusive internamente a um mesmo ramo do Direito. A evolução impõe (com manutenção ou extinção da categoria originária) e não a revolução, de modo gradual, as transformações necessárias⁶. A essência de cada vontade e atos praticados é, em especial, de mesma natureza, com a única finalidade de completar as etapas necessárias à produção do ato administrativo objetivado. Compreende “o acordo de várias vontades para dar vida a um ato com escopo comum a todos os participantes, ainda que colidentes, como contrato”⁷. O ato complexo, sob esse escopo, “pode ser definido como todo ato administrativo que só se concretiza com a manifestação de vontade, concomitante ou sucessiva, de mais de um órgão do Estado”⁸, cuja extinção, por força do paralelismo das formas, somente acontece, “pela

4 CRETELLA JÚNIOR, 1961, p. 77.

5 Conferir: MEDAUAR, 2003a; MEDAUAR, 2003b; MEDAUAR, 2013; CRETELLA JÚNIOR, 1962; e MELLO, 2015.

6 BERGEL, 2003, p. 22.

7 MIRANDA, 1998, pp. 45-46.

8 CRETELLA JÚNIOR, 1981, p. 245.

ação conjugada dos mesmos órgãos que lhe deram existência e validade”⁹.

No *ato administrativo complexo* há que se conciliarem a *vontade* e a *individualidade* de cada ente público ou órgão que se manifesta para a composição estrutural do ato final, o que não se confunde com a definição do conceito de *procedimento* e *processo*, posto que nestes últimos institutos, em que pese a possível participação de mais de um ente ou órgão, inclusive com atuações de particulares administrados, na prática de atos secundários à formação do ato final conclusivo do *iter* procedimental, envolve-se aqui a concepção de vontades envoltas à prática de atos com o fim, substancial e formal¹⁰, de encadeamento de fases procedimentais, em que os atos secundários não necessariamente visam à produção de um ato principal último, mas sim à conclusão, temporal, de uma “marcha cronológica” – na essencial acepção do termo processo proveniente de sua origem etimológica do latim “*procedere*”, que significa “prosseguir”, “seguir adiante”, “seguir o próprio curso”¹¹ – (novamente aqui a concepção de *substância* e *forma* complexamente correlacionadas), para a resolução de uma atividade administrativa, a exemplo dos processos licitatórios, de contratação efetiva de agentes públicos e, sem óbices, de apuração de infrações administrativas, nos casos, por meio de procedimentos e processos administrativos, fiscal-sancionador e disciplinar, no que se refere a ilícitos praticados por particulares ou por agentes públicos¹².

Galdino Siqueira já acrescentava no âmbito do direito penal, citando passagens de Lizst e Mezger, ao apontar a necessidade de a sanção ser precedida de lei prescritora tanto da conduta proibida quanto da pena a ser imposta, o aspecto de reserva legal, sendo o princípio da legalidade, em um sentido de patentes direitos fundamentais, uma *Magna Charta* do delinquente, protegendo-lhe da pena que não lhe cabe (Lizst) ou mesmo uma *Magna Charta* do não delinquente, como forma de garantia da não intervenção arbitrária do Estado (Mezger)¹³. Para nós, essa concepção também facilmente se aplica ao direito administrativo disciplinar, ao apresentar-se o princípio da legalidade como uma *Magna Charta* do agente público não

9 CRETELLA JÚNIOR, 1981, p. 245.

10 Direito material e direito processual se intercalam de um modo especial, em cada ato administrativo, com o fim de produção do procedimento processual e de sua manutenção nas balizas da ordem jurídica.

11 PEDRA, 2007.

12 Conferir: MIRANDA, 1998; CRETELLA JÚNIOR, 1981.

13 SIQUEIRA, 1947, p. 101.

infrator, do agente público probo e honesto, na medida em que lhe afasta de eventual intervenção arbitrária do Estado-administração. Esse é o aspecto material de garantia. Entretanto, da mesma forma, pelo aspecto formal, o processo e a eficiência, eficácia e efetividade de suas convenções de nulidades, à luz (i) da *instrumentalidade constitucional do processo*¹⁴ para além da forma como mero adorno à legitimação da pena e (ii) do princípio do *devido* processo legal, apresentam carga categorial de *Magna Charta* dos agentes públicos submetidos ao processo sancionador. Não somente a figurar como caminho necessário à validade da aplicação da sanção disciplinar e do exercício de poder pelo Estado, mas sim, em um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, aprestar-se como intransponível fórmula e fonte de direitos e garantias ao acusado, a não se admitir, *e.g.*, qualquer convalidação de nulidades processuais que tenda a agravar a situação jurídica, relacional processual, do acusado.

Nesse arcabouço, contrapõem-se a necessidade de preservação de garantias dos administrados frente ao tendente excesso e arbítrio de poder por quem o exerce, no caso o Estado-administração¹⁵. Nesse sentido, majoritária doutrina é assente em esclarecer que “el poder estatal se coloca frente a los individuos en forma drástica e peligrosa. Todo manejo del poder envuelve la posibilidad de abusos”¹⁶. Há de se sobressair, como faceta do *devido processo legal constitucionalmente qualificado*¹⁷, o princípio do processo justo à vista do respeito ao dever de invalidação frente a atos nulos, provenientes de normas de qualquer hierarquia e implícitos ou explícitos nessas normas, atentando-se para o fato de que “en tema de principios procesales, universalmente no se distingue entre los que emergen de la ley fundamental (Constitucion politica) y los que tienen su origen em la legislacion comum”¹⁸.

14 GLOECKNER, 2010.

15 BINDER, 2005.

16 EBERHARD, 2006, p. 26.

17 O que ora se afirma encontra amparo, por tratar-se de teoria aplicada não somente à *comomm law*, mas a todas as teorias de respeito aos direitos fundamentais, na “doutrina da posição preferencial” da Suprema Corte americana, em que, constatadas relações jurídicas processuais envolvendo direitos fundamentais, ao se empregar pelo Tribunal a técnica do *balancing* e a razoabilidade, deferem inicialmente, de plano, mais peso, ao direito litigioso que contenha valores fundamentais da pessoa humana, ou seja, encontre-se permeado por direitos fundamentais e “isso ocorrerá quando estiver em questão uma privação de um Direito Fundamental que ocupe posição preferencial”. Cf MARTEL, 2005, p. 348.

18 EBERHARD, 2006, p. 239.

Sob essa óptica, as formas e formalizações das fases procedimentais – assim como os elementos e pressupostos materiais dos atos administrativos que formam o procedimento – prestam-se à contenção, ao limite e ao controle, da correta aplicação da lei processual ao caso concreto, com o caráter de preservação da higidez do *devido processo legal*, como direito fundamental estampado na Constituição Federal brasileira de 1988, e, do mesmo modo, a ofertar todas as faces dos direitos e das garantias materiais e processuais aos acusados, assinalando o princípio da “*nulla poena sine processu praevio*”¹⁹ e alinhado à noção de instrumentalidade constitucional²⁰.

O *princípio do formalismo moderado*, faceta do *princípio da instrumentalidade das formas* procedimentais, apesar de ampla difusão não somente na doutrina e na jurisprudência pátria, mas também entre os aplicadores do Direito nos países de tradição jurídico-ocidental^{21, 22}, deve aqui ser investigado com parcimônia e cautela, uma vez que, por se tratar de conceito jurídico plurissignificativo, pode levar à completa aniquilação das teorias das

19 “Por ello se ha sostenido que la reaccion penal no es inmediata a la perpetracion de un delito, sino mediata a ella, a traves y despues de un procedimiento regular que verifique el fundamento de una sentencia de condena; ello ha sido traducido afirmando la *mediaiez de la conminacion penal*, en el sentido de que el poder penal del Estado no habilita, en nuestro sistema, a la *coaccion directa*, sino que la pena instituida por el Derecho penal representa una prevision abstracta, amenazada al infractor eventual, **cuya** concrecion solo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por la ley, que culmine en una decision formalizada autorizando al Estado a aplicarla” (EBERHARD, 2006, p. 249.).

20 GLOECKNER, 2010.

21 MAGRA, 2006. No mesmo sentido de manutenção do procedimento sob o amparo do princípio da instrumentalidade das formas processuais, conferir também a Decisão do Tribunal Administrativo de Vêneto: “Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Prima, Sentenza del 16 settembre 2014 n. 1209 in tema di acquiescenza, sul legittimo impedimento di cui all’art. 9, co. 5 del D.P.R. n. 487/1994 e sul quando debba operare il principio di collegialità perfetta”. “Tribunal Administrativo Regional de Veneto, Seção Um, acórdão de 16 de setembro de 2014 n. 1209 em termos de cumprimento, por tal falha no art. 9, c/c art. 5º do Decreto Presidencial n. 487/1994 e quando ele precisa para operar o princípio da colegialidade perfeita” (tradução livre).

22 Exceção à aceitação pacífica do princípio da instrumentalidade das formas e do formalismo moderado é apresentada nos estudos de Luís Filipe Colaço Antunes, que assinala, mormente para os casos do contencioso administrativo português, “o problema da neutralização dos vícios formais e procedimentais tem-se colocado entre nós ao abrigo da teoria do aproveitamento do ato administrativo, nos seguintes termos: a violação de normas de natureza adjetiva ou procedimental, se implicarem apenas a anulabilidade do ato administrativo, não deve conduzir à sua anulação contenciosa quando o seu conteúdo, visto à luz da legalidade substantiva que o conforma, não possa ser outro senão o que ele expressa e contém”. (ANTUNES, 2013, p. 250). “Por que então esta *invalidade não pronunciada*? Em primeiro lugar, de invalidade se trata, uma vez que estamos perante um ato ilegal com refrações ao nível da responsabilidade administrativa e disciplinar. Já quanto à não pronúncia (da ilegalidade) pelo juiz, o problema é mais fundo. A nosso ver, baseia-se numa visão dicotômica que não valora devidamente os aspectos formais como lugar do axiológico-normativo e do conteúdo do ato”. (ANTUNES, 2013, p. 252).

nulidades processuais, relegando ao processo a função de mero “chancelador” formal de um mérito pré-concebido à vista da inicial notícia do ilícito. O fim do processo não pode ser compreendido como o alcance da suposta “verdade” a qualquer custo, mormente porque sem o instrumento jurídico formal adequado, o que ocorre é, de fato, o afastamento desses propósitos de verdade e de justiça do Direito. Por mais contraditório que se pareça à primeira vista, há de se aferir um aspecto substancial, material, do processo. O meio, o processo e o procedimento são os instrumentos concebidos pelo Estado Democrático de Direito para, *exempli gratia*, a solução aceitável da *lide* e, deveras, para o sentimento de conformismo do condenado com o resultado da atividade administrativa e com a qualidade e quantidade da sanção a ser cominada. As normas processuais – independentemente daquelas afetas à cronologia e à regularidade do procedimento, que também nos importam – hauridas da Constituição Federal e de toda a ordem jurídica adjacente, como substancialmente de garantias dos jurisdicionados, dos administrados e dos acusados em geral, impõem-se como de observância precedentemente obrigatória ao enfrentamento e resolução do mérito do processo.

A ordem jurídica correlaciona – ou assim busca concatenar – a lei e a justiça, – como aventado alhures, com o aprimoramento das relações sociais, a reiteradamente evoluir e apresentar à ordem jurídica regras justas, a serem aplicadas de modo equitativo²³, e, nas palavras de Caio Tácito, “a chave de abertura do Direito Administrativo se identifica, em suma, com a vigência do *princípio de legalidade* que serve de limite ao arbítrio do poder e identifica a fronteira da competência da Administração Pública”²⁴. Sob esse olhar, as legais fases procedimentais, assim como os elementos e os pressupostos afetos aos atos administrativos que a compõem são de essenciais observâncias, para a garantia de uma atuação administrativa conciliada com o Estado de Direito e Democrático. Esse “conceito externo de legalidade se aprofunda no reconhecimento de que a norma de competência do administrador não é um cheque em branco, mas deve ser ajustada em função do fim específico a que se destina a atividade administrativa”²⁵. A “legalidade procedimental e processual” administrativa há de ser reforçada e não

23 BERGEL, 2003, p. 22.

24 TÁCITO, 1998, p. 28.

25 TÁCITO, 1998, p. 28.

relegada a um segundo plano de normatividade, subjugada ao resultado material pretendido pelo Estado. Sem embargo de se tratar de instrumento de garantia do particular, o procedimento e o processo administrativo compreendem a sede própria, legítima e adequada de atuação da Administração, como único meio de ação administrativa de resolução de conflitos, que mescle e coloque em “paridade de armas” “poderes” administrativos e direitos e garantias dos administrados, para o reconhecimento dessa função administrativa, a função sancionadora, pelo Estado Democrático de Direito – forma de legitimação do exercício do dever-poder disciplinar e de sua atividade punitiva *interna corporis* e sancionadora geral²⁶.

O (i) *formalismo moderado* e as (ii) *finalidades dos processos* se encontram em posições de forças contrapostas, de inicial tendência antagônica, todavia, conciliáveis e, diante disso, a formar um substrato vetorial sempre a buscar a refutação desarrazoada, infundada, desproporcional e não devidamente fundamentada e demonstrada, por exemplo, do brocado do “não reconhecimento de nulidade sem que seja demonstrado o prejuízo ao acusado”, ou da “manutenção do ato administrativo nulo, em proveito da continuidade e conclusão do processo”. O princípio do prejuízo (*pas de nullité sans grief*) não pode ser empregado para reduzir toda a teoria das nulidades dos processos jurídicos à necessidade de o interessado demonstrar que foi desfavorecido com a ofensa à lei ou a alguma forma ou formalidade processual. Não se pode aceitar, nessa seara, a inversão do ônus de provar o prejuízo ocasionado à defesa, pela própria defesa, em um processo sancionador, punitivo. Há de haver a identificação pela doutrina, assim como pelos Tribunais, e, sem embargo, pela ordem jurídica, de nulidades processuais *juris et de jure*, absolutas e de pleno direito, e, de toda sorte, também de outras diversas e convalidáveis, *juris tantum*, como realidade de um direito processual substancializado a concretizar o direito material de modo realmente justo. “O processo é o instrumento que garante ao homem que a justiça pelas próprias mãos não precisa ser feita, porque ela será aperfeiçoada pelo Estado em forma processada segundo paradigmas jurídicos bem definidos e previamente estabelecidos e conhecidos”²⁷. Essa noção de segurança jurídica depende do adequado reconhecimento das formas híbridas do processo e de seus procedimentos, com efeitos coercitivos eficientes

26 ANTUNES, 2013; Antunes, 2015.

27 ROCHA, 1997, p. 190.

e eficazes, a cercear os arbítrios, *exempli gratia*, da máquina administrativa e, assim, a fornecer os contornos da Democracia e do Estado de Direito, tornando-o verdadeiro Estado Democrático de Direito. Sem essas garantias firmadas em normas jurídicas impositivas, com sanções procedimentais e processuais concretas, e, destarte, “sem confiança nas instituições jurídicas, não há base para a garantia das instituições políticas. O processo é, pois, uma garantia da Democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justiciabilidade”²⁸.

A norma processual não é acessória. Não é *adjetiva*, a servir de mera qualificadora de um direito substantivo de fato importante e válido, como o fundamental Direito do Estado de Direito. Assim também ocorre (ou deveria ocorrer) para as normas processuais administrativas. O mito da *simplificação administrativa* e da Administração Pública como um todo em prol de uma maior eficiência e efetividade de suas ações concretistas de leis portadoras de direitos materiais (influenciado pela noção de *iter* evolutivo da máquina estatal, pervagante pelas teorias da Administração burocrática, da Administração Gerencial e da Administração dialógica²⁹) é, em parte, responsável pela “queda crescente de densidade da legalidade procedimental-formal”³⁰, a produzir um efeito paradoxal e a curto prazo de ineficiência e inefetividade do *procedimento processual* – que se transmuda para algo meramente simbólico – e, assim, das próprias ações concretas administrativas, em face das incertezas jurídicas e das injustiças, decorrentes desse fenômeno.

Por tudo, todavia, cumpre esclarecer que não estamos aqui a defender um *formalismo exacerbado*, ou “a forma como um fim em si mesma”, como culto a teorias desarraigadas das necessidades de tutelas de direitos fundamentais, mas, no âmbito do processo disciplinar, sem a coerente deferência às formalidades de essência das teorias das nulidades dos atos administrativos e das nulidades processuais, em um sentido lato, o processo “pode ser a certeza do governante antidemocrático da insegurança constituída sob formas que deveriam conduzir ao objetivo contrário, qual seja, a segurança que somente o direito democrático pode oferecer”³¹. O processo administrativo é dotado de uma característica peculiar, qual seja a possibi-

28 ROCHA, 1997, p. 190.

29 LIMA, 2013.

30 ANTUNES, 2013, p. 250.

31 ROCHA, 1997, p. 191.

lidade de o ato administrativo processual apresentar *vícios intrínsecos* e *vícios extrínsecos* (*vícios materiais* e *vícios formais*). Os primeiros a comprometer o ato de dentro para fora. A partir de sua essência como ato jurídico ou como ato administrativo aos efeitos exarados no encadeamento procedimental de atos administrativos no processo. A segunda espécie de vício do ato, os extrínsecos e formais, partem, no geral, de atos administrativos desprovidos de vícios intrínsecos, porém funcionalmente irregulares, ilegítimos, ilegais em seus propósitos de efeitos no bojo do procedimento processual. Os atos administrativos processuais podem apresentar essas duas espécies de vícios isoladamente ou conjugados, compondo o gênero que a doutrina portuguesa denomina de *vícios orgânicos* do procedimento administrativo³².

A *substância* do Direito deve ser regrada à *forma* do Direito – e a *forma* à *substância*, em uma inter-relação verdadeiramente complexa –, se o que não se há de sustentar a democracia e o Estado de Direito, frente ao arbítrio que se pode instalar com a aplicação normativa desprovida de sua essência formal a garantir segurança jurídica ao sistema regulatório. Contudo, o formalismo do Direito, por si só, também não é sinônimo de garantia de justiça e já se demonstrou na história, a exemplo de seu emprego pelo nazismo, com a sua utilização mecânica, por um viés autômato, prestar-se a mascarar e a legitimamente validar as mais diversas expressões de injustiça, de todas as ordens, em nome da pseudo-aplicação de um direito legal, positivo e textual, votado e aprovado pelo Estado em nome de seus representados.

Nesse contexto se insere a importância das teorias das nulidades, quer sejam de características *materiais*, quer de características *processuais*, a iterrarem entre si e ainda em espectros *substancial* e *formal*³³, fundadas não

32 ANTUNES, 2013; e ANTUNES, 2015.

33 Reparemos que os vocábulos “substancial” e “formal”, podem se referir, o primeiro, ao direito natural e valorativamente moralizado, e o segundo, ao direito positivo, em interação entre a filosofia idealista do direito e a filosofia positivista do direito; e, sem embargo, ambos como espécies do gênero direito positivo, em que o vocábulo “substancial” se referiria ao direito material, ao passo que o segundo se referiria ao direito processual. Gustavo Zagrebelsky emprega os termos nesses dois conceitos (ZAGREBELSKY, 2008), ao passo que Jean-Louis Bergel, apenas se vale da primeira noção, referindo-se à percepção substancial do Direito e à percepção formal do direito. A primeira, aferindo a justiça do Direito, sob um viés valorativo do ordenamento jurídico. A segunda, à forma, como necessidade de segurança jurídica, pelas mãos das regras de direito positivo. (BERGEL, 2003). Jürgen Habermas assinala a inter-relação entre as “normas morais e jurídica, sobre a relação de complementariedade entre moral racional e direito positivo”, afastando-se sensivelmente das concepções de prescrições substanciais do Direito e prescrições formais do Direito, formuladas por Zagrebelsky (*Ibidem*) e Bergel (BERGEL, 2003), na medida em que estes dois últimos ainda mantêm a moral valorativa como inserida dentro do próprio Direito, ainda como norma jurídica, ao passo que Habermas distingue duas espécies de norma, a norma moral e a norma jurídica, em que pese assentir na interação fundamental entre elas (HABERMAS, 2012, pp. 139-142).

somente no direito-texto, formalizado pelo Estado, como sim e essencialmente matizadas nos estudos científicos doutrinários, a exemplo da *teoria geral das nulidades dos atos administrativos* e na *teoria geral do processo*, a identificarem, a par de princípios e de regras expostos pelos textos regulatórios em geral, *princípios e valores normativos implícitos* na ordem jurídica, hauridos de conceitos *qualitativos* e *quantitativos* pré-fundantes dos sistemas e regimes jurídicos.

Não há que se conceber a substância do Direito, o direito material, sob a roupagem formalista do Direito, o direito-texto, sem que sobre esse objeto se faça incidir um olhar de ordem valorativa, ética e moral, oriundo do contexto sociocultural que forma, em que pese mutável e flexível no tempo, a noção de justiça da ordem jurídica. Há de se afastar o Direito de uma hermenêutica “cega” aos substanciais princípios e valores constitucionais e legais, “como pura força formalizada, como mera legalidade”³⁴. Aqui se faz um raciocínio inverso aos defensores de *substancialismo puro do Direito*, que se referem às arbitrariedades que podem ser levadas a efeito em nome da aplicação da lei, do direito-texto, pois defendemos o direito positivo regrado por teorias que revelem suas nulidades no *iter* de aplicação do direito material, no evoluir racional e dialético dos atos das partes da relação jurídica, para a justa solução do litígio. Por meio do processo é possível moldar o direito material e extrair desse aporte substancial os conceitos valorativos ético-jurídicos e moral-jurídicos. O *substancialismo* e o *formalismo* devem-se inter-relacionar de modo equitativo, harmonicamente funcional e interdependente, para a operacionalização do Direito, material e processual, como expressão de justiça³⁵.

34 “Ya que el positivismo jurídico se convirtió en el enemigo principal de los juristas del régimen, se han dado por obvias estas equivalencias: sustancialismo, expresión jurídica del pensamiento totalitario; formalismo, expresión jurídica del pensamiento democrático. Pero esta historia nos muestra precisamente la otra cara de la moneda. Tras ser abatida la democracia parlamentaria e instaurarse el totalitarismo nazi, estos elementos se invetieron porque la idea de la validez de derecho con independencia de su sustancia como un mero revestimiento formal de la fuerza, mostraba ser el *vademecum* del poder arbitrario ávido de rendir todo límite a su propia omnipotencia.” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 19).

35 “(...) la polaridad de los dos campos jurídicos – sustancial y formal – non es una complicación que deba ser simplificada, un inconveniente que haya que ignorar o un defecto que deba ser corregido para una concepción más ‘pura’, ‘lineal’ y ‘rigurosa’, sino un dato constitutivo del que hay que ser consciente y un valor que hay que preservar. Cuando este dualismo falta por adoptar el derecho solamene una de sus dos caras, la forma o la sustancia, o bien cuando se pierd la tensión porque ambos lados se confunden y son indistintos, la sociedad está en peligro y, como se há dicho, el sistema jurídico-político puede transformarse en una máquina letal. En efecto, el derecho con una sola dimensión escapa a cualquier examen, pudiendo convertirse en un instrumento de dominio ciego e acritico”. (ZAGREBELSKY, 2008, p. 22.).

O equilíbrio entre direito material e direito processual e estes regradados pelas teorias das nulidades materiais e processuais provenientes da teoria geral do Direito não deve ser sumariamente afastado sob o argumento do formalismo moderado dos procedimentos e processo e da instrumentalidade das formas, haja vista que o alcance instrumental das formas equivocadas e alijadas das prescrições normativas deve ser cabalmente aferido a ponto de aclarar a ausência de todo e qualquer prejuízo ao jurisdicionado e, no caso do processo disciplinar, ao administrado, sob pena de patenteamento da aplicação do direito material, por meio de um devido processo legal apenas fictício, simulado, irreal.

Como visto, há de haver um dualismo equilibrado entre os dois polos do Direito e, acaso, apresentando-se o campo normativo em apenas uma de suas duas concepções, ou sobressaindo normatividade de um núcleo sobre o outro, ou ainda, por outro lado, essas concepções venham a perder a tensão de estabilidade e concordância, “porque ambos lados se confunden y son indistintos, la sociedad está en peligro y, como se há dicho, el sistema jurídico-político puede transformarse en una máquina letal”³⁶. Nisso, imprescindível se afiguram as teorias das nulidades materiais e processuais do Direito, como instrumentais à estabilidade da ordem normativa como um todo. “En efecto, el derecho con una sola dimensión escapa a cualquier examen, pudiendo convertirse en un instrumento de dominio ciego e acrítico”³⁷.

A instituição desregrada do princípio do formalismo moderado no processo administrativo disciplinar suplanta a essência de justiça do direito formal em sua função de limitador do direito substancial, para fazer valer este último a todo custo, como se o processo e o devido processo legal apenas se apresentassem no contexto jurídico como meros institutos “figurantes”, da forma pela forma, sem essência de fato, e somente para deferirem o “ar” de legalidade ao direito material aplicado.

À vista do exposto, sem sombra de dúvidas se assimila que o processo é dotado de um aspecto substancial, provido de eficiência e de efetividade, como completamente sistematizado ao amparo do direito material, e reciprocamente. À vista do *paradigma da complexidade*³⁸, o fenômeno cor-

36 ZAGREBELSKY, 2008, p. 22.

37 ZAGREBELSKY, 2008, p. 22.

38 MORIN, 2015.

responde a um caráter visivelmente constituído pela diversidade dentro da unidade. Essa diversidade necessariamente a compor o uno, corresponde à teoria sistêmica da complexidade³⁹.

Destarte, o formalismo moderado e a instrumentalidade das formas tendem a suplantam a eficiência e a efetividade dos aspectos materiais das normas processuais, como se o Direito fosse somente um silogismo do conceito do fato ao conceito da norma de direito material, a dar azo, imediatamente, ao resultado previsto na ordem normativa. Trata-se, em linguagem comumente conhecida em direito disciplinar, de aplicação pela “verdade sabida”, sem processo, ou sem que suas normas procedimentais e de existência e validade sejam devidamente respeitadas. Nisso se constata a importância do equilíbrio entre a substância jurídica e a formalidade jurídica, em que ambas se encontram complexamente a serviço umas das outras e, não obstante, imbricadas aos propósitos da justiça como escopo do Direito.

Os fatos da vida submetidos aos contextos do Direito, como litígios ou pretensão de os serem, assim como os institutos e as categorias de direito material e de direito processual, interconectam-se de modo bem mais complexo que a simplista análise isolada e temporal de cada elemento de forma estanque, como se o excluísse do contexto litigioso sociocultural e o laborasse em ambiente fictício e artificial, para, após, novamente o reinserir no plexo de coisas do Direito, dando a ele os efeitos sugestionados. Os fatos da vida submetidos aos contextos do Direito são correlacionados de modo complexo, como as inter-relações intersubjetivas do mundo real de fato o são. Assim também ocorre com a instrumentalidade das formas, ora, como afirmar categoricamente que determinada ilegalidade processual não gerou danos processuais e mesmo materiais ou prejuízos a uma das partes se, pelo contrário, acaso reconhecida a nulidade que aproveitasse à parte acusada, o benefício seria patente, ao menos em ver a expectativa de direito a prescrição poder se materializar.

Diante do Estado como parte autora no processo sancionador – no caso em que nos detemos, o processo administrativo disciplinar –, sem embargo dos demais processos punitivos estatais a exemplo do processo penal, do processo fiscal ou do processo tributário, nitidamente se há de aferir que o formalismo moderado e a instrumentalidade das formas são, deveras, me-

39 MORIN, 2011, p. 61.

didadas que beneficiam o órgão punitivo responsável pela persecução, uma vez que a lei comumente se encarrega de estipular as formalidades e o conteúdo, elementos e pressupostos dos atos processuais, cujas prescrições se tornam inúteis e ‘letras mortas’ ao olhar do julgador ou do administrador, que busca o fim do processo – e a punição do suposto agente infrator –, sem a aplicação dos direitos e garantias processuais a que faz jus o acusado. Malferre-se, destarte, o devido processo legal, em seu aspecto substantivo, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não o elegeu a direito fundamental desprovido de normatividade, em que a norma processual, essência do princípio em comento, encontra-se, justamente, no dever de reconhecimento das condições de admissibilidade da ação disciplinar e dos pressupostos de existência e de validade do processo, como pressupostos gerais de validade do enfrentamento e da resolução do mérito do processo administrativo disciplinar.

O processo e a justiça por meio do processo são aplicações concretas da ética⁴⁰, em que, na visão de filósofos contemporâneos⁴¹, nos contornos da expressão de ética, hão de se identificar dois princípios destacados: o princípio da inclusão e o princípio da exclusão⁴². A inclusão compreende a inserção do “eu” no “nós” – “o todo está na parte e a parte está no todo”⁴³ – e, conseqüentemente, apreender o todo no centro de si próprio. Trata-se instintivamente da vital necessidade do outro, como, em Aristóteles, a partir da premissa de ser o “homem um animal político [social]”⁴⁴, decorrente da interação entre *logos e polis*, entre a razão e a vida em sociedade⁴⁵. Por outro giro, pela óptica do princípio da exclusão, há uma tendenciosa busca de preservação do individualismo, do “eu”, em que o outro é um “estranho” e isso, talvez, como vértice aporético [sem um caminho definido, *hódos*, e

40 “La sujeción de la acción administrativa a determinadas formalidades, la necesidad de que la acción administrativa se realice a través de los cauces formales de un procedimiento ha sido siempre – y sigue siéndolo – una de las más firmes garantías del interés público. El procedimiento administrativo podrá cumplir otras finalidades – como la garantía de los derechos de los ciudadanos –. Pero es, ante todo, garantía de que la actuación de los administradores va a dirigirse hacia el interés público, y, por tanto, garantía de un comportamiento ético”. (PÉREZ, 2014, pp. 207-208.).

41 Apesar de não trata das categorias processo e justiça processual, mister conferir exclusão e inclusão por meio da ética na teoria de Edigar Morin. Cf, por todos, MORIN, 2011.

42 MORIN, 2011, pp. 19-20.

43 MORIN, 2015, p. 75.

44 ARISTÓTELES, 2002.

45 Cf KROHLING, 2010; e KROHLING, 2011.

decorrente da junção dos vocábulos *metá* e *hódos* (método)], representativo de resquícios de visões do modelo jurídico liberal a influenciar o formato neoliberal de Estado. Tal princípio leva à concorrência e à exclusão⁴⁶ entre indivíduos, pondo-se o fenômeno, entretanto, a transpassar a esfera individual, de modo a abarcar as relações intersubjetivas e a permear as instituições jurídicas subjetivas e objetivas, as pessoas jurídicas e o Direito, e, sem embargo, impondo a modulação da forma de *fundamentação* (legislação normativa) e *aplicação*⁴⁷ (interpretação e concreção normativa) de suas categorias jurídicas. À vista desses argumentos, identificamos a tendente imposição do direito material, substancial, sobre o direito processual, por vezes compreendido como mero adjetivo instrumental e simplesmente direcionado à concretização do direito substantivo positivado. Identifica-se, destarte, a imperatividade do princípio da exclusão em toda e qualquer tentativa de menoscabo de princípios e de regras de nulidades processuais, que poderiam favorecer direitos dos acusados. O pensamento do *processo como instituto complexo* há de se harmonizar com o primeiro *princípio da inclusão*, uma vez que intercala, em ações de interdependência, o direito substancial e o direito formal, em que, inclusivamente, um depende do outro, para a busca das possíveis – conquanto realmente inatingíveis dentro de uma concepção ideal – certeza, verdade e justiça do Direito.

Em tudo existe uma organização, ou melhor, uma forma ora mais ora menos detalhada de conformação, em que “a separação, dispensação e aniquilação, desencadeiam-se constantemente e simultaneamente (...) e nessa agitação surgem forças de religação”⁴⁸, pelo acontecimento de uma *dialógica indissociável (tetragrama dialógico: ordem, desordem, interações organização e reorganização, em ciclos antagônicos, concorrentes e complementares)*⁴⁹, para a retomada da ordem natural das coisas. Assim também é o processo e o processo disciplinar, com suas previsões de nulidades, úteis, e mesmo essenciais, notadamente como “força de religação” e correção dos rumos do processo, em busca seus escopos – certeza, verdade e justiça, possíveis.

É no *ato*, no *agir*, que a *intenção* corre o risco de fracassar ou desviar-se

46 MORIN, 2011, pp. 19-20.

47 Vocábulos sobre os juízos de *fundamentação* e de *aplicação* empregados apenas para utilizar o inicial sentido dos conceitos postos por Klaus Günther, sem, contudo, adentrar à teoria da argumentação jurídica. Cf GÜNTHER, 2004. Nesse mesmo sentido os vocábulos são empregados por Habermas (2003a; 2003b).

48 MORIN, 2011, p. 31.

49 MORIN, 2011, p. 32.

de suas finalidades. No Direito, o legislador manifesta a sua vontade inicial, a sua intenção, o que compreendemos como *mens legislatoris*, que, nada obstante, entrega-se, ao se tornar direito-texto, nas mãos e evolutivamente dos intérpretes e aplicadores do Direito. Nesse ponto, o ato de “interpretar” e de “aplicar” a norma ao caso concreto corresponde diretamente ao “agir”, que hermeneuticamente mal compreendido pode viciar todo o propósito inicial da norma. Essa é uma faceta da incerteza da ética, por obra da moral, a influenciar a ético no “jogo das *inter-retro-ações*”⁵⁰. “Daí a insuficiência de uma moral que ignora o problema dos efeitos e consequência dos seus atos”⁵¹.

O processo administrativo, assim como qualquer processo jurídico, compreende um complexo aberto ao exercício dialético da razão⁵², em franco confronto com a aplicação direta e objetiva do direito material e nisso há de se repensar o modo como as autoridades administrativas e, sem embargo, as autoridades judiciais, têm encarado os fins, funções e finalidades do processo não só como uma mera forma de ritos, mas sim como, nomeadamente, dotado de substância à concreção de direitos fundamentais.

Todavia, em que pese a todos os argumentos até aqui experimentados, a conclusão a que se chega, mormente ao observarmos as decisões dos Tribunais Superiores brasileiros a chancelarem toda espécie de decisionismo administrativo-processual, é a de que não há deferência alguma à “processualidade jurídica ampla” a contemplar a senda da Administração Pública. Por tudo, queda-se o Estado-administração, em seus processos e procedimentos, a um plano subjurídico – quiçá, com um pouco de boa vontade, aos efeitos jurídicos dos atos administrativos isolados em si –, em que sequer de nulidades processuais e de efeitos jurídicos de atos processuais, e fases processuais válidas ou inválidas, permitem-se falar; tudo isso ao abrigo dos propósitos patologicamente direcionados a que buscam de modo pré-concebido os administradores e os órgãos jurisdicionais, pelas vias do “processo” administrativo, de sua “sindicabilidade jurisdicional” e do controle judicial de seus atos.

Sem qualquer propósito de desqualificar as nossas instituições e a par de eventual má-fé nas fundamentações das decisões administrativas (“o

50 MORIN, 2011, p. 41.

51 MORIN, 2011, p. 41.

52 BRAGA, 2012.

problema das falsas justificações⁵³), o que tem transparecido até o momento são autoridades administrativas alheias a qualquer noção da importância jurídica das funções que desempenham no processo administrativo, sem a mínima qualificação ou pré-qualificação, para o exercício desse múnus público, e, por outro lado, a inafastável jurisdição, os órgãos jurisdicionais⁵⁴, retroalimentados pela doutrina e reciprocamente, a não reconhecerem, de fato, substancialmente, a processualidade administrativa e a consequente *juridicidade* (atuação conforme a *lei* e o *direito* – Ciências Jurídicas aplicadas) do processo administrativo e, por corolário, do processo disciplinar.

Esse é o “estado da arte” do processo administrativo: uma *pseudoprocessualidade*, entendida apenas como algum encadear de atos administrativos, sem qualquer estudo ou pragmatismo dedicado ao reconhecimento e aprofundamento da juridicidade e, assim, das categorias de existência, de validade e nulidades dos atos administrativos, das fases processuais e do próprio processo administrativo, como relação jurídica em contraditória, concretista de princípio e valores constitucionais do Estado Democrático de Direito⁵⁵.

3. O Propósito Teleológico do Processo Disciplinar

O vocábulo “fim” pode ser definido como aquilo que foge ao infinito⁵⁶, no sentido de “termos ou conclusões de episódios temporais”⁵⁷. A cronologia de ações leva à conclusão, ao termo, em um sentido de termo inicial e termo final, em que algo tem um marco de começo e um marco de encerramento.

Sob essa acepção, o processo, mormente o processo administrativo disciplinar, como já nos expressamos, perfaz um encadear de atos administrativos e atos da Administração (atos administrativos em sentido estrito e em sentido lato), direcionados à concreção do interesse público. Sem embargo dessa vinculação de atos administrativos, o processo disciplinar também se compreende – por meio desses mesmos atos – como um conjunto de posições jurídicas da Administração e do agente público, ou seja, da parte

53 RODRIGUEZ, 2013, p. 22.

54 FACCINI NETO, 2011. Conferir também: LUIZ, 2013.

55 O que, no caso brasileiro, patologicamente, porém em proporções menores, estende-se aos processos jurisdicionais, mormente o processo penal, consoante assinala Ricardo Jacobsen Gloeckner (2010).

56 ABBAGNANO, 2012, p. 531.

57 ABBAGNANO, 2012, p. 531.

ativa e da parte passiva, a experimentarem poderes, faculdades, deveres, sujeições e ônus, ao amparo de uma legalidade e, assim, de um regime jurídico representativo do devido processo legal.

Com efeito, apresenta-se como “fim”, propósito teleológico, a obtenção de um resultado derradeiro frente a uma demanda da Administração Pública, para casos que envolvem o controle da disciplina interna do serviço público.

4. Função e Finalidade do Processo Disciplinar

A função de algo “é a operação *própria* da coisa, no sentido de ser aquilo que a coisa faz melhor do que as outras coisas”⁵⁸, a considerar-se, “do ponto de vista teleológico, a unidade sintética (...) de operação para um fim, ou capaz de realizar um fim”⁵⁹ – “ação dirigida a um fim”⁶⁰.

Com efeito, o processo compreende a materialização da relação jurídica formal, a colocar “frente à frente” as partes envolvidas no litígio, que, no caso do processo administrativo disciplinar, emprega-se a propiciar a dialética processual em contraditório.

À vista desses argumentos, a função do processo jurídico e, sem embargo, do processo administrativo disciplinar, é a formação, manutenção e conclusão da relação jurídica processual⁶¹.

A *finalidade* de algo que pode ser compreendida como “a correspondência entre um conjunto de coisas ou de acontecimentos [envolvendo o sentido de função, como operação própria da coisa] e um fim”⁶², que abarca a concepção de *finalismo*, como elementos e ou eventos organizados à concreção de um fim.

Sob esse aspecto, considerando o *fim* e a *função* do processo administrativo disciplinar a perfilharem a apuração de infrações administrativas no seio da Administração Pública, a *finalidade* desse instrumento administrativo, em um Estado Democrático de Direito e como veículo de realização da democracia, por vias de um Direito justo, em notada concepção

58 ABBAGNANO, 2012, p. 548.

59 ABBAGNANO, 2012, p. 548.

60 ABBAGNANO, 2012, p. 548.

61 Anote-se que entendemos o processo administrativo disciplinar como *relação jurídica* em contraditório (BÜLOW, 1964) e não como *situação jurídica* (GOLDSCHMIDT, 1935; 1936; 1950).

62 ABBAGNANO, 2012, p. 532.

de Justiça do Direito, há de ser permeada pelas concreções fáticas de (i) garantias jurídicas gerais, da Administração, dos administrados e, sem embargo, de todo o coletivo social, destinatário dos serviços públicos; assim como (ii) garantias associadas aos direitos fundamentais; (iii) otimização do conteúdo das decisões; (iv) eficácia das decisões; (v) legitimação do poder disciplinar; (vi) correto desempenho da função; (vii) realização da justiça pela Administração Pública; (viii) aproximação entre Administração e administrado; (ix) sistematização da atuação administrativa; (x) facilitação do controle administrativo; (xi) aplicação dos princípios e regras da atividade administrativa⁶³.

(i) As garantias jurídicas gerais, da Administração, dos administrados e, sem embargo, de todo o coletivo social, destinatário dos serviços públicos, converte-se em propósito do Estado garantidor, Estado Democrático de Direito, como ente responsável por propiciar a observância das normas jurídicas, assim como também a elas se submeter e a Administração Pública, na realização do processo disciplinar, encontra-se balizada em seu poder sancionador aos limites estipulados pela lei e pela ordem jurídica como um todo. Possui a Administração o poder de punir, o poder disciplinar ou o dever-poder disciplinar de aplicar sanções administrativas a seus agentes públicos infratores estatutários, todavia, com escopo na proibição da arbitrariedade, com aspecto negativo, e na proativa deferência a direitos e garantias constitucionais e legais dos agentes públicos processados, como aspecto ativo de garantia. Nesse viés, perfaz eficiente e eficazmente a busca e a realização do interesse público que, em linhas gerais, intersecciona-se com o interesse coletivo, de todo o grupo social. As garantias gerais de observância da ordem jurídica pela Administração por meio do processo, ou seja, do devido processo legal e de seus corolários princípios e regras, realiza, direta e imediatamente, todas (ii) as garantias associadas aos direitos fundamentais, conglobando o exercício do contraditório e da ampla defesa, o direito de informação e manifestação nos autos e fora dele, o direito de resposta, de refutação e de petição, sem embargo de tantos outros associados à busca da verdade e da justiça do Direito, por meio do processo como instrumento constitucional de ação estatal ética e moral⁶⁴.

63 MEDAUAR, 2003, pp. 65-74.

64 MORIN, 2011.

(iii) A otimização do conteúdo das decisões também compreende função do processo e do processo disciplinar e isso se dá do mesmo modo que se afere o fenômeno em ambiente jurisdicional, na medida em que a discussão dialética entre as partes processuais, malgrado tratar-se de processo de relação linear e dual (Administração-autora e agente público-réu), é levada à exaustão, em cada fase do procedimento processual, a propiciar ampla definição dos conceitos fáticos de interesse do litígio, fundamental à prolação do ato decisional. A conclusão do processo firmada em amplo debate entre as partes, com oportunidades gerais de diligências e provas variadas, aproxima-se da verdade dos fatos a lastrear a (iv) eficácia das decisões. O processo, como instrumento constitucional de garantias dos acusados defere eficácia às decisões administrativas e, não obstante, (v) legitima o exercício do dever-poder disciplinar. Não se permite falar em sanção de qualquer espécie em um Estado Democrático de Direito, sem que a ela se preceda a realização do devido processo legal, substancialmente levado a efeito com escopo não na necessidade de punição e exemplificação de modo de ação estatal de repressão ao ilícito, mas sim exercício exaustivo dos direitos fundamentais do acusado⁶⁵, em prol de sua defesa, contraditório e correlatos valores.

Como meio de sindicabilidade, de fiscalização do atuar administrativo e análise dos resultados da busca do interesse público, meio de (x) facilitação do controle administrativo, o processo, concretizado consoante a ordem jurídica, propicia o (vi) correto desempenho da função, eximindo de responsabilidades os agentes públicos encarregados de suas fases e atos administrativos.

Considerando a pretensão de correção e busca da verdade pelo Direito, assim como de pretensão de justiça por meio das normas jurídicas e de sua correta interpretação e aplicação por meio das ciências jurídicas, em forma de objeto e metalinguagem – direito positivo e ciências jurídicas a ele aplicadas –, o devido processo legal disciplinar leva à (vii) realização, pela Administração Pública, de uma aceitável justiça, aplicável ao caso concreto a ela submetida para a decisão. Não se afasta a apreciação do

65 Se nas próprias relações privadas já se admite a incidência das normatividades dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (*eficácia erga omnes horizontal*, ou *eficácia nas relações privadas*), mormente se deve aplicar ao serviço público, diante da formação de uma relação processual acusatória e punitiva. Sobre a “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, cf. SARLET, 2011; e ROTHENBURG, 1999a; 2000; 1999b.

Poder Judiciário, como reconhecimento do princípio da ubiquidade ou da inafastabilidade da jurisdição, mas provoca a tendência de conformação e satisfação do administrado com o resultado do processo estatal e com o ato administrativo final, descartando o eventual interesse de se buscar o Poder Judiciário, posto não se verificar qualquer arbitrariedade do Estado-administração. Esse fenômeno de satisfação e conformação, mesmo diante de um resultado mais gravoso para o administrado, e.g. um ato punitivo disciplinar, provoca, ao menos indiretamente, a (viii) aproximação entre Administração e administrado, que passa a ter a possibilidade de moldar e mesmo mudar os resultados dos atos administrativos, por meio de um processo não jurisdicional, realizado no seio da própria Administração Pública. Na qualidade de parte processual, encontra-se, de fato, inserido na relação processual, de modo igualitário e com “poderes” processuais equânimes aos da Administração, em “paridade de armas jurídicas”, como, também, responsável pelo resultado do curso da relação jurídica.

O referido controle dos atos da Administração e a sindicabilidade do seu agir, alinhados à correta aplicação da ordem jurídica sob o amparo das teorias propostas pelas Ciências Jurídicas e, com efeito, à correta aplicação do devido processo legal administrativo disciplinar leva à (ix) sistematização da atuação administrativa, faceta do princípio da segurança jurídica, a dar ao administrado a projeção de futuros resultados à vista de determinados fatos procedimentalizados, sem o risco de contradições entre resultados incidentes sobre fatos semelhantes, em casos distintos, consoante a *teoria dos atos próprios*⁶⁶.

Todo esse arcabouço de funções do processo jurídico aplicado ao processo disciplinar confirmam o princípio da juridicidade administrativa, com o dever-poder de sua atuação conforme a lei e o direito (*Ciências Jurídicas*), propiciando concretização certa, segura e justa (xi) dos princípios e regras que envolvem a atividade administrativa e, no caso que ora nos detemos, o processo administrativo disciplinar.

5. Considerações Finais

Em conclusão, o princípio do formalismo moderado, ou da instrumentalidade formas, representado nos vários ramos epistemológicos do processo

66 DANTAS JÚNIOR, 2006; SOUZA, 2006; e ARAGÃO, 2010.

jurídico estatal pelo adágio *pas de nullité sans grief* é empregado de modo indistinto para a garantia de um direito material, dando-lhe estrutura rígida e, sobremaneira, superior ao instrumento processual. Este ficaria apenas como, de fato, “mero instrumento” serviente dos fins do direito material.

Todavia, processo e direito material devem-se encontrar em mesmo nível de importância e de funcionalidade dentro do sistema de normas e esse paradigma se aúfere à luz da Constituição Federal e de seus princípios e valores regentes dos direitos fundamentais de todo e qualquer administrado e jurisdicionado.

Nesse viés, função, fins e finalidade do processo apresentam, ao amparo do princípio da juridicidade administrativa de atuação conforme a *lei* e o *direito*, o condão de reestruturação dessa ideal interação perdida entre direito material e direito processual.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2013.
- _____. *A teoria do acto e da justiça administrativa. O novo contrato natural*. Coimbra: Almedina, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 35, abr. 2010.
- ARISTÓTELES. *A política*. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2003.
- BINDER Aberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República” en Política Criminal Bonaerense. *Ciências Penales*, a. 17 n.23. São José da Costa rica, 2005.
- BRAGA, Luiz Felipe Nobre. Primeiras linhas para os princípios da filosofia do direito processual civil. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 26, n. 168, pp. 253-293, nov./dez., 2012.
- BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones dilatorias y los resupuestos processuales*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. Atos e contratos administrativos. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.
- _____. *Direito administrativo do Brasil*. Processo administrativo. Vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.
- DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *A teoria dos atos próprios*. Elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados. 2006, 463 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Pontífica Universidade Católica – PUC, São Paulo, 2006.
- EBERHARD, Schmidt. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner, 2006.
- ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I, 16. ed. Madrid: Civitas, 2013a.
- _____. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013b.
- FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial – hermenêutica, Constituição e resposta corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. 2010, 637 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Paraná, 2010.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Europa-América, 1935.
- _____. *Derecho Procesal Civil*. Trad. de Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936.
- _____. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936;
- _____. *Problemi Generali del Diritto*. Padova: CEDAM, 1950.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2012.

- _____. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Vol. II, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KROHLING, Aloísio (Org.). *Ética e a descoberta do outro*. Curitiba: Editora CRV, 2010;
- _____. *A ética da alteridade e da responsabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011.
- LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.
- LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Vol. I, Barcelona: Editorial Boch, 2012a.
- LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Vol. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012b.
- _____. *Derecho administrativo sancionador práctico*. Vol. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012.
- MAGRA, Salvatore. *Principio di conservazione del provvedimento amministrativo fra nullità, annullabilità e inesistenza*. Roma: Overlex, 2006.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 51, p. 346-361, abr. 2005.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a.
- _____. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b.
- _____. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENEGALE, J. Guimarães. *O Estatuto dos funcionários*. Vol. I.1. Ed. São Paulo: Forense, 1962a.
- _____. *O Estatuto dos funcionários*. Vol. II.1. Ed. São Paulo: Forense, 1962b.
- MIRANDA, Sandra Julien. *Do ato administrativo complexo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MORIN, Edgar. *O método 6. Ética*. 4. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Editora sulina, 2011.
- _____. *Introdução ao pensamento complexo*. 5. ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Editora sulina, 2015.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tec-

nos, 2012.

- PEDRA, Adriano Sant'Ana. Processo e Pressupostos Processuais. *Revista da Advocacia Geral da União*, AGU n. 68, Set/2007, p. 1-20, 2007.
- PÉREZ, Jesús González. *Corrupción ética y moral en las administraciones públicas*. 2. ed. Navarra: Civitas, 2014.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo FGV*, Rio de Janeiro, 209, pp. 189-222, jul./set. 1997.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 29, pp. 55-64, out. 1999a; *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 30, p. 146-155, jan. 2000; *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 1, pp. 1033-1042, ago. 2011DTR, 1999b.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 1, pp. 383-326, Ago, 2011.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: José Confino Editor, 1947. t. I.
- SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios: esboço de uma teoria do comportamento contraditório aplicada ao direito*. 2006, 178 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Bahia, 2006.
- TÁCITO, Caio. *Transformações do direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo FGV*, Rio de Janeiro, 214, pp. 27-34, out./dez. 1998.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia*. Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

Recebido em 3 de agosto de 2016.

Aprovado em 10 de novembro de 2016.

Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas no primeiro semestre de 2017
no âmbito do Programa de Pós-Graduação em
Teoria do Estado e Direito Constitucional

Aluno: Leonardo Bruno Marinho Vidigal (**Doutorado**)

Título: O Direito ao Esquecimento e a Incipiente Experiência Brasileira: Incompreensões sobre o Tema, Limites para sua Aplicação e a Desafiadora Efetivação no Ambiente Virtual.

Data da Defesa: 24/03/2017

Banca: Maria Celina Bodin de Moraes (Orientadora), Caitlin Sampaio Mulholland (Co-orientadora), Carlos Affonso Pereira de Souza, Carlos Nelson de Paula Konder, Eduardo Ribeiro Moreira, Fernanda Nunes Barbosa.

Resumo: Esta tese pretende contribuir para a melhor compreensão e aplicação do denominado direito ao esquecimento na sociedade contemporânea, notadamente caracterizada pela intensa circulação de informações viabilizada pela permanente evolução tecnológica. Para o desenvolvimento do estudo foi necessário tecer considerações críticas à expressão utilizada no Brasil para identificar o direito em exame, conceituá-lo como uma forma de restrição à ilimitada divulgação de informações individuais pretéritas e desprovidas de interesse público, além de definir sua configuração jurídica de direito fundamental da personalidade decorrente da cláusula geral de tutela da dignidade humana. A partir do reconhecimento de evidentes limites para a aplicação do direito ao esquecimento e considerada a tutela da vida privada em seu viés atual, de controle sobre a circulação de informações relativas aos indivíduos, entende-se não apenas possível como também fundamental a plena tutela do direito tratado na tese. Dada a magnitude do papel atualmente desempenhado pela Internet na comunicação social, defende-se, entre outras possibilidades de aplicação do direito ao esquecimento, o direito de o indivíduo requerer a exclusão de resultados das listas de links apresentadas após uma pesquisa, em provedores de busca, utilizando-se determinadas palavras ou expressões, ainda que tal exclusão não atinja também a fonte onde a informação foi originalmente divulgada. Ademais, o exame da legislação correlata ao tema, a análise de projetos de lei sobre a matéria, bem como a pesquisa da recente jurisprudência brasileira na aplicação do direito ao esquecimento foram métodos utilizados para se chegar à sugestão de critérios que possam ser adotados na ponderação entre os interesses eventualmente conflitantes à liberdade

de expressão e à tutela dos direitos da personalidade. Em síntese, informações desatualizadas e irrelevantes sob a perspectiva do interesse público, cuja disseminação possa causar comprovados e injustos danos aos direitos da personalidade, não devem ser irrestritamente divulgadas, sob pena de configuração de notória violação à dignidade humana e, acrescente-se, sem que esta defendida limitação informativa possa ser considerada como prática análoga à tão condenável censura

Aluno: Úrsula Simões da Costa Cunha Vasconcellos (**Mestrado**)

Título: Direito e Felicidade: uma abordagem crítica a partir da Filosofia Experimental e da Psicologia Comportamental

Data da Defesa: 27/03/2017

Banca: Noel Struchiner (Orientador), Fabio Carvalho Leite e Rodrigo de Souza Tavares.

Resumo: O direito à felicidade vem, recentemente, ganhando destaque dentro do universo jurídico brasileiro. Sua relevância ganhou uma dimensão ainda maior com a apresentação de duas Propostas de Emenda à Constituição (n.º 19 e 513, de 2010) que tiveram como objetivo inclui-lo no rol de direitos fundamentais. Apesar do arquivamento destas PECs, o posicionamento que vem ganhando destaque dentre os juristas brasileiros é que o direito à felicidade está implícito em nosso ordenamento. Entretanto, isso pode não ser benéfico para o ordenamento jurídico, tendo em vista as pesquisas recentes produzidas pela filosofia experimental e pela psicologia comportamental. As primeiras demonstram que o conceito ordinário de felicidade, além de capturar o estado psicológico do agente, possui – diferentemente do esperado – um componente valorativo; enquanto as segundas demonstram que as pessoas, de maneira sistemática, falham em prever ou escolher (caso tenham previsto) aquilo que maximiza sua felicidade. Partindo dessas contribuições, trabalha-se com três hipóteses: (1) O conceito de felicidade, por ser simultaneamente psicológico e valorativo, é bastante variável em virtude da concepção moral de cada sujeito, o que pode trazer

resultados negativos para a tomada de decisão judicial; (2) Os diferentes vieses aos quais os indivíduos estão sujeitos no momento de avaliar o que lhes traz mais felicidade podem gerar resultados contrários ao esperado em casos juridicamente relevantes; e (3) Devido às limitações impostas a todos os sujeitos, é prejudicial para o direito a positividade do direito à felicidade. A partir da utilização de uma metodologia tanto bibliográfica quanto experimental, foi possível comprovar as duas primeiras hipóteses da pesquisa, além de terem sido encontrados fortes indícios de que a terceira também está correta. Conclui-se que não vale a pena para o ordenamento jurídico positivizar o direito à felicidade às custas da assunção de riscos possivelmente desastrosos para o direito.

Aluno: Priscilla Regina da Silva (**Mestrado**)

Título: Os Limites Sagrados da Liberdade: Uma Análise sobre o Discurso de Ódio Contrarreligioso

Data da Defesa: 28/03/2017

Banca: Fábio Carvalho Leite (Orientador), Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos e Caitlin Sampaio Mulholland.

Resumo: A Liberdade de Expressão é um direito essencial e amplamente reconhecido em uma sociedade democrática. Entretanto, o consenso sobre os limites da estimada liberdade está longe de ser alcançado, principalmente no que tange a ofensa religiosa, por envolver crenças e valores tidos como sagrados. A partir da constatação de que o estabelecimento de limites precisos para a ofensa religiosa é uma questão especialmente delicada em países cuja população é muito religiosa – como é o caso do Brasil –, ressalta-se a importância do presente trabalho. O primeiro desafio é explorar questões que rondam a própria conceituação do discurso de ódio: estaria uma ofensa relacionada à crença, e não propriamente à pessoa ou grupo de pessoas, apta a afetar a dignidade dos ofendidos? A quem cabe decidir quais casos serão ou não acobertados pelo direito à livre expressão? A partir da análise de doutrina e jurisprudência estrangeira, este trabalho propõe, principalmente, que decisões judiciais envolvendo discursos de

ódio devem ser orientadas por critérios específicos que possam auxiliar o magistrado no procedimento decisório. Por isso, é essencial refletir sobre a importância dos standards internacionais e sua possível aplicação no sistema brasileiro.

Aluno: Rodolfo de Assis Ferreira (**Mestrado**)

Título: Controle, interpretação e manipulação da lei através da constituição

Data da Defesa: 29/03/2017

Orientador: Fabio Carvalho Leite (Orientador), Fábio Perin Shecaira e Noel Struchiner.

Resumo: As decisões interpretativas, no caso a interpretação conforme a constituição, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (decisão manipulativa redutiva), decisão manipulativa aditiva, decisão manipulativa substitutiva estão presentes no controle de constitucionalidade brasileiro. Elas são tratadas indistintamente e um aspecto disto é linguístico: a diferença entre identificar uma regra (interpretação¹) e seguir uma regra (interpretação²). As abordagens semânticas permitem esse tipo de diferenciação, mas abordagens pragmáticas parecem têm maiores dificuldades. Dentro do direito, isso pode ser traduzido como a oposição entre a identificação do significado literal, significado ordinário e a identificação do significado intencional, significado finalístico dos documentos normativos. Quanto a seguir regras jurídicas, três modelos são possíveis: o formalismo forte, o formalismo presumido e o particularismo sensível às regras. Dentre esses, os últimos dois são mais compatíveis com a jurisdição constitucional. Contudo, críticas à falta de critérios presentes nesses dois atingem também o controle de constitucionalidade e especialmente as decisões interpretativas, por faltarem parâmetros precisos para justificar uma decisão interpretativa em detrimento da declaração de (in)constitucionalidade simples. Ademais, a diferenciação entre interpretação¹ e interpretação² também é útil à aplicação da cláusula de reserva de plenário, diferenciando quando órgão fracionário está apenas identificando o que a lei diz, usando a constituição como referência, e quando a lei diz algo inconstitucional.

Aluno: Michel Wencland Reiss (**Doutorado**)

Título: O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NO CONTEXTO DA MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO: análise do Estatuto de Roma com base no direito penal de inspiração anglo-saxã, no direito penal de inspiração romano-germânica e no direito penal brasileiro

Data da Defesa: 29/03/2017

Banca: Joao Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador), Jean-François Yves Deluchey, José María Gómez, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki, Ilié Antonio Pele, Pedro Cláudio Cunha Brando Bocayuva Cunha.

Resumo: O trabalho consiste na análise do processo de internacionalização dos Direitos Humanos com base no Direito Internacional Penal. Partindo de abordagens interdisciplinares na criação do Tribunal Penal Internacional, é feita uma leitura jurídico-penal do Estatuto de Roma a partir da aproximação dos conceitos oriundos do Common Law e do Civil Law em busca de um maior aprimoramento na construção de uma Parte Geral do Direito Internacional Penal. Assim, pretende-se contribuir para uma maior preocupação no tocante à responsabilização penal no plano internacional, sempre com o foco voltado para o incremento da proteção internacional dos Direitos Humanos.

Aluno: Rebeca dos Santos Freitas (**Mestrado**)

Título: De quem é a culpa? Compreendendo a responsabilidade jurídica a partir de uma perspectiva psicológica e filosófica

Data da Defesa: 03/04/2017

Banca: Noel Struchiner (Orientador), Florian Fabian Hoffmann, Rodrigo de Souza Tavares, Fábio Perin Shecaira e Rachel Barros Nigro.

Resumo: A responsabilidade jurídica é, sem dúvidas, um dos institutos mais relevantes do direito, tendo em vista o seu papel de assegurar a coesão

social. Dentro da tradição jurídica, os modelos explicativos sobre a atribuição de responsabilidade buscaram prescrever, a partir de uma perspectiva racional, quais os fatores que deveriam ser levados em conta a fim de produzir juízos de responsabilização de forma acurada. Segundo estes, tais juízos deveriam ser produtos de um processo iniciado pela análise causal do evento danoso, seguida da análise das intenções do agente para somente depois assinalar sua culpa e a respectiva punição. No entanto, a tais modelos tradicionais escaparam o fato de que a nossa capacidade de realizar juízos de responsabilidade está inclusa em uma complexa estrutura cognitiva a partir da qual normativizamos o mundo. Recentes descobertas de pesquisadores pertencentes aos campos das ciências cognitivas, da filosofia experimental, da psicologia moral e da psicologia social demonstraram uma inversão na forma como enxergamos o processo de atribuição de responsabilidade. As teorias e pesquisas empíricas formuladas por essas áreas apontam a ingerência da moralidade, das intuições e das emoções em conceitos considerados como neutros pela teoria do direito, como os de causalidade e intencionalidade, e na forma como as pessoas formulam seus juízos de responsabilidade. Neste trabalho busco demonstrar a influência de julgamentos morais e de processos de natureza intuitivo-afetiva sobre a tomada de decisão acerca do instituto da responsabilidade jurídica, com enfoque na responsabilidade penal. Ao final do trabalho, deixo algumas pistas investigativas sobre os impactos dessa influência para o nosso sistema penal.

Aluno: Pedro de Araujo Fernandes (**Mestrado**)

Título: A Judicialização da "Megapolítica" no Brasil: O Protagonismo do STF no Impeachment da Presidente Dilma Rousseff

Data da Defesa: 03/04/2017

Banca: José María Gómez (Orientador), Jose Ribas Vieira (Co-orientador), Gisele Guimaraes Cittadino, João Feres Júnior e Joao Ricardo Wanderley Dornelles.

Resumo: O Brasil passou, em 2016, por um processo de ruptura institucional. Esta dissertação examina o papel desempenhado pelo Supremo

Tribunal Federal no processo que culminou com o impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff à luz do conceito de “Judicialização da Megapolítica”, do cientista político Ran Hirschl. Através da análise das decisões do STF e do contexto político em que elas foram tomadas, busco demonstrar que esta corte adotou uma postura ativista que foi decisiva para a queda da ex-presidente. Esta postura ativista do STF contou com o apoio das elites políticas, econômicas e sociais nacionais, dado que abria caminho para viabilizar, de forma encoberta, uma agenda política que fora seguidamente derrotada ao se apresentar mais abertamente nas disputas eleitorais nacionais. Tal desfecho sugere que as leituras positivas do fenômeno da judicialização da política na literatura nacional - no período em que ele se associava à expansão de direitos nos marcos da democratização do país - podem ter subestimado os riscos que esse processo representava para o próprio regime democrático ao se deslocar para temas da megapolítica.

Aluno: Guilherme da Franca C. F. de Almeida (**Mestrado**)

Título: Técnica legislativa e linguagem

Data da Defesa: 05/04/2017

Banca: Adrian Sgarbi (Orientador), Fábio Perin Shecaira e Noel Struchiner.

Resumo: A filosofia do direito se preocupa tradicionalmente com a análise de problemas interpretativos sob a perspectiva do juiz. Uma mudança de perspectiva pode ser benéfica: é possível utilizar de conceitos de filosofia da linguagem para aprimorar a redação de textos normativos, lançando nova luz sobre as questões filosóficas persistentes sobre a interpretação jurídica. O presente trabalho analisa os conceitos de ambiguidade e vagueza, em suas diversas formas, e oferece uma divisão entre tipos de vagueza instrumentalmente desejáveis e indesejáveis para a consecução dos valores perseguidos pelo direito. Após, é apresentado um argumento que pretende mostrar que textos normativos são atos de fala ilocucionários. Finalmente, o trabalho busca mostrar como a linguagem ordinária pode ser usada para aumentar a clareza de textos normativos. A hipótese de que essa prática pode gerar benefícios é testada e confirmada a partir de um questioná-

rio distribuído a juristas e não juristas. Na conclusão, argumenta-se que a aplicação das conclusões filosóficas anteriores a textos normativos pode aumentar o grau de efetividade e transparência do direito e resolver parte dos problemas de interpretação que permanecem não solucionados após décadas de debate filosófico, como ocorre com as discussões sobre intencionalismo e textualismo.

Aluno: Amanda Cataldo de S. T. dos Santos (**Mestrado**)

Título: Comissão Nacional da Verdade: o último capítulo da justiça de transição no Brasil?

Data da Defesa: 07/04/2017

Banca: José María Gómez (Orientador), Carolina de Campos Melo (Co-Orientador), Florian Fabian Hoffmann e Roberto Vilchez Yamato.

Resumo: A presente dissertação tem como objeto inicial refletir sobre a Comissão Nacional da Verdade (CNV) à luz da normativa e da experiência internacional, analisando o contexto de sua instituição, a elaboração de seu marco legal, suas interações com atores estatais e não estatais, e os principais avanços e desafios enfrentados durante seu funcionamento. Com base no relatório final da CNV, serão identificados os pontos centrais desenvolvidos pela Comissão em termos de justiça e verdade, evidenciando como suas conclusões e recomendações afastam-se do discurso oficial do Estado brasileiro. Finalmente, será verificado em que medida o relatório final da CNV poderá oferecer aportes para o caso Vladimir Herzog, a ser julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Aluno: Felipe Peixoto Braga Netto (**Doutorado**)

Título: Violência urbana e omissões estatais: da irresponsabilidade à responsabilidade – uma análise das transformações da responsabilidade civil do Estado à luz da teoria dos Direitos Fundamentais

Data da Defesa: 10/04/2017

Banca: Caitlin Sampaio Mulholland (Orientadora), Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Gisela Sampaio da Cruz, Carlos Nelson de Paula Konder e Eduardo Ribeiro Moreira.

Resumo: “Violência urbana e omissões estatais: da irresponsabilidade à responsabilidade – uma análise das transformações da responsabilidade civil do Estado à luz da teoria dos Direitos Fundamentais” investiga os rumos da responsabilidade civil do Estado – sobretudo na modalidade omissiva –, conectando o problema à questão da violência urbana. Embora a responsabilidade civil do Estado (independentemente de culpa) já faça parte da tradição constitucional brasileira há décadas, são raras as indagações teóricas – bem assim as decisões judiciais – que responsabilizam civilmente o Estado pelos danos sofridos pelos cidadãos resultantes da violência urbana (podemos dizer que embora a responsabilidade civil objetiva do Estado faça parte da tradição constitucional brasileira há muitas décadas, as consequências interpretativas ainda não foram adequadamente desenvolvidas). A tese, nesse contexto, analisa criticamente a jurisprudência brasileira relativa ao problema, apontando falhas de coerência e possível ausência de consistência teórica do padrão mental convencional a respeito do tema. A violência urbana, hoje, embora constitucionalmente conectada às funções estatais (ninguém põe em dúvida que o dever de prestar segurança pública é um dever do Estado), é um território de ninguém, no que diz respeito à assunção – jurídica – dos riscos, particularmente no que se refere à responsabilidade civil do Estado. A pesquisa questiona se há, nestas primeiras décadas do século XXI, uma rede de conexões normativas e conceituais que permitam repensar o problema (convém lembrar que há, nas sociedades contemporâneas, uma constante reavaliação dos riscos que são socialmente aceitáveis, bem como há uma dinâmica reavaliação de quem são os responsáveis por eles). Busca-se, por fim, a construção de um modelo teórico para a responsabilização estatal por omissão nos casos de violência urbana, a partir das categorias conceituais da responsabilidade objetiva agravada e do fortuito interno.

Aluno: Pedro Federici Araujo (**Mestrado**)

Título: DEMOCRACIA, JUSTIFICAÇÃO E COMUNICAÇÃO: notas sobre um Brasil de desigualdades sociais

Data da Defesa: 10/04/2017

Banca: Florian Fabian Hoffmann (Orientador), Bethânia de Albuquerque Assy (Co-Orientador), Gisele Guimaraes Cittadino e Luiz Bernardo Leite Araujo.

Resumo: O contexto desta pesquisa é a crise do modelo democrático exclusivamente representativo. Ele é ambiência para a perpetuação de uma relação entre Estado e povo que não é baseada na comunicação e inviabiliza trocas de razões, típicas de relações de poder. O modelo representativo e um contexto de desigualdade social facilitam a dominação entre classes, negam reconhecimento aos pobres, prejudicando seu autorreconhecimento político, e impedem a comunicação entre governo e cidadão. Os conceitos de agir comunicativo, dominação e justificação, em Habermas e Forst, são fundamentais para um parâmetro democrático baseado na intersubjetividade. Democracia é um conceito em disputa. Não se pretende apresentar um conceito melhor, entretanto, analisam-se as conjunturas sociais e políticas que contribuem para um descrédito do modelo democrático e fortalecem estruturas de dominação e de agir estratégico incompatíveis com a democracia. Parte-se de um pressuposto onde a democracia deve atender a padrões de justiça e comunicação baseados em uma ética intersubjetiva. O modelo democrático não pode facilitar o agir estratégico, nem perpetuar estruturas de não reconhecimento e de dominação. A inserção de mecanismos de participação popular revela-se como amplificadora do caráter democrático, permitindo a diminuição da utilização do agir estratégico e uma abertura para o agir comunicativo e para a troca de relações de dominação por relações de poder. Esses mecanismos favorecem os locais de encontro e conflito, de interação entre os diferentes. Além de contribuir para a amplificação do diálogo e a redução de estruturas estatais não representativas e não responsivas.

Aluno: Lucas Filardi Grecco (**Mestrado**)

Título: Teorias ideais e teorias não-ideais da adjudicação

Data da Defesa: 11/04/2017

Banca: Noel Struchiner (Orientador), Bethânia de Albuquerque Assy e Fábio Perin Shecaira.

Resumo: Teorias ideais e teoria não-ideais da adjudicação são uma distinção metodológica dentro das teorias normativas da adjudicação. Os primeiros pensam que a metodologia das teorias normativas deve ser adequada ao que podemos esperar de seres humanos ordinários. Autores do formalismo jurídico como Larry Alexander, Cass Sunstein e Adrian Vermeule estão associados a essa metodologia. Os segundos, por sua vez, pensam que esta não é uma restrição normativamente relevante. Podemos defender teorias cujos padrões normativos violam o que podemos esperar de seres humanos ordinários. O particularismo de Dworkin é o principal expoente desse método. A pergunta central é se há um conflito genuíno entre esses dois métodos. Para responder essa pergunta, divido as teorias ideais em duas vertentes: teorias ideais não-orientador e teorias ideais orientadoras. Defendo que há um conflito metodológico apenas entre os métodos não-ideias e este último. Por fim, sugiro que a reflexão sobre esses métodos é importante para desenvolver novos projetos normativos, nomeadamente, do formalismo ideal e que tal empreitada é intelectualmente valiosa.

Aluno: Ana Carolina Mattoso Lopes (**Mestrado**)

Título: O DIREITO SOCIAL AO LAZER EM PERSPECTIVA CRÍTICA: DESIGUALDADES E DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO

Data da Defesa: 12/04/2017

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires (Orientador), Adriana Facina Gurgel do Amaral e Adriano Pilatti.

Resumo: A presente dissertação tem por tema o lazer como direito social, as desigualdades na sua fruição e os elementos necessários à democratização do acesso a ele. Tem-se como objetivos: i) estudar o lazer como fenômeno social, nos diferentes sentidos que assume na sociedade, conceito e propriedades; ii) analisar a forma como o direito ao lazer se configura no ordenamento brasileiro desde a sua inclusão na CRFB/88 buscando encontrar o conteúdo dado a esse direito social; iii) investigar outras questões que influenciam na vivência do lazer produzindo desigualdades, a forma como os problemas econômicos e sociais e a dinâmica do mercado atuam sobre essa vivência alterando sua configuração; iv) analisar, com base no estudado, quais elementos seriam essenciais para modificar a realidade de desigualdade, dando real efetividade ao direito. A pesquisa se faz a partir de uma perspectiva racializada, colocando o racismo com um dos fatores que atua sobre a configuração do lazer e suas desigualdades. Na primeira etapa, se fará uma reflexão sobre o conceito de lazer, seus aspectos e propriedades com base no material fornecido pelos Estudos do Lazer, seguido de uma investigação sobre o tratamento do direito ao lazer na Constituição Federal de 1988, na legislação infraconstitucional e na doutrina do direito constitucional. Logo após, estabelecerei um conteúdo para o direito social ao lazer com base nos conceitos trabalhados e em uma interpretação sistemática da constituição. Na segunda etapa, trato do lazer na sua relação com o capitalismo, analisando a atuação da indústria cultural, a globalização e o avanço da indústria do entretenimento e as alterações que provocam no lazer, para tratar então das desigualdades no acesso ao lazer influenciadas pela dinâmica das grandes cidades, relacionadas aos problemas urbanos. Na terceira etapa, trato da dinâmica do lazer das classes populares, abordando a contradição presente no lazer, em que convivem a sua cooptação por diferentes instrumentos de dominação e a capacidade de resistência a ela, mostrando o lazer como resistência e a relação entre a cultura de massas e a cultura popular. Por fim, aponto outros desafios que se colocam para a construção do direito ao lazer, indispensáveis à democratização do acesso a ele.

Aluno: Carlos Victor Nascimento dos Santos (**Doutorado**)

Título: O EXERCÍCIO DA COLEGIALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: entre a construção social do discurso e as práticas judiciais

Data da Defesa: 10/05/2017

Banca: Gisele Guimaraes Cittadino (Orientador), Fernando de Castro Fontainha (Co-Orientador), Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Fabio Carvalho Leite, Pedro Heitor Barros Geraldo e Marcelo Tadeu Baumann Burgos.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo apresentar diferentes discursos capazes de explicar um mesmo fenômeno: o exercício da colegialidade no Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, utilizou-se de pesquisa bibliográfica para reconstituir o discurso jurídico acerca da colegialidade enquanto categoria autônoma no discurso jurídico. Origens, fundamentos e suas funcionalidades são alguns dos aspectos que são destacados na pesquisa. Em seguida, procedeu-se a uma pesquisa documental e bibliográfica, utilizando-se do método histórico, para organizar o discurso produzido na História acerca do mesmo objeto de pesquisa. Como resultado, é possível identificar, origens, fundamentos e funcionalidades bastante distintas do discurso jurídico. Após, e utilizando como fontes de pesquisa os depoimentos orais concedidos por atores sociais que compõem ou compuseram um colégio de julgadores, buscou-se dar voz a esses atores por meio da atribuição de sentido ao discurso por eles produzido. A utilização de diferentes métodos e saberes na identificação e produção de cada um dos discursos foi fundamental à ampliação do poder explicativo da colegialidade nos tribunais brasileiros, principalmente a exercida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme poderá ser notado nas páginas a seguir. Por fim, a partir dos métodos propostos foi possível a adoção e sugestão de uma metodologia própria ao estudo de categorias e conceitos jurídicos no direito brasileiro, de modo a permitir uma dissociação entre a origem, fundamentos e até significados da expressão para as funções que são capazes de exercer na sociedade.

Aluno: Silvia Follain de Figueiredo Lins (**Mestrado**)

Título: A ascensão do STF e os limites do poder: teoria e prática na narrativa constitucional contemporânea

Data da Defesa: 27/06/2017

Banca: Fabio Carvalho Leite (Orientador), Diego Werneck Arguelhes e Jose Ribas Vieira.

Resumo: A centralidade assumida pelo STF na cena política brasileira tem suscitado diversas reflexões teóricas sobre o papel a ser exercido pela jurisdição constitucional e sobre sua legitimidade democrática. No âmbito latino-americano, muito tem se falado em um novo constitucionalismo caracterizado, dentre outros aspectos, pela ampliação da gama de direitos previstos e pelo fortalecimento do Judiciário. O presente trabalho tem por objetivo discutir a atuação do Supremo Tribunal Federal em face das perspectivas criadas pelas teorias que buscam justificar seu protagonismo. Para tanto, parte-se da premissa de que a análise crítica do fenômeno deve contemplar não apenas os elementos jurídicos, mas também a natureza política de muitas das escolhas realizadas pela corte e por seus membros. Nessa linha, são trazidos alguns julgamentos históricos do tribunal, escolhidos para demonstrar como ele construiu seu personagem ao longo do tempo, dando destaque tanto para as dimensões políticas como jurídicas de sua atuação. Em seguida, discutem-se as possibilidades de desenhos institucionais em países marcados por fortes desigualdades sociais, dentro de um contexto de entusiasmo com o desempenho das cortes constitucionais na efetivação de garantias básicas da cidadania. Após este panorama teórico, o trabalho se debruça sobre a realidade empírica da atuação do tribunal, verificando em que medida sua conduta corresponde às expectativas criadas em torno das capacidades institucionais da jurisdição constitucional.

Resumos/*Abstracts*

Giamberardino, André Ribeiro; Olchanowski, Nikolai. A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a partir da Filosofia Política

Resumo: Parte-se da noção de desenvolvimento de Sen para avaliar, no âmbito da filosofia política, a compatibilidade da pena estatal com o objetivo de expansão de liberdades. Ressalta-se o caráter político da pena e a inevitabilidade do debate normativo para sua compreensão. Na sequência, investiga-se a moldura liberal da compreensão da pena estatal e sugere-se a necessidade de um horizonte coletivo e republicano para as práticas de censura, como rota de fuga das contradições inerentes ao liberalismo penal. Aponta-se para o debate acerca da participação popular na formulação de políticas voltadas para a questão criminal e para sua proximidade com o debate acerca do próprio significado de democracia. Ao final, as práticas restaurativas são sugeridas como possibilidade de apreensão coletiva dos problemas discutidos, desde que bem ressaltadas as noções de responsabilidade e participação política dos sujeitos envolvidos.

Palavras-chave: Desenvolvimento; Pena; Democracia; Participação popular; Políticas criminais; Práticas restaurativas.

State Punishment against Democracy: Thoughts on Political Philosophy

Abstract: From Sen's notion of development we discuss the compatibility, in the context of political philosophy, of state punishment with the goal of expanding freedom. We emphasize the political nature of punishment and the unavoidability of a normative discussion to access it. Next, we investigate state punishment's liberal framework. The need of a republican approach for understanding the practices of censorship is suggested as an escape route from the inherent contradictions of penal liberalism. We point at the debate on popular participation on criminal policies and at its closeness to the debate on the very meaning of democracy. Restorative practices are suggested as a possibility of a collective seizure of the key matters discussed, as long as well emphasized the notions of responsibility and political participation of the subjects involved.

Keywords: Development; Punishment; Democracy; Popular participation; Criminal policies; Restorative practices.

Bolonha, Carlos; Rangel, Henrique; Lazari, Igor de. O que *Brown* e *Obergefell* nos Ensinam sobre Contramajoritarismo?

Resumo: O presente artigo propõe uma comparação entre *Brown vs. Board of Education* (1954) e *Obergefell vs. Hodges* (2015). A primeira decisão, por ser sensivelmente abstrata e influente no direito constitucional norte-americano, passou por um processo marcante de mitificação acerca de seu caráter contramajoritário. A segunda também protegeu uma minoria social com base na interpretação da cláusula de proteção igualitária e, assim, pode ser alvo desse mesmo fenômeno. Diante desse processo de mitificação, sustenta-se a hipótese de que há natureza majoritarista nas decisões de *Brown* e *Obergefell*. Embora ambas as decisões tenham protegido direitos de minorias sociais, tais mudanças interpretativas foram adiadas pela Suprema Corte norte-americana até que uma maioria qualificada de Estados já as tivesse implementado. A metodologia se baseou em dois parâmetros: o comportamento decisório da Corte e o *status quo* constitucional da matéria, representado pelo número de Estados favoráveis ou contrários a determinada interpretação constitucional.

Palavras-chave: Suprema Corte dos EUA; Casamento Gay; Contramajoritarismo; Federalismo.

What do *Brown* and *Obergefell* Teach us about Countermajoritarianism?

Abstract: This article proposes a comparison between *Brown vs. Board of Education* (1954) and *Obergefell vs. Hodges* (2015). The first decision is significantly abstract and influential in American constitutional law. In this sense, it has passed through a remarkable process of mystification about its countermajoritarian character. The second one also has protected a social minority based on the interpretation of the equal protection clause. Thus, it is supposed to be aimed by the same phenomenon. Before this mystification process, this article supports the follow hypothesis: *Brown* and *Obergefell* decisions indicate a majoritarian profile. Both decisions have protected rights of social minorities, but the U.S. Supreme Court has delayed such interpretative changes until a qualified majority of the American States has already provided it. The methodology consists of two analytical parameters: the decision-making of the Court and the constitutional *status quo* of

the matter defined by the number of States favorable or contrary to certain constitutional interpretation.

Keywords: U.S. Supreme Court; Gay Marriage; Countermajoritarianism; Federalism.

Martín, Carmen Almagro. El Derecho al Trabajo en Épocas de Crisis: el Caso de España

Resumen: Sin duda alguna, en épocas de crisis como la que vivimos desde hace años, que se ha mostrado especialmente intensa en España, el Derecho al trabajo es uno de los que resultan más perjudicados. Se trata de un Derecho fundamental del ser humano y, como tal, aparece recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, formando parte de ese “ideal común” que todos los pueblos y naciones deben esforzarse en conseguir. En España, el desempleo ha alcanzado niveles tan elevados que se ha convertido en la principal preocupación de los españoles (prácticamente en todas las familias hay al menos un miembro en “paro”). La situación es desoladora, habiéndose llegado a rozar los 6 millones de trabajadores en situación de desempleo, resultando evidente que el país debe continuar la reforma en el ámbito laboral poniendo en práctica políticas activas que permitan la reducción de esta cifra y la normalización del mercado de trabajo. Sin embargo, no menos importante será la adopción de medidas para la protección de los millones de desempleados, que viéndose privados de trabajo, principal fuente de ingresos para la mayoría de ellos, carecen de los recursos necesarios para hacer frente a sus necesidades básicas y las de sus familias.

Palabras clave: Trabajo; Despido; Desempleo; Indemnización; Exención.

The Right to Work in Times of Crisis: the Case of Spain

Abstract: Without any doubt, in times of crisis, as the one we have been currently living for years, the right to work has been particularly affected. It is a Fundamental Human Right, as it is expressed in the Universal Declaration of Human Rights, shaping this “common ideal” towards which all the people and nations must try to achieve. In Spain, unemployment has reached such levels that it has become the main subject of preoccupation

among Spaniards (in almost all families, there is at least one unemployed individual). The situation is devastating, as almost 6 million of people are unemployed, urging the country to carry on its labour reforms, implementing active policies that enable to reduce this number and to normalize the labour market. It will be also important to adopt some measures to protect millions of unemployed individuals who, having no job, (as the main source of income for them), are lacking the necessary means to cope with the basic needs of themselves and their families.

Keywords: Work; Dismissal; Unemployment; Compensation; Exemption.

O Direito ao Trabalho em Tempos de Crise: o Caso da Espanha

Resumo: Sem dúvida, em tempos de crise como a que temos vivenciado há anos, e que tem demonstrado ser particularmente intensa na Espanha, o direito ao trabalho tem sido particularmente prejudicado. Trata-se de um direito humano fundamental e como tal, aparece na Declaração Universal dos Direitos Humanos, formando parte desse “ideal comum” que todos os povos e nações devem buscar realizar. Na Espanha, o desemprego atingiu níveis tão elevados que se tornou a principal preocupação dos Espanhóis (praticamente todos em todas as famílias lares têm pelo menos um membro sem emprego). A situação é sombria, tendo em vista que há quase 6 milhões de desempregados, exigindo que o país prossiga com suas reformas trabalhistas, implementando políticas públicas ativas que permitam reduzir essa cifra e normalizar o mercado do trabalho. Torna-se importante adotar medidas que protejam os milhões de desempregados que, sem emprego – principal fonte de ingressos para a maioria deles –, carecem dos recursos necessários às suas necessidades básicas e de suas famílias.

Palavras-chave: Trabalho; Demissão; Desemprego; Indenização; Isenção.

Xavier, Elton Dias; Silva, Roberta Cardoso. Educação no Cárcere: Análise Comparativa das Legislações Brasileira e Argentina

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar, comparativamente, os marcos normativos legais que regulam a oferta de educação no âmbito prisional, no Brasil e na Argentina. A princípio, discutem-se alguns pontos

relacionados à educação nas prisões. Dando sequência, apresenta-se a legislação bem como algumas discussões existentes no Brasil sobre o tema “educação no cárcere”. Em seguida, faz-se uma análise desses mesmos aspectos – legislação e estudos sobre o tema proposto – no contexto argentino. Após isso, é realizada uma abordagem comparativa em torno das especificidades e (in)congruências percebidas no ordenamento jurídico de ambos os países no que tange à legislação sobre educação em presídios. Por fim, são feitas algumas considerações acerca dos pontos discutidos no decorrer deste trabalho.

Palavras-chave: Educação; Cárcere; Legislação; Brasil; Argentina.

Education in Prison: A Comparative Analysis of the Brazilian and Argentine Legislation

Abstract: The article aims to analyze, comparatively, the legal, regulatory frameworks that rule the provision of education in the prison context in Brazil and Argentina. At first, we discussed a few points related to education in prisons. Then, it presents the legislation and some current discussions in Brazil on "education in prison." In the same way, it makes an analysis of those aspects - legislation and studies on the theme - in the Argentinian context. After that, we performed a comparative approach of the specifics and (in)congruencies perceived in the legal system of both countries regarding the legislation on education in prisons. Finally, we made some considerations on the main points discussed in the article.

Keywords: Education; Prison; Legislation; Brazil; Argentina.

Sturza, Janaína Machado; Marques, Aline Damian. A Importância do Trabalho para a Consolidação da Dignidade do Homem: Apontamentos sob a Perspectiva dos Direitos Sociais

Resumo: Este artigo tem como objetivo indicar alguns apontamentos acerca dos direitos dos trabalhadores sob a perspectiva dos direitos sociais, expressando-se como problema as discussões sobre o exercício da cidadania e a efetivação da dignidade da pessoa humana. Dentro desta perspectiva temática, através do método hipotético-dedutivo, aborda-se sobre a positiva-

ção dos direitos dos trabalhadores na ordem constitucional representar um novo paradigma valorativo com relação ao valor social do trabalho. Nesse sentido, a livre iniciativa e o primado da dignidade da pessoa humana forneceram um arcabouço normativo cuja interpretação pelos operadores do direito permite concretizar os direitos sociais. Essa concepção pode ser definida como sendo um conjunto mínimo de direitos que cada ser humano possui, baseado na sua dignidade humana. Daí decorre a importância dos direitos humanos, dos direitos sociais e, em especial, dos direitos dos trabalhadores.

Palavras-chave: Direito do Trabalhador; Direitos Sociais; Dignidade Humana.

The Importance of Work for the Consolidation of Dignity of Man: Points under the Perspective of Social Rights

Abstract: This article aims to indicate some notes about the rights of workers from the perspective of social rights, expressing as a problem the discussions about the exercise of citizenship and the realization of the dignity of the human person. Within this thematic perspective, through the hypothetical-deductive method, it is approached about the positivation of workers' rights in the constitutional order to represent a new value paradigm with respect to the social value of work. In this sense, free enterprise and the primacy of the dignity of the human person have provided a normative framework whose interpretation by lawmakers allows the realization of social rights. This conception can be defined as a minimum set of rights that each human being possesses, based on their human dignity. Hence the importance of human rights, social rights and, in particular, workers' rights.

Keywords: Labour law; Social Rights; Human Dignity.

Santin, Janaína Rigo; Favretto, Mariane. Poder Local, Participação Popular e Clientelismo

Resumo: O artigo traz em questão a valorização do poder local como campo para a tomada de decisões políticas eficientes, em um tempo em que os governos atuais necessitam estar atentos ao desenvolvimento social.

Ressalta-se o tratamento dado ao Município pela Constituição Federal de 1988, que o elevou à categoria de ente federado, o que tornou promissora a possibilidade de uma gestão compartilhada entre poder público e sociedade civil em âmbito local. Entretanto, o clientelismo é um problema político e social a ser enfrentado no país e que só poderá ter alguns de seus efeitos superados mediante aumento da *accountability* social e da participação por meio de iniciativas locais. Procura-se assim, analisar a democratização promovida pela lógica local, em que as decisões públicas ocorrem de forma descentralizada e mais próximas da população, como controladora das práticas clientelistas. O estudo justifica-se pelo imperativo de respostas céleres e eficazes às necessidades mais elementares da sociedade, sendo que a gestão local tende a ser o meio ideal para atender às demandas sociais.

Palavras-chave: Clientelismo; Município; Participação Popular; Poder Local.

Local Power, Popular Participation and Clientelism

Abstract: The paper brings into question the appreciation of the local government as a field for making effective policy decisions at a time when the current governments need to be aware of the social development. It is noteworthy the treatment given to the municipality by the 1988 Constitution has raised to federal entity, which made it even more promising the possibility of a shared management between political society and civil society at the local level. However, patronage is still a political and social problem facing the country and overcome with increased accountability and increased performance of regulatory agencies, particularly social control. Wanted so seize the democratization promoted by the local logic, in which public decisions occur in a decentralized and closer to the population so, could curb this practice. The study is justified by the need for rapid and effective answers to the most basic needs of society, and the local management tends to be the ideal way to meet these demands.

Keywords: Patronage; Municipality; Popular participation; Local power.

Rübinger-Betti, Gabriel; Benvindo; Juliano Zaiden. Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional

Resumo: Estudos sobre a deliberação racional das cortes constitucionais têm ganhado notoriedade na literatura constitucional comparada. Normalmente focadas em discussões normativas de *como as cortes deveriam julgar*, muitas vezes negligenciam argumentos mais prosaicos de como se poderiam promover incentivos institucionais para o incremento de sua consistência argumentativa. Especialmente a partir de uma análise sistêmica de dois níveis, que assume que instituições não são simples soma de seus membros e tampouco podem agir como peça isolada no controle da ordem constitucional, este artigo investiga como simples mudanças nas práticas e regras no STF podem incrementar substancialmente a capacidade coletiva de deliberação racional. Para tanto, seu foco, mais do que no debate normativo, se voltará para o estudo de desenhos institucionais e comportamentos estratégicos dos ministros, explicitando que pequenos “empurrõezinhos” podem, aos poucos, transformar uma corte solipsística em uma corte constitucional.

Palavras-chave: Deliberação; Suprema Corte; Controle de Constitucionalidade; Incentivos Institucionais; Supremo Tribunal Federal.

From Supreme Solipsism to Rational Deliberation

Abstract: Studies on the rational deliberation of constitutional courts have gained momentum in the comparative constitutional literature. Normally focusing on normative debates over *how courts should decide*, non-rarely have they overlooked more prosaic arguments of how institutional incentives could improve their argumentative consistency. Specially drawing from a two-levels systemic analysis, which argues that institutions are neither a simple sum of their members nor an isolated piece responsible for controlling the constitutional order, this Article looks into how simple changes in practices and rules at the Brazilian Supreme Court could substantially boost the collective capacity of rational deliberation. To this end, its focus, more than the normative debate, revolves around institutional designs and the justices’ strategic behavior, showing that little nudges could, little by little, transform a solipsistic court into a constitutional one.

Keywords: Deliberation; Supreme Court; Judicial Review; Institutional Incentives; Brazilian Supreme Court.

Huete, Miguel Ángel Sánchez. El Carácter Fundamental del Deber de Contribuir: el Derecho y la Ética de las Relaciones Tributarias

Resumen: La figura del tributo aparece habitualmente asociada a la idea de gravamen y carga ya que supone la entrega de parte del patrimonio, además de onerosas obligaciones de colaboración. Pero la contribución, además de obligación, representa un valor esencial en nuestra conveniencia ciudadana: la solidaridad. Solidaridad que constituye valor imprescindible en los Estados considerados de Derecho, por aparecer vinculado a la idea de autoimposición y dignidad, además de ser medio para la realización de los derechos prestacionales consustanciales al denominado Estado social. Si necesario resulta poner de relieve el carácter fundamental de tal deber no lo es menos efectuar un tratamiento acorde a la hora de su exigencia por los poderes públicos. En las sociedades actuales, de gran movilidad e intercambio económico, el Derecho Tributario ha de prever con antelación las conductas que le son lesivas. En tales contextos, la admisibilidad ética de algunas medidas preventivas utilizadas resulta cuestionable. Pues si las normas tributarias evidencian un compromiso ético de la sociedad, los instrumentos y formas de exigencias han de ser coherentes y, en todo caso, respetar los principios que las justifican. En el presente artículo, se pretende mostrar el carácter, además de jurídico, intrínsecamente valorativo y ético del deber de contribuir y de su exigencia. Ambos aspectos –deber y exigencia– son parte de una misma dimensión, pero de diversa perspectiva. Con el deber se afirma su vinculación y con la exigencia se estudia el papel del legislador y de la Administración, pero también sus límites.

Palavras-chave: Deber de contribuir; Solidaridad; Dignidad; Derechos fundamentales; Prevención del fraude; Buena fe.

The Fundamental Feature of the Duty to Pay One's Taxes: Law and Ethics of Fiscal Relations

Abstract: The notion of tax is generally associated with the ideas of levy and charge, as it implies the delivery of a part of one's property, along with costly obligations to collaborate. However, fiscal contribution, apart from being a duty, expresses an essential value for our citizen coexistence: solidarity. It is an indispensable value for the Rule of Law as it reckons on the ideas of self-assessment and dignity, and being also a mean for the achievement of provision rights, inherent to the so-called welfare State. It is necessary to underline the fundamental aspect of this duty along with its processing when it is required by the public authorities. In our current societies, of great mobility and economic exchange, tax law must anticipate the conducts that are harmful to it. In such contexts, the ethical eligibility of some preventive measures might be questionable. Thus, if tax rules reveal an ethical commitment of society, the instruments and forms of exigencies must be coherent, and, in any cases, respectful of the principles that justify them. This article intends to show not only the legal feature, but also the intrinsically ethical and axiological aspects of the duty to pay one's taxes and its exigency. These two features - obligation and exigency - are part of the same dimension, but from a different perspective. With the obligation, a commitment is established, and through the exigency, the role of the legislator and the administration is studied as long as its limits. *Keywords:* Duty to pay one's taxes; Solidarity; Dignity; Fundamental rights; Prevention of fraud; Good faith.

O Aspecto Fundamental da Obrigação de Contribuição. O Direito e a Ética das Relações Tributárias

Resumo: A figura tributo normalmente aparece associada à ideia de carga tributária, uma vez que significa tanto a entrega de parte do patrimônio de um indivíduo quanto o surgimento de obrigações de colaboração custosas. Mas a contribuição, além de ser uma obrigação, representa um valor essencial à nossa convivência cidadã: a solidariedade. A solidariedade é um valor essencial ao Estado de Direito, por ser ligada às ideias de autoimposição e de dignidade, bem como por ser um meio de alcançar os direitos

prestacionais, intrinsecamente ligados ao chamado Estado de bem-estar. É necessário destacar o aspecto fundamental deste dever em conjunto com o seu processamento ao ser requerido pelas autoridades públicas. Nas sociedades modernas, de alta mobilidade e intercâmbio econômico, o direito tributário deve antecipar os comportamentos que lhe podem ser prejudiciais. Em tais contextos, a admissibilidade ética de algumas medidas preventivas pode ser questionável. Assim, se as regras fiscais demonstram o compromisso ético de uma sociedade, os instrumentos e as formas de exigências devem ser coerentes e, em qualquer caso, respeitar os princípios que os justificam. No presente artigo, pretende-se demonstrar o aspecto não somente jurídico, mas também inerentemente axiológico e ético do dever de contribuir e de sua exigência. Ambos aspectos – exigência e dever – são parte da mesma dimensão, mas seguindo uma perspectiva diferente. Com o dever se afirma um compromisso, e, a partir da exigência, estuda-se o papel do legislador e da administração, com seus limites.

Palavras-chave: Dever de contribuir; Solidariedade; Dignidade; Direitos fundamentais; Prevenção à fraude; Boa fé.

Dezan, Sandro Lúcio; Carmona, Paulo Afonso Cavichioli. A Ilusória Amorfia do Processo Administrativo Sancionador: o Princípio da Instrumentalidade das Formas vs. as Finalidades do Processo, sob o Amparo da Ética, da Moral e da Complexidade

Resumo: o presente artigo tem como finalidade confrontar o princípio *pas de nullité sans grief*, que atualmente é tido como cerne do sistema de reconhecimento de nulidades processuais, com os fins, finalidades do processo, com base nas concepções de ética e de moral administrativa, aplicadas ao dever de atuação com juridicidade e, com efeito, com justiça, com vista à concretização de direitos fundamentais dos acusados. Concluir-se-á, por meio de uma análise fenomenológica, que o princípio do formalismo moderado, ou da instrumentalidade das formas, não pode ser compreendido com o propósito de verter o direito material em um fim em si mesmo. Processo e direito material devem-se encontrar, por obra das ciências jurídicas e da própria ordem normativa, inter-relacionados, para servir aos propósitos de um verdadeiro Estado de Direito Democrático.

Palavras-chave: direito administrativo; ato administrativo; processo administrativo disciplinar; princípio *pas de nullité sans grief* na Administração Pública.

The Illusory Formlessness Administrative Proceedings Sanctioning: the Principle of Instrumentality of Ways vs. the Purposes of the Process, under the Auspices of Ethics, Morality and Complexity

Abstract: this paper aims to confront the “*pas de nullité sans grief*” principle, which is currently regarded as the core of the recognition of procedural irregularities system, with the purpose, process purposes, based on the concepts of ethics and administrative morals, applied to the duty of acting with legality and, indeed, with justice, with a view the implementation of fundamental rights of the accused. Finish shall be by means of a phenomenological analysis that the principle of moderate formalism, or instrumentality of the forms can not be understood in order to shed the right stuff an end in itself. Procedure and substantive law should be found through the work of legal sciences and own normative order, interrelated, to serve the purposes of a true democratic rule of law.

Keywords: administrative law; administrative act; disciplinary administrative proceedings; “*pas des nullité sans grief*” principle in Public Administration.

Normas de Publicação

1. Pré-condições

1.1. Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais, não estando sendo avaliados por outras revistas. Não são considerados originais, pela Revista Direito, Estado e Sociedade (“Revista”), artigos que tenham sido anteriormente publicados em outra língua. A ocorrência de plágio, incluindo auto-plágio total ou parcial sem a devida citação, implica em exclusão imediata do sistema de avaliação.

1.2. Apenas serão aceitos artigos produzidos por pesquisadores que tenham o título de doutor ou que estejam cursando o doutorado. Mestres, mestrandos, graduados e graduandos podem publicar apenas em coautoria com doutores e/ou doutorandos.

1.3. Não serão aceitos para avaliação, simultaneamente, mais de um artigo com um mesmo autor. Caso venha a ser submetido um novo artigo que tenha um autor/coautor que já possua um artigo em avaliação pela Revista, este novo artigo será rejeitado preliminarmente pelo Conselho Editorial.

1.4. Caso a pesquisa desenvolvida no artigo tenha ocorrido com financiamento de agências ou instituições de fomento, é fundamental que o autor informe em uma nota de rodapé no início do texto.

1.5. São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol e francês.

2. Encaminhamento

Os trabalhos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser, preferencialmente, enviados pelo site <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>; em caso de impossibilidade de submissão online, os trabalhos podem ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-rio, na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala FRINGS, 6º andar, Gávea, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22.453-900.

2.1. Processo de Submissão On-line

Para submeter o artigo, os autores devem realizar o cadastro (login/senha) no site da revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>), preenchendo corretamente o perfil e selecionando a opção “Autor”. Após a realização do cadastro, o autor deve clicar em “Página do Usuário” e iniciar o processo de submissão através do link “Nova Submissão”, no qual realizará os cinco passos básicos:

a. Início: Iniciar o processo de submissão, confirmando se está de acordo com as condições estabelecidas pela revista (marcando as caixas de seleção das condições e da declaração de direito autoral) e selecionar a seção artigos;

b. Transferência de manuscritos: realizar a transferência do arquivo para o sistema;

c. Inclusão de metadados: indicar o nome, sobrenome, e-mail, instituição e resumo da biografia do autor e de cada coautor (se aplicável). Indicar o título e resumo do artigo. Indicar também as referências utilizadas ao longo do artigo, no formato especificado no item 3.3 abaixo. É fundamental que os metadados sejam preenchidos corretamente;

d. Transferência de documentos suplementares: realizar a transferência de arquivos com informações suplementares, que funcionam como um apêndice ou anexo ao texto principal, tais como instrumentos de pesquisa, conjuntos de dados e tabelas, que seguem os padrões de ética de avaliação, fontes de informação normalmente não disponíveis para leitores, ou figuras e/ou tabelas que não podem ser integradas ao texto em si; e

e. Confirmação: Concluir a submissão.

3. Preparação dos originais

3.1. Folha de Rosto

O artigo deve conter folha de rosto com título, nome completo do(s) autor(es), titulação acadêmica, instituição, endereço de e-mail e endereço físico para correspondência. É fundamental que estejam presentes os dados de todos os autores do artigo. Este é o único local do arquivo em que é permitido aparecer a identificação do(s) autor(es). Na ausência de folha de rosto o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial.

3.2. Apresentação

O texto deve ter entre 15 e 30 páginas, não incluídos na contagem os elementos pré-textuais (folha de rosto e de resumo) e pós-textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices). Sua preparação deve obedecer aos seguintes parâmetros: Word for Windows, fonte Times New Roman, tamanho 12, texto justificado, espaçamento entre linhas de 1,5, papel tamanho A4, margens esquerda e superior 3,0 cm, direita e inferior 2,0 cm. Imagens inseridas no texto devem estar em resolução mínima de 300dpi.

3.3. Estrutura do trabalho

Para elaboração do artigo, os autores devem obedecer à seguinte sequência:

(OBS.: Para textos em português, TÍTULO, RESUMO, e PALAVRAS-CHAVE devem vir com tradução em inglês e antes do corpo do texto. Para artigos em outras línguas, os elementos correspondentes

devem vir na língua do texto e com subseqüente tradução em português e inglês.)

a. Título: deve estar em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, com espaçamento simples entre linhas;

b. Resumo: o texto deve ter entre 100 e 200 palavras, indicando os objetivos, referencial teórico, resultados obtidos e conclusão do artigo. Deve ser precedido da palavra "RESUMO", em caixa alta, duas linhas abaixo do título, alinhado à esquerda e com espaçamento simples;

c. Palavras-chave: no mínimo três e no máximo sete, separadas por ponto e vírgula, precedidas do termo "PALAVRAS-CHAVE", em caixa alta, alinhada à esquerda, com espaçamento simples e duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, o Comitê Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho;

d. Corpo do Artigo: Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta. O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do título, com espaçamento de 1,5 entre linhas;

e. Subtítulos: o corpo do artigo deve ser dividido em itens correspondentes a cada parte do trabalho. Esses itens devem ser referenciados a critério do autor, sendo obrigatórios os itens "Introdução", no início do artigo, e "Conclusão", ao final do artigo. Os subtítulos devem estar numerados, justificados e em negrito. Deve ser dado um espaço depois do texto que os precede e um espaço na linha imediatamente acima do texto que os segue;

f. Citações: citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 2 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 11, espaçamento de 1,0 entre linhas, sem o uso de itálico ou aspas.

g. Referências ao longo do texto: as referências feitas ao longo do texto devem estar em nota de rodapé. Devem indicar somente o sobrenome do autor em letras maiúsculas, seguido de vírgula; o ano da publicação, seguido de vírgula; e, quando for o caso, a(s) página(s) onde se encontra(m) a referência. Não serão aceitos artigos com referências bibliográficas inseridas no corpo do texto.

Exemplos:

¹ FRASER, 1996, pp. 128-129.

² DWORKIN, 2002.

Se o nome do autor estiver citado no período em que está se inserindo a referência, deve-se indicar, em rodapé, apenas o ano e a(s) página(s), se for o caso. Não devem ser utilizadas, nas citações, as expressões op. cit, ibid, ibidem, id, e idem. Deve-se fornecer sempre a referência completa como no exemplo acima.

Artigos que não sigam o formato de referências indicado nos parágrafos acima serão rejeitados preliminarmente.

h. Referências ao final do texto: as referências utilizadas ao longo do artigo devem ser listadas abaixo do subtítulo "Referências", que deve estar duas linhas abaixo do fim do texto, em negrito, alinhado à esquerda e sem numeração. As referências devem ser mencionadas em ordem alfabética e cronológica, indicando-se as obras de autores citados no corpo do texto, consultadas ou recomendadas. Devem ser separadas por espaço simples.

As referências bibliográficas no final do texto deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89. A referência bibliográfica básica deverá conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; local; dois pontos; editora; vírgula; ano da publicação; ponto; Link ou número do DOI; e ponto. Note o uso de espaços entre cada elemento.

O DOI (Digital Object Identifier) DEVE ser incluído sempre que disponível nas referências bibliográficas indicadas no texto, assim como no processo de submissão (Passo 3: Inclusão de metadados). O DOI deve ser indicado quer na forma de um link ou contendo apenas o número de referência. Autores devem utilizar a página "http://search.crossref.org" para verificar a existência de DOIs para as referências citadas em seus trabalhos.

Ao citar uma publicação em jornal, capítulo em obra coletiva ou revista, deve o nome do jornal, obra coletiva ou revista vir em itálico, logo após o nome do título da obra, que não deve ser italicizado. Deve-se inserir a expressão "In:" apenas antes do título de obras coletivas (não se deve utilizá-la no caso de periódicos).

Exemplos:

Obra completa:

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

Parte de obra coletiva (organizada, editada):

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. In: PEIXINHO, Manoel Messias;

GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 167-190.

Artigo de periódico:

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 26, pp. 6-31, jan./jun. 2005.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. Direito Internacional Privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p259>.

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. The Cognitive Psychology of the Potentiality Argument. *The American Journal of Bioethics*. Vo. 13, Issue 1, 2013. 10.1080/15265161.2012.747021.

4. Política e Diretrizes de Avaliação

4.1. Os artigos submetidos à Revista Direito, Estado e Sociedade são inicialmente avaliados pelo Comitê Editorial nos seguintes quesitos:

- Originalidade e relevância temática;
- Pertinência temática às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio;
- Adequação às normas de formatação e às diretrizes expostas nesta política;
- Titulação dos autores; e
- Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria.

Caso algum desses critérios não seja observado, o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial. Um artigo que tenha sido rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial poderá ser submetido novamente para avaliação, desde que realizadas as modificações necessárias.

4.2. Após avaliação do Comitê Editorial, os artigos são submetidos à avaliação por, no mínimo, dois pareceristas ad hoc (avaliadores externos), com base nos quais o Comitê Editorial decidirá por aceitar, rejeitar ou solicitar alterações ao texto submetido. O tempo médio para conclusão de uma avaliação é de quatro meses. Essa média, contudo, pode sofrer modificações em virtude de alterações na intensidade do fluxo de recebimento de artigos pela revista.

As avaliações serão feitas mediante preenchimento do formulário no sistema. Em geral, os critérios de avaliação abordam os seguintes temas:

- Pertinência do título e resumo/abstract;
- Clareza na tese central do artigo;

- Clareza e pertinência na argumentação;
- Pertinência e adequação metodológica;
- Pertinência e adequação do embasamento teórico;
- Relevância temática do artigo; e
- Incorreções de ortografia, pontuação e gramática.

5. Revisão do Manuscrito para Publicação

5.1. Os artigos aceitos para publicação poderão sofrer revisões pelo Comitê Editorial com o objetivo de facilitar sua clareza e compreensão, sem que haja qualquer alteração no seu conteúdo.

5.2. Logo que prontas, as provas gráficas em formato eletrônico serão enviadas, por e-mail, para o autor responsável pelo envio do artigo.

5.3. Os autores deverão revisar a prova gráfica e devolvê-la, também por e-mail, indicando eventuais correções a serem feitas em, no máximo, 72 horas após o seu recebimento. No caso de ausência de retorno do autor dentro deste prazo, o Comitê Editorial considerará a versão encaminhada como definitiva.

6. Considerações Gerais

6.1. A submissão, processamento e publicação dos trabalhos é gratuita e não acarreta quaisquer custos para os autores.

6.2. O conteúdo dos artigos submetidos para o processo de avaliação da Revista é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de quaisquer responsabilidades.

6.3. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Conselho Editorial e pela avaliação por pares não serão, necessariamente, publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

6.4. Podem ser aceitos, mas não serão imediatamente publicados, artigos de autores que tenham trabalho publicado em número imediatamente anterior da revista. Nesse caso, o Comitê Editorial entrará em contato com o autor e indagará a respeito do interesse em publicar o artigo na edição subsequente.

6.5. Todos os artigos publicados serão divulgados na homepage da Revista Direito, Estado e Sociedade, no seguinte endereço: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>.

6.6. Caso ocorra divulgação posterior de algum artigo publicado na *Direito, Estado e Sociedade* em outra publicação, esta deverá referenciar a publicação original na *Direito, Estado e Sociedade*.

Em caso de eventuais dúvidas, os autores devem entrar em contato com o Conselho Editorial através do seguinte e-mail: revistadireito@puc-rio.br.