



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2018
ISSN 1516-6104

52

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

Alexandre da Maia (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Brasil); André-Jean Arnaud (Centre National de la Recherche Scientifique, França); Antonio Gomes Moreira Maués (Universidade Federal do Pará – UFPA); Cecília Caballero Lois (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil); Claudio Michelin (University of Edinburgh, Reino Unido); Costas Douzinas (Birkbeck, University of London, Reino Unido); Eduardo Rabenhorst (Universidade Federal da Paraíba – UFPB, Brasil); Giuseppe Cocco (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ); Joaquim de Arruda Falcão (Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro – FGV-Rio, Brasil); José Afonso da Silva (Universidade de São Paulo – USP, Brasil); José Eduardo Faria (Universidade de São Paulo – USP, Brasil); Katya Kozicki (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR e Universidade Federal do Paraná – UFPR, Brasil); Luiz Moreira Gomes Júnior (Faculdade de Direito de Contagem – FDCON, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília – UnB, Brasil); Marilena Chaui (Universidade de São Paulo – USP, Brasil); Oscar Vilhena Vieira (Fundação Getúlio Vargas - São Paulo – FGV-SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma - La Sapienza, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília – UnB, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University, Canadá).

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

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Adjunto); Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida (Editor-Assistente); Mariana Albuquerque (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 Seriadadas (CCN); EBSCO; ISI; Ulrich's Periodicals; e VLEX. A Revista é distribuída por meio de permuta e doação.

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/revistas/> 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 52 Janeiro-Junho 2018

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 | Teoria intercultural da constituição: contribuições para uma teoria e uma metodologia de análise da justiça de transição
Intercultural constitutional theory: contributions to a theory and a methodology of analysis of transitional justice
Antonella Galindo
- 46 | Hermenêutica descolonial: descortinando o esgotamento do discurso jurídico-político liberal
Decolonial hermeneutics: revealing the exhaustion of the legal and political speech of liberalism
Daniel Diniz Gonçalves e Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega Correio
- 67 | Mitos e equívocos sobre a participação do senado no controle de constitucionalidade
Myths and mistakes about the senate participation in judicial review system
Fábio Carvalho Leite
- 98 | O direito fundamental ao rendimento social de inserção (re)interpretado pelos orçamentos do Estado português
The fundamental right to social income of insertion (re)interpreted through Portuguese state budgets
Irene Portela
- 114 | Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação
Brazilian internet law and the right to privacy in the information society
Irineu Francisco Barreto Junior, Vinícius Garcia Ribeiro Sampaio e Fábio Gallinaro

- 134 | Constituição, cidadania e trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada na solidariedade
Constitution, citizenship and labour: premisses for recognition of a state rationality guided at solidarity
Jailton Macena de Araujo
- 159 | Autolimitação administrativa e segurança jurídica
Administrative self restraint and legal security
Juliano Heinen
- 177 | O recrutamento de magistrados e a inclusão de pessoa com deficiência: uma reflexão à luz da teoria da justiça
The judge's recruitment in the Brazilian judiciary and the inclusion of the disabled person: a reflection in the light of the theory of justice
Luciano Athayde Chaves
- 204 | *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro
Ne bis in idem: fundamental constitutional right applicable in the relationship between criminal law and the sanctioning administrative law
Sirlene Nunes Arêdes
- 241 | Pluralismo jurídico, juridicidade e teoria jurídica intercultural no atual panorama da antropologia jurídica
Legal pluralism, juridicity and intercultural legal theory in the current scenery of legal anthropology
Thadeu Augimeri de Goes Lima
- 269 | **Notícias e informações/News and information**
Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2018 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio
- 285 | **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 vem apresentar o número 52 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao primeiro semestre de 2018. Neste volume contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temática, sendo todas vinculadas às áreas de concentração do Programa. Esperamos que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões. Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da *Revista Direito, Estado e Sociedade*, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos, que 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/>).

Em *Teoria intercultural da Constituição: contribuições para uma teoria e uma metodologia de análise da justiça de transição*, Antonella Galindo propõe uma metodologia constitucional intercultural de análise da justiça de transição, chamada “teoria intercultural da constituição”, bem como evidencia a potencialidade desta própria metodologia em relação a relevantes experiências de justiça de transição.

Por sua vez, Daniel Diniz Gonçalves e Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega Correio, em *Hermenêutica descolonial: descortinando o esgotamento do discurso jurídico-político liberal*, a partir do pensamento de Ricardo Sanín Restrepo em *Teoria Crítica Constitucional*, realizam uma análise hermenêutica

crítica sobre a legitimação do direito e a justificação de existência do Estado dentro da Modernidade Liberal. Questionam, assim, conceitos universais como “democracia”, “povo” e “poder constituinte”.

Em seu artigo, Fábio Leite investiga o histórico da atuação do Senado no controle de constitucionalidade, dissipando uma série de mitos que a doutrina constitucional havia criado a respeito da prática. A investigação, que envolve o recurso aos documentos internos e aos anais do Senado, assim como às decisões do STF, envolve etapas qualitativas e quantitativas e ajuda a compreendermos melhor a natureza das relações institucionais entre o STF e o Senado.

Irene Portela apresenta um panorama da questão da segurança social em Portugal, ante ao aumento da pobreza e da exclusão social no país. Ao analisar o papel do Rendimento Social de Inserção (RSI) nas políticas sociais, a restrição de Orçamentos de Estado e sucessivos cortes em subsídios, salários e benefícios fiscais, a autora afirma que a revisão do regime jurídico do RSI implica em condições legais e contratuais de acesso dificultoso, além da perda imediata do benefício àqueles inadimplentes.

Em sequência, Irineu Francisco Barreto Junior, Vinícius Garcia Ribeiro Sampaio e Fábio Gallinaro oferecem uma reflexão a respeito dos desafios que subjazem a proteção ao direito à privacidade no século XXI. Em particular, os autores avaliam o Marco Civil da Internet e a sua relação com esse direito constitucionalmente protegido.

É partindo da solidariedade como vértice de conformação do sujeito social que Jailton Macena de Araújo constrói seu argumento no artigo *Constituição, cidadania e trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada na solidariedade*. Partindo de uma análise axiológica da constituição brasileira, trabalha a possibilidade de uma solidariedade como vínculo jurídico e social para orientar bases normativas rumo a um Estado Democrático Solidário de Direito.

Em sua contribuição, Juliano Heinen discute a autolimitação administrativa à luz da segurança jurídica, destrinchando as diferentes facetas do conceito conforme suas manifestações teóricas e práticas. O autor faz sua análise motivado por uma preocupação com o respeito à segurança jurídica.

Em *O recrutamento de magistrados e a inclusão de pessoa com deficiência: uma reflexão à luz da teoria da justiça*, o autor Luciano Chaves analisa as ações afirmativas de reserva de vagas nos concursos para magistratura nacional através da teoria da justiça. Partindo de referenciais teóricos como

Rawls, Dworkin e Sen, o autor concluiu que as regras do Conselho Nacional de Justiça sobre a reserva de vagas estão de acordo com os princípios de correção de justiça material.

A defesa do *ne bis in idem* como um direito fundamental constitucionalmente garantido é o que norteia o artigo de Sirlene Nunes Arêdes. Partindo da teoria da unidade do poder punitivo, a autora propõe estudo comparativo do conteúdo e aplicação do princípio entre Brasil e Espanha para defender a prevalência de tal direito frente a legislações que o afrontem.

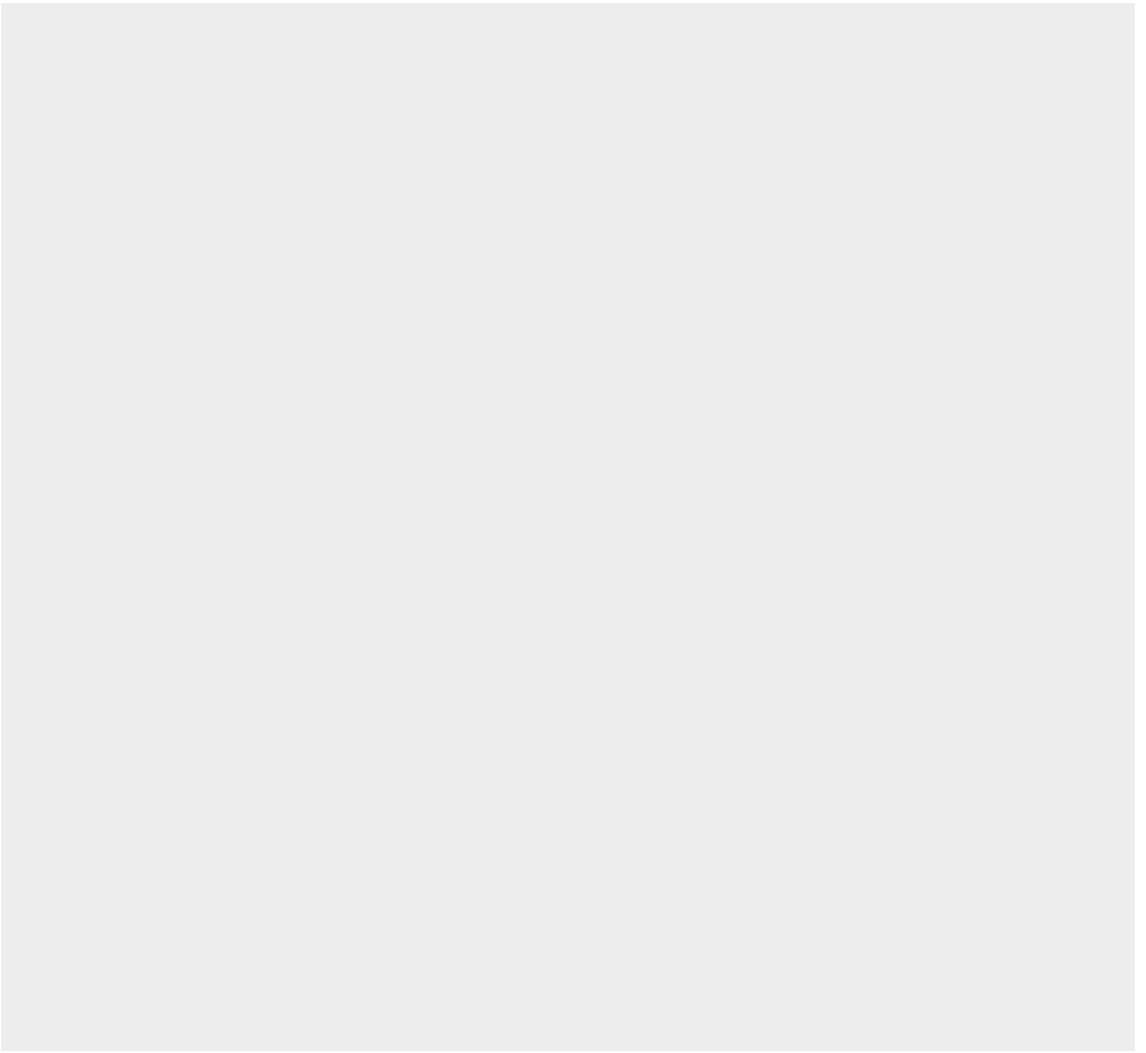
O artigo *Pluralismo jurídico, juridicidade e teoria jurídica intercultural no atual panorama da antropologia jurídica*, de Thadeu Augimeri de Goes Lima, faz uma relação entre o pluralismo jurídico, o conceito de juridicidade a partir de Étienne Le Roy e a teoria jurídica intercultural de Christoph Eberhard, através de uma leitura retrospectiva da antropologia jurídica em aspectos epistemológicos e metodológicos.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas no primeiro semestre de 2018 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

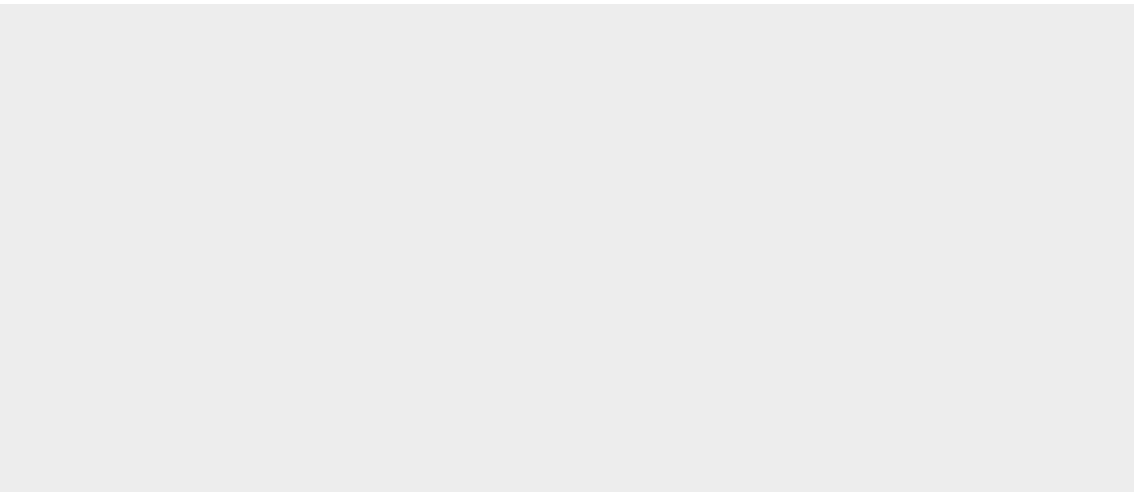
Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner
Editor-Chefe

Antonio Pele
Editor-Adjunto



Artigos



Teoria intercultural da constituição: contribuições para uma teoria e uma metodologia de análise da justiça de transição

*Intercultural constitutional theory: contributions to a theory
and a methodology of analysis of transitional justice*

Antonella Bruna Machado Torres Galindo*

Universidade Federal de Pernambuco, Recife-PE, Brasil

1. Introdução

As experiências constitucionais democráticas após períodos de autoritarismo político sempre enfrentam dificuldades acerca dos problemas advindos dos anos de exceção. Graves violações de direitos humanos que normalmente ocorrem nesses regimes deixam interrogações muito fortes sobre qual deve ser o melhor rumo a tomar nesse campo, especialmente se considerarem a necessidade de fortalecimento do Estado democrático de direito e de bloqueio de possíveis retornos ao autoritarismo.

Por ser um tema eivado de passionalismos ideológicos e de muitos condicionamentos políticos contextuais, há grandes dificuldades de analisá-lo cientificamente sem cair em armadilhas conceituais e teóricas, bem como evitar casuísmos de diversas ordens. Muitas vezes os crimes de um regime político autoritário são justificados ou repudiados pura e simplesmente pela inclinação ideológica de seus perpetradores sem se atentar para o fato de que, em tais casos, trata-se de crimes graves contra os direitos humanos,

* Professora Associada da Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco. Doutora em Direito pela Universidade de Pernambuco (2004) com a realização de Programa de Doutorado com Estágio no Exterior (PDEE - Doutorado Sanduíche) na Universidade de Coimbra/Portugal (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1999) e graduada em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (1997).

juridicamente injustificáveis diante da evolução do direito internacional dos direitos humanos e sua incorporação aos Estados e comunidades supranacionais.

Evitar as interpretações casuístas e fundamentadas na mera conveniência política e/ou ideológica e construir parâmetros razoavelmente precisos para tais análises são tarefas imprescindíveis à teoria do direito, em especial nos âmbitos dos direitos constitucional, internacional e penal. O trabalho é hercúleo, porém necessário, notadamente em tempos como os atuais, quando a teoria e a dogmática jurídica sofrem excessivos ataques relativizadores provenientes dos “fatores reais de poder” dos quais já falara Lassalle há mais de um século.¹

Este ensaio procura debater esses problemas a partir da tentativa de propor princípios teóricos aplicáveis a essas análises, intentando estabelecer parâmetros mais precisos e consentâneos com os objetivos da justiça de transição no Estado constitucional e democrático de direito. A partir desse objetivo, o artigo debate inicialmente a justiça de transição sob os aspectos conceitual e teleológico, buscando formular as principais perguntas pertinentes a essas experiências, para, em seguida, verificar em que medida a aplicação dos princípios da teoria intercultural da constituição é adequada à análise das questões justtransicionais e qual a contribuição que essa teoria pode fornecer ao delineamento de uma dogmática jurídica da justiça de transição também no aspecto metodológico.²

2. Justiça de transição: conceito e objetivos

É lugar-comum a percepção de que os regimes autoritários, independentemente de sua tendência ideológica, tendem a contingenciar os procedimentos democráticos e desconsiderar o respeito aos direitos humanos daqueles que possam potencial ou efetivamente lhes fazer oposição política.

Quando do advento da democracia como regime político pós-autoritário, surgem relevantes questões no campo do direito constitucional e penal sobre a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes, os deveres estatais de apuração da verdade acerca dos fatos ocorridos durante o período de exceção, bem como de que modo o Estado atuará na prevenção

1 LASSALLE, 1998, pp. 32; 53; GALINDO, 2006, pp. 59-60.

2 GALINDO, 2006, pp. 141-158.

de novas situações de autoritarismo, incluindo a gradativa transformação cultural na direção da democracia e do respeito aos direitos humanos.

Há certo consenso teórico acerca da necessidade de enfrentar os tópicos acima referidos para a sua devida superação. Entretanto, a partir do aprofundamento e da especificação das questões, política e juridicamente, há consideráveis dificuldades de entendimento sobre o que deve ser feito para responder indagações como aquelas adiante formuladas.

O primeiro conjunto de indagações diz respeito à justiça material. É possível destacar as seguintes: qual o tratamento que o novo regime democrático dará às graves violações dos direitos humanos cometidas durante o regime de exceção em nome deste? A escusa do cumprimento do dever legal é absoluta? A obediência às ordens superiores é suficiente para evitar que os “obedientes” sejam punidos? E os mandatários que proferiram tais ordens, qual o grau de sua responsabilidade? É possível admitir que o direito penal comum e seus institutos como a prescrição e a estrita tipificação legal dos crimes possa dar conta de delitos com tal grau de excepcionalidade?³ E quando a própria legalidade do regime autoritário é violada?

Ampliando a discussão: o que é melhor para a estabilidade democrática, punir ou anistiar os violadores de direitos humanos do período? Como tais agentes podem reagir em relação à aceitação de sua punibilidade dos crimes do período? A democracia pode se tornar uma realidade sem demonstrar que os cidadãos são iguais perante a lei?⁴

Na esfera reparatória, surgem outras questões: como o Estado deve reconhecer as referidas violações em relação às vítimas? Em que medida estas e/ou suas famílias devem ser indenizadas? Qual o *quantum* justo das reparações? Os critérios devem ser os mesmos tradicionalmente utilizados para a apuração das responsabilidades civil e penal? Quais as possibilidades e os limites das investigações para esclarecimento dos fatos com o fim de se estipular as reparações, considerando o caráter sigiloso/secreto de alguns dos documentos do período?

Quando se considera o aspecto institucional e cultural, mais indagações: como se deve debater a transformação dos padrões de atuação dos agentes estatais com prerrogativas de utilização da força armada? Quais leis e reformas constitucionais são necessárias à formação de forças militares

3 GALINDO, 2012, p. 199.

4 ACUÑA, 2006, p. 206.

e policiais pautadas por valores do Estado democrático de direito? Como estabelecer nas instituições armadas comportamentos condizentes com a proposta pós-autoritária? Quais os treinamentos e padrões pedagógicos imprescindíveis às necessárias transformações culturais dessas instituições?

Em relação à verdade histórica, ainda se pode perquirir: justifica-se o sigilo em documentos estatais quando se referem a políticas repressivas do Estado autoritário? O que pode ser feito em termos de esclarecimento de investigações não realizadas e/ou arquivadas? Qual o grau de comprometimento das autoridades e possíveis testemunhas dos fatos do período para o seu esclarecimento? Devem ser formadas comissões colegiadas para apuração desses fatos? Como devem ser compostas e quais os procedimentos a serem adotados para o seu trabalho?

Sobre a memória, enfim: o que deve ser objeto de permanente recordação em relação ao ocorrido? Quais os critérios a serem utilizados para se selecionar tais informações? Não haveria o risco de se construir uma memória de modo unilateral? O confronto de versões seria possível nesses contextos? Tais versões mereceriam o mesmo tratamento oficial?⁵

A resposta a tais questões dista da uniformidade. A depender de fatores como a repercussão internacional, o momento histórico, a realidade objetiva e a própria cultura política do país, o tratamento das sombras do passado autoritário é bastante dissonante, variando do enfrentamento amplo e irrestrito de todas elas (da verdade histórica à reparação das vítimas e respectivas famílias, bem como da investigação dos crimes e punição dos culpados) às anistias autodeclaradas como objetivadoras da reconciliação social e política que, a seu turno, estabelecem uma espécie de “esquecimento” igualmente abrangente dos atos perpetrados durante aquele passado. Na questão da justiça material, a tendência prevalente tem sido a justiça de transição evitar os extremos: nem estabelecer um perdão generalizado dos crimes do período, nem tampouco propiciar uma punição absoluta e inflexível dos referidos delitos.⁶ Nos outros pontos, as discussões são menos polêmicas, mas não há igualmente tratamento uníssono.

Não é uma tarefa fácil lidar com tantas questões de naturezas muitas vezes tão diversas. Mas é a essa plêiade de situações e de demandas que a justiça de transição precisa dar respostas.

Mas o que vem a ser, afinal, a justiça de transição?

5 GALINDO: 2012, pp. 199-200.

6 UPRIMNY & SAFFON, 2010, p. 21.

Como em todo trabalho que almeje cientificidade, também este precisa utilizar conceitos e definições como pontos de partida para suas análises. E o primeiro passo é esclarecer o que se entende pelo fenômeno a ser analisado.

A definição adequada do que vem a ser justiça transicional está atrelada à ideia de que o direito a ser observado pelos agentes estatais não é somente aquele presente no ordenamento jurídico do Estado e em vigor no preciso momento em que os atos dos referidos membros do poder público foram perpetrados. Quem exerce função de Estado, bem como os membros da sociedade em geral, tem o dever de também observar o direito internacional, notadamente os direitos inerentes à própria condição do ser humano (direitos humanos), independentemente das fontes das quais tais direitos provenham, se dos tratados internacionais ou do direito consuetudinário.

Por óbvio que se trata de uma concepção ideológica construída em termos concretos a partir da jurisprudência do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, responsável pelo julgamento dos crimes nazistas cometidos na Alemanha. Se o direito interno de um Estado serve de escusa para o cometimento de atos claramente desumanos e degradantes por parte dos agentes desse mesmo Estado, tal direito não deve ser observado e esses agentes são passíveis de punição. Por outro lado, há a enorme coerção simbólica e fática sobre tais agentes e a medida para fazer justiça nesses casos nem sempre poderá ser exatamente a mesma que se estabelece para casos semelhantes em situações de normalidade democrática.

Não obstante isso, há situações em muitos desses regimes de exceção em que a própria legalidade autoritária é violada. A norma jurídica, mesmo autoritária, não autoriza certas condutas que, entretanto, são largamente praticadas pelos agentes do Estado para proteção do regime político vigente na ocasião. A tortura e a execução sumária extrajudicial não eram permitidas pela legislação do regime militar brasileiro e apesar disso foram largamente utilizadas contra os inimigos do governo. Na Argentina, sequer a Constituição democrática fora revogada e o Estado incentivou oficialmente a formação de centros clandestinos de detenção, precisamente para manter certa distância dos horrores que eram lá praticados. Os guardas da fronteira entre as Alemanhas (o Muro de Berlin) não estavam legalmente autorizados a atirar para matar os que tentassem atravessá-la.

Essas são situações ainda mais paradoxais, pois a legalidade do próprio regime autoritário é violada com incentivo desse mesmo regime e para sua preservação, o que demonstra uma dificuldade de compreensão acerca do

próprio papel das leis e da constituição em tais contextos, explicáveis pela existência de constituições e legislações semânticas, na famosa classificação de Loewenstein.⁷

O fato é que, uma vez estabelecida uma democracia constitucional em um país cujo passado recente tenha sido de regime autoritário, o enfrentamento da questão dos crimes contra os direitos humanos perpetrados para a preservação do regime de exceção, se faz necessário, ainda que as fórmulas da denominada justiça transicional não devam ser as mesmas em todo tempo e lugar. Há uma diversidade de tratamentos do tema a considerar as experiências democráticas de diferentes países, o que exige, em termos metodológicos, um arcabouço teórico suficientemente consistente para dar conta do fenômeno.

Faz-se necessário estabelecer os pontos de partida das concepções defendidas neste ensaio. Para tal, o conceito de Louis Bickford traz uma definição bastante abrangente do que vem a ser a justiça de transição diante da variedade de experiências aqui abordadas. Para o autor, a justiça de transição consiste em um conjunto de medidas consideradas necessárias para a superação de períodos de graves violações a direitos humanos, ocorridas durante conflitos armados (ex.: guerras civis) e/ou regimes autoritários (ditaduras), implicando a adoção de providências com os seguintes objetivos:

- esclarecimento da verdade histórica e judicial, dentre outras coisas com a abertura dos arquivos estatais do período de exceção;
- instituição de espaços de memória (ex.: memorial do Holocausto, na Alemanha), para que as gerações presentes e futuras possam conhecer e compreender a gravidade do que ocorreu no período de exceção;
- reformas institucionais em relação aos serviços de segurança, adequando-os à pauta axiológica do Estado democrático de direito, bem como sedimentando nas instituições públicas uma cultura democrática e humanista;
- reparação dos danos às vítimas (indenizações, reabilitações etc.);
- realização da justiça propriamente dita, com a responsabilização em variados graus dos violadores dos direitos humanos.⁸

7 LOEWENSTEIN, 964, pp. 217-218; tb. GALINDO, 2015, pp. 98-100

8 BICKFORD, 2004, pp. 1046-1047; GREIFF, 2007, p. 26; com ligeiras variações, cf. tb. SIERRA PORTO, 2009, pp. 180-181; UPRIMNY & SAFFON, 2010; PIOVESAN, 2011, p. 78.

A partir desses objetivos, é possível traçar políticas concretas de justiça de transição, que envolvem todos ou alguns deles. Verdade histórica e judicial, preservação da memória, transformação da cultura autoritária em cultura democrática através de transformações e reformas das instituições, compensação possível pelas perdas das vítimas e de suas famílias e – dentro da perspectiva do Estado democrático de direito e sem generalizada “caça às bruxas” – estabelecimento da punibilidade dos agentes da repressão política que tenham perpetrado graves violações de direitos humanos.

Especialmente para a docência jurídica, é de se destacar o importantíssimo aspecto pedagógico que a justiça de transição possui como desafio. É imprescindível e essencial que surja das experiências de justiça transicional uma pedagogia dos direitos humanos calcada nos pressupostos da democracia constitucional. O “Nunca Mais” é talvez o mais relevante aspecto de tais experiências, deixando para as gerações presentes e futuras de cada um desses países o ensinamento e a percepção do quão é nocivo um regime de exceção e o que se deve fazer para evitá-los, sendo a “eterna vigilância” jeffersoniana o permanente preço da liberdade. Por essa razão, a impunidade irrestrita ou a generalizada perseguição dos criminosos são extremos a serem evitados. O que fazer para que essa pedagogia se realize a partir de uma perspectiva intermédia é a tormentosa questão enfrentada pelos processos políticos e jurídicos das experiências de justiça de transição.

A seguir, as premissas epistemológicas e metodológicas que proponho serem utilizadas no tratamento temático, bem como a delimitação de algumas experiências concretas a serem analisadas por elas.

3. Análise constitucional: aspectos teóricos e metodológicos

Todo trabalho que se pretenda científico não pode abrir mão de uma metodologia adequada ao tratamento do tema, ainda que a neutralidade axiológica absoluta seja inverossímil. Nos tópicos que se seguem pretendo estabelecer a fundamentação teórica da análise temática, explicando sua metodologia e, fundamentada nesta, uma proposta de delimitação epistemológica de experiências de justiça de transição.

3.1. Metodologia constitucional intercultural e tratamento do tema⁹

Originariamente, as reflexões da teoria intercultural da constituição centram-se na questão do advento do constitucionalismo supranacional e suas implicações teóricas para uma plausível transformação paradigmática da teoria da constituição. O direito comunitário europeu provocou rupturas paradigmáticas consideráveis tanto no direito constitucional como no direito internacional e esse pano de fundo serviu para a constatação da complexa realidade constitucional do início de terceiro milênio, bem como das indagações que precisariam ser respondidas. Quanto a estas, assim foi sua formulação:

Com a realidade constitucional extremamente difusa e variável espaço-temporalmente, inúmeras indagações surgem para a teoria contemporânea da constituição: se há uma variabilidade complexa nas concepções atuais de constituição, pode-se ainda falar na sobrevivência de aspectos teórico-constitucionais clássicos, como a supremacia da constituição frente a outras normas jurídicas e as teorias do poder constituinte, poder de reforma e controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais? Com o predomínio ideológico neoliberal, pode-se ainda falar em constitucionalismo social e dirigente, como no *welfare state* tradicional? Deve-se aceitar que os doutrinadores constitucionais ignorem o desconforto teórico e permaneçam trabalhando apenas com base nos arquétipos teóricos constitucionais clássicos? O hermetismo teórico deve permanecer por razões de rigor lógico e científico ou a abertura crítica aos influxos teóricos da diversidade constitucional pode ser uma saída para os impasses? Como adequar uma universalidade teórica própria do racionalismo ocidental a realidades constitucionais tão distintas entre si, apesar das raízes teóricas serem semelhantes? Em que medida isso poderia ser dimensionado nas perspectivas específicas da União Europeia e do Mercosul, assim como de outros entes de integração, como a ALCA e a ALADI?¹⁰

A maioria dessas questões ainda possui muita relevância para a teoria da constituição. Respondê-las a partir de uma abordagem teórica intercultural

9 Parte do que se segue tem por base a “Teoria Intercultural da Constituição” (GALINDO, 2006, pp. 134-148).

10 GALINDO, 2006, pp. 17-18.

da constituição teve clara inspiração na obra jurídica de Peter Häberle, bem como em termos mais gerais, na epistemologia evolutiva de Karl Popper.

A perspectiva intercultural é profundamente pertinente à reflexão sobre os atuais problemas da teoria da constituição, mas não só. É necessário ampliar as análises de cariz intercultural para outros fenômenos constitucionais, como o denominado “novo constitucionalismo latino-americano” e a aproximação teórica entre os sistemas jurídicos ocidentais romanista e do *common law*. Em alguma medida, a questão da “supranacionalidade parcial” no contexto das convenções regionais de direitos humanos, a exemplo do Pacto de San José no continente americano, perpassa as reflexões sobre a justiça de transição nas Américas. A teoria intercultural serve aqui para, através de suas aproximações metodológicas e epistemológicas, possibilitar a comparação dos diversos mecanismos da justiça de transição nas experiências e países escolhidos a partir desse “olhar intercultural” sobre as suas culturas constitucionais (jurídica, política e institucional).

Para este trabalho, faz-se necessário expor as linhas gerais da teoria intercultural da constituição. É o que se pretende nas linhas que seguem.

3.1.1 Pressupostos teóricos e metodologia de base

A teoria intercultural da constituição tem por pressupostos metodológicos o racionalismo crítico do filósofo anglo-austríaco Karl Popper e o seu principal desdobramento no âmbito da teoria constitucional, a tese do possibilismo constitucional, do jurista alemão Peter Häberle. Em alguma medida, também é bastante influenciada pelas contribuições teóricas dos constitucionalistas portugueses Lucas Pires e Gomes Canotilho.

Como ponto de partida de sua filosofia da ciência, Popper não estabelece uma distinção rigorosa entre ciências naturais e ciências sociais, apontando-as como essencialmente falíveis. Para que as teorias científicas sejam adequadas, elas precisam considerar sua própria falibilidade. Sendo falíveis, são também incompletas e experimentais.¹¹ Para ele, as ciências principiam sempre por problemas e para resolvê-los, utilizam o método da tentativa e erro. Consiste em experimentar soluções para o problema e depois deixar de lado as falsas, consideradas errôneas. Pressupõe soluções experimentais testadas e eliminadas quando não mais servem. Em termos

11 POPPER, 2002, p. 88; REALE & ANTISERI, 1991, p. 1019-1041.

científicos, Popper apresenta este método dividido em quatro fases:

- 1) o problema (chamado por ele de “antigo problema”);
- 2) a formulação de tentativas de teoria;
- 3) as tentativas de eliminação através de discussão crítica, incluindo testes experimentais;
- 4) os novos problemas, surgidos da discussão crítica das teorias.¹²

A primeira fase é a dos problemas. Para Popper, surge um problema quando ocorre algum tipo de perturbação, seja das expectativas inatas, seja das já descobertas ou aprendidas pela tentativa e erro.¹³ O problema deve ser formulado com especial cuidado para se saber precisamente em que consiste a realidade na qual se insere, para que seja possível descobrir o que há de perturbador nela e verificar a possibilidade de diminuição de tal perturbação em um sentido epistemológico. É o que Magee denomina de “metodologia de administração da mudança”.¹⁴

A formulação das teorias é sempre uma tentativa de solução dos problemas. Mas as teorias são apenas hipóteses ou conjecturas, investigações especulativas e observações de fenômenos.¹⁵ A teoria é essencialmente abstração, e, portanto, intrinsecamente falseável. Mesmo as melhores tentativas teóricas do passado terminam por serem falseadas, e não poderia ser diferente com as nossas atuais teorias. Daí Popper propor um objetivo mais modesto para a ciência: obter teorias de verossimilhança cada vez maior, ou seja, teorias que contenham mais verdade e não mais falsidade do que suas antecessoras.¹⁶ A verdade é um ideal regulador e quanto mais se elimina os erros das teorias anteriores, substituindo-as por teorias mais verossímeis, aproximamo-nos mais da verdade. É nisso que consiste o progresso da ciência, segundo Popper, e assim se pode evoluir epistemologicamente em termos teóricos, com teorias sempre mais verossímeis, de Copérnico a Galileu, de Galileu a Kepler, de Kepler a Newton, de Newton a Einstein.¹⁷

12 POPPER, 2001a, p. 30.

13 POPPER, 2001a, p. 18.

14 MAGEE, 1997, p. 310.

15 POPPER, 2002, p. 88; POPPER, 2001a, p. 22; NUNES, 2002, p. 297.

16 NEWTON-SMITH, 1997, p. 27.

17 REALE & ANTISERI, 1991, p. 1028; WÄCHTERS HÄUSER, 1997, p. 212-213.

A verossimilhança almejada só se dá se a teoria for essencialmente uma teoria crítica, ou seja, propicie suficiente abertura para a discussão crítica, a partir da qual possa ser feita a eliminação das hipóteses menos verossimilhanças. Consiste em uma espécie de experimentalismo teórico, colocando as teorias pensadas à prova para constatar o grau de sua verossimilhança. É a crítica que permite a evolução e os melhoramentos, permite detectar os enganos inevitavelmente cometidos e eliminá-los gradualmente a partir de um longo e laborioso processo de pequenos ajustamentos, denominado pelo filósofo de “método racional de mecânica gradual”.¹⁸

A crítica ainda propicia o surgimento de novos problemas, oriundos das conjecturas teóricas que se fez e das hipóteses problemáticas ulteriores ao debate crítico proposto. Daí a impossibilidade de uma teoria verdadeira (ou inteiramente verdadeira), pois as consequências de uma teoria são infinitas e não é plausível a verificação de todas elas, tornando impossível a verificação de sua inteira veracidade.¹⁹

O caráter crítico da filosofia popperiana, entretanto, não retira dela a perspectiva racional. O racionalismo crítico, consciente de suas próprias limitações segue sendo fundamental. É parte da própria essência do racionalismo o aspecto crítico, ou, nas palavras do próprio Popper,

o racionalismo é uma atitude de disposição a ouvir argumentos críticos e a aprender da experiência. É fundamentalmente uma atitude de admitir que “*eu posso estar errado e vós podeis estar certos, e, por um esforço, poderemos aproximar-nos da verdade*”.²⁰

Não é casual que Popper tenha se tornado célebre com a ideia de “sociedade aberta”.²¹ A sua própria teoria da ciência é uma teoria aberta, crítica e plural. A crítica fundamenta uma abertura à pluralidade de tentativas de solução dos problemas. A abertura passa a ser característica essencial das teorias científicas, ensejando, ao contrário do que defende Kuhn acerca

18 POPPER, 2001b, p. 22; POPPER, 1987a, p. 183; cf. tb. Maturana, 2001, pp. 167-168.

19 POPPER, 2002, p. 90-91; POPPER, 1987b, p. 271; REALE & ANTISERI, 1991, p. 1028.

20 POPPER, 1987b, pp. 232; 238-239 – grifos do autor. Recorde-se que Popper diferencia verdade e certeza, afirmando a inexistência de uma certeza absoluta em ciência, mesmo quando se alcança a verdade (POPPER, 2001b, pp. 58-61). Aqui Popper parece aproximar o conceito de verdade com o de verossimilhança, a partir da impossibilidade do conhecimento pleno (a incognoscibilidade da “coisa em si” kantiana) (KANT, 1995, pp. 48-50; 59; ADEODATO, 1996, pp. 32).

21 Referência a uma de suas mais célebres obras, *A Sociedade Aberta e seus Inimigos* (POPPER, 1987a; POPPER, 1987b).

das revoluções na ciência, uma “revolução permanente”, sendo a ciência algo permanentemente reformulável.²²

A filosofia popperiana fornece elementos para a construção, na seara da teoria da constituição, do pensamento possibilista de Häberle, notadamente perceptível em sua teoria da “constituição aberta”.

O possibilismo constitucional hâberleano tem raízes explícitas em Popper. A abertura de espírito propiciada pelo racionalismo crítico popperiano fornece bases para a inclusão do pensamento possibilista na teoria da constituição. Para Häberle, existe uma tríade de pensamentos fundamentais para a teoria da constituição: o pensamento realista, o pensamento necessarista e o pensamento possibilista, a partir das ideias de realidade-necessidade-possibilidades da referida teoria. Enquanto os aspectos realista e necessarista são “populares” na teoria da constituição, o pensamento possibilista ainda é bastante desconhecido como problema teórico. Sem desdenhar os dois primeiros, Häberle tenta introduzir na teoria da constituição a questão das possibilidades.²³

O conceito de possibilismo constitucional do professor alemão pressupõe uma filosofia plural e de alternativas, em suma, uma filosofia aberta, e por isso o alicerce é popperiano. Para Häberle, o pensamento possibilista significa pensar em e a partir de alternativas, embora não considere procedente denominá-lo simplesmente de pensamento “alternativo”, pois, segundo ele, correria o risco de ser associado a conceitos antitéticos similares aos que aparecem com as disjuntivas gramaticais “ou-ou”, ou seja, “ou um ou outro”, sendo mutuamente excludentes. O possibilismo estaria sempre aberto a qualquer outra gama de possibilidades mais ampla. Quanto mais aberto, plural e político for um determinado ordenamento constitucional, mais relevante é este tipo de reflexão possibilista.²⁴

O possibilismo constitucional é a abertura da constituição às alternativas democráticas, pois liberdade, para Häberle, é sempre sinônimo de alternativas. Isso decorre do seu conceito de constituição, já que vê a mesma como uma ordem jurídica fundamental de um processo público livre. Por ser a mesma a expressão de um específico grau de desenvolvimento cultural e também fundamento das esperanças e desejos populares,

22 WORRAL, 1997, *passim*.

23 HÄBERLE, 2002, pp. 60-62.

24 HÄBERLE, 2002, pp. 62-65.

deixa de ser apenas texto codificado e passa a consistir em um processo aberto (*Verfassung als öffentlichen Prozess*). Assim também sucede com a interpretação constitucional, também sendo processo aberto a uma pluralidade de intérpretes.²⁵

A abertura e o pluralismo defendidos por Häberle refletem na sua teoria da constituição como ciência da cultura (*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*).²⁶ Se a constituição como produção cultural é aberta e plural, a teoria que é igualmente cultural, também é aberta e plural, e, não obstante, crítica. Por este último aspecto, não se pode aceitar acriticamente o possibilismo constitucional nos termos häberleanos, pois há risco consideravelmente alto na adoção irrestrita de uma constituição aberta. Por outro lado, a ideia de uma teoria aberta afigura-se bastante apropriada, como será visto em seguida.

3.1.2. Princípios teóricos fundamentais da teoria intercultural da constituição

Há muitas maneiras, muitos olhares, muitos saberes em torno do fenômeno que este trabalho investiga. Os itinerários reflexivos percorridos por juristas, cientistas políticos, sociólogos, historiadores, filósofos e outros estudiosos são muito diversos, como diversas são as metodologias, os modos de abordagem e até mesmo a percepção ideológica que, mesmo inconscientemente, pode delinear “privilégios” de tratamento temático a aspectos específicos em detrimento de outros, vistos como mais relevantes por teóricos ou pesquisadores que tenham visões ideológicas distintas.

Isso não significa necessariamente que há uma “contaminação” meta-científica do trabalho, mas apenas que a ideia predominante durante séculos de que o cientista é neutro e distante, mero observador dos fatos, é, em termos contemporâneos, insustentável. O cientista, o teórico, o pesquisador, não são autômatos de frieza analítica a toda prova, mas seres humanos em sua plena capacidade de sentir, se emocionar, se indignar e ter posições definidas e claras, tendenciosas inclusive. Por vezes, isso está na própria raiz da iniciativa investigativa do teórico.

25 HÄBERLE, 2002, p. 69; HÄBERLE, 2000, p. 34; HÄBERLE, 1997, *passim*; VERDÚ, 1993, pp. 32-36.

26 HÄBERLE, 2000, *passim*; HÄBERLE, 1994, pp. 16ss.

Entretanto, para que a investigação não distorça os fenômenos e possa se tornar um olhar unilateral e panfletário, o método continua imprescindível. Ainda que tenhamos, como afirmou Luis Alberto Warat sobre a “ciência do direito”, “*uma doxa no coração da episteme*”,²⁷ a fundamentação teórica e a metodologia de análise devem estar bem delineadas para que aquele que decide publicar estudos realizados acerca de um fenômeno possa tê-los como objeto de leitura, reflexão crítica e questionamento por parte da comunidade científica e mesmo além dela. A academia não é o lugar adequado para percepções unilaterais ou panfletarismos. O passionatismo político não deve estar presente no âmbito científico e a metodologia analítica é, possivelmente, o grande antídoto a isso.

É nessa perspectiva que se insere a teoria intercultural da constituição em sua análise da justiça de transição como fenômeno à luz do constitucionalismo, proposta do presente estudo.

Contudo, o diálogo proposto entre as diversas culturas constitucionais é renovador em termos de teoria da constituição.²⁸ Seguindo a metodologia popperiana, a teoria intercultural da constituição possui elementos por vezes paradoxais, mas que pretende organizar epistemologicamente a interculturalidade constitucional para que a relação dialógica intercultural entre os constitucionalismos existentes se verifique com algumas bases teóricas sólidas que sirvam para alicerçar o debate proposto. E isso é fundamental nas discussões sobre justiça de transição.

A teoria intercultural da constituição possui os seguintes fundamentos ou princípios teóricos fundamentais: criticismo, abertura, pluralismo, universalismo, particularismo e contextualismo, que serão explicados a seguir.

a) *Criticismo*

Para a formulação da proposta metodológica da teoria intercultural, foi necessária a crítica às teorias existentes como insuficientes para a compre-

27 É o debate feito pelo célebre Professor portenho-brasileiro Luis Alberto Warat nos anos 80 do século passado quando, na discussão sobre a epistemologia jurídica da modernidade e o que denominava “senso comum teórico” dos juristas, buscava demonstrar precisamente a presença da mera opinião (*doxa*) sedimentada como por vezes o fundamento da própria ciência (no contexto, *episteme*) do direito. Para um maior conhecimento desse interessante debate, remeto o leitor ao vol. II do livro “Introdução Geral ao Direito”, bem como à “Ciência Jurídica e seus Dois Maridos”, sendo esta última uma percuciente construção literário-filosófica sobre o saber jurídico a partir da famosa obra de Jorge Amado, “Dona Flor e seus dois maridos” (WARAT, 1995, p. 99, *passim*; WARAT, 2000, pp. 11-149).

28 Para uma análise mais detalhada das culturas constitucionais, cf. GALINDO, 2006, pp. 91-134.

ensão do constitucionalismo contemporâneo, assim como para o fomento do diálogo entre as culturas constitucionais. As insuficiências das referidas teorias ocorrem por causa dos novos problemas do constitucionalismo ocidental diante da integração político-jurídica entre os Estados, fenômeno que provoca mudanças paradigmáticas muito profundas.²⁹

A simples exposição das teorias clássicas da constituição já demonstra tal inadequação. As teorias que mais influenciam o pensamento constitucional ocidental são propostas que se estabelecem com aspirações à completude, sobretudo a teoria kelseniana, são rigorosas e demasiadamente inflexíveis, já que pretendem ter origem na razão, sem muitas concessões a particularismos não racionalizáveis. Embora essas teorias também sejam culturais, ao afirmarem-se científicas, elas se estabelecem como “cultura da não-cultura”, utilizando a expressão de Sharon Traweek, ou seja, como formas de cultura com características específicas, diferentes das outras e com o privilégio de dizerem a verdade sobre a constituição, a partir da definição rigorosa desta com parâmetros de racionalidade cognitiva-instrumental universal.³⁰

O universalismo teórico, pensado deste modo, é acrítico, o que, segundo Popper, fugiria à própria ideia de cientificidade. Esta tem que ser necessariamente crítica e a teoria intercultural da constituição também precisa ser uma teoria crítica, não somente em relação às outras teorias, mas até em relação a ela mesmo. Daí o seu caráter autocrítico, admitindo que as suas hipóteses de solução dos problemas apresentados possam estar equivocadas. Isso conduz ao segundo princípio fundamental, a abertura.

b) *Abertura*

A aceitação da crítica como princípio fundamental permite o entendimento da proposta teórica intercultural como uma proposta de abertura à experiência e ao falseamento. Não há crítica genuína sem abertura teórica. E o interculturalismo constitucional só é possível em virtude da abertura dialógica que a crítica propicia. A crítica culmina inevitavelmente na consciência da incompletude cultural, ou seja, do reconhecimento de que as

29 Obviamente os problemas da teoria da constituição não são apenas aqueles decorrentes do fenômeno integracionista, porém, o desenvolvimento da teoria intercultural da constituição foi inicialmente limitado aos últimos como objetos de análise (GALINDO, 2006, *passim*). A pretensão neste espaço, como visto, é precisamente ampliar essa perspectiva.

30 cf. NUNES, 2002, pp. 311-312.

culturas são incompletas por sua própria natureza, e por isso a necessidade do diálogo intercultural. O reconhecimento das incompletudes mútuas termina por ser *conditio sine qua non* desse diálogo.³¹

A abertura dialógica proposta pela teoria intercultural da constituição assemelha-se àquilo que Pannikar intitula “hermenêutica diatópica”. Esta se baseia na ideia de que os *topoi*³² de uma determinada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não se percebe a partir do interior dessa cultura, na medida em que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. É problemática a compreensão de uma tradição cultural com as ferramentas cognitivas de outras culturas.³³

A incompletude das culturas constitucionais faz com que seja cada vez mais necessária a abertura teórica ao interculturalismo constitucional, sendo os estudos de direito constitucional comparado imprescindíveis ao referido diálogo. A partir da comparação das diferentes realidades constitucionais, essa abertura crítica pode ensejar a construção de categorias, conceitos e princípios relativamente constantes nas diversas culturas constitucionais, embora, mantendo a linhagem crítica, todos eles possam ser falseados na experiência constitucional.

A abertura da teoria intercultural da constituição também implica em um possibilismo teórico nos moldes háberleanos. Não necessariamente culminamos na constituição aberta, mas na tríade observada por Häberle em relação ao que denomina “teoria constitucional da sociedade aberta”, ou seja, realidade-necessidade-possibilidades (Häberle: 2002, *passim*).

Em primeiro lugar, a teoria deve estar aberta ao conhecimento da realidade constitucional. Como se apresenta o fenômeno constitucional naquele Estado, quais são suas instituições constitucionais, como funcionam, quais princípios e conceitos são considerados como fundamentais, como se dá a interpretação e aplicação dos mesmos, enfim, quais as características da cultura constitucional daquele Estado. Isso não excluiria uma observação da presença ou ausência de elementos ideológicos das culturas constitucionais clássicas ou em formação, que podem ser realidades constitucionais em determinados Estados, extrapolando os caracteres culturais meramente nacionais.

31 SANTOS, 2003, p. 447; SANTOS & NUNES, 2003, pp. 62-63.

32 Aqui no sentido de “lugares-comuns”.

33 PANNIKAR, 2004, pp. 207-209.

Em seguida, a teoria precisa ser aberta à investigação da necessidade. O *telos* da constituição nem sempre é atendido. Na medida em que se desenvolve a investigação empírica de como funcionam as instituições constitucionais, e, sobretudo, se atendem às finalidades para as quais foram criadas, o teórico pode perceber as necessidades daquela cultura constitucional específica a partir das suas deficiências e incompletudes.

Tendo em vista a realidade e a necessidade, a teoria intercultural da constituição deve estar aberta às possibilidades. Para oferecer alternativas de solução dos problemas, a teoria da constituição, sem fazer prognósticos, deve estar atenta às possibilidades constitucionais, ou seja, aquilo que factivamente a constituição possa ser. Aqui podem ser discutidos o *telos* constitucional, as instituições, os conceitos e os princípios, com vistas à superação deles pelas possibilidades avançadas pela teoria. Parafraseando Häberle, é uma teoria de alternativas, embora não seja necessariamente uma teoria alternativa. O estudo comparado mais uma vez é um importante auxiliar na construção das possibilidades. A discussão intercultural permite a verificação de soluções propostas em outras experiências para problemas semelhantes e em que medida tais empreitadas foram satisfatórias. Aliado a isso, a investigação das potencialidades daquelas tentativas no país/região onde o investigador pretende construir uma proposta teórica, residindo precisamente aí o caráter possibilista do debate intercultural. A teoria possibilista pode ser adaptativa, se a solução proposta em outra cultura constitucional puder ser ajustada àquela realidade e necessidade constitucional. Por vezes, o possibilismo pode ir até mais adiante, propondo soluções efetivamente originais, sem ter por fundamento direto nenhuma instituição ou princípio de origem estrangeira.

No debate acerca da justiça de transição, é possível, por exemplo, buscar inspiração nas experiências argentina e chilena, sem que isso seja uma mera importação de modelos, mas uma ponderação reflexiva sobre em que medida tais processos podem ajudar na discussão das soluções preconizadas na experiência brasileira. Afinal, se os regimes de exceção tiveram grandes semelhanças ideológicas e fáticas, é razoável investigar o que se tem feito e como tem sido feito em cada um desses países, bem como refletir a respeito, considerando as possibilidades do que pode ser realizado em um país como o Brasil.

Se o possibilismo é uma teoria de alternativas, ele conduz igualmente a uma perspectiva de abertura ao pluralismo constitucional e teórico.

c) *Pluralismo*

Pode-se dizer que praticamente todos os Estados ocidentais são Estados constitucionais. Todavia, estabelecer interseções teóricas entre os diversos constitucionalismos não é empreendimento dos mais simples, justamente por essa pluralidade de culturas constitucionais nacionais, sistêmicas e ideológicas.³⁴

A pluralidade constitucional enseja uma abordagem teórica igualmente plural, pois se não se percebe a ocorrência de uma diversidade de problemas, propostas de soluções e críticas, corre-se o risco de acriticamente importar ou exportar padrões teóricos que não solucionam adequadamente um problema inserido em uma cultura constitucional diferente. A pluralidade ainda aumenta em termos de complexidade com a realidade e as possibilidades do denominado constitucionalismo supranacional e a formação de uma cultura constitucional correspondente, a exemplo da União Europeia e dos sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção aos direitos humanos.³⁵

No âmbito americano, é possível perceber relações de supranacionalidade através da adesão dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos à Convenção Americana de Direitos Humanos e à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não obstante a OEA não ser um ente intrinsecamente supranacional, as relações jurídicas entre a jurisdição da Corte IDH e das cortes e sistemas jurídicos nacionais segue uma lógica semelhante à da supranacionalidade europeia, a ponto de ser frequente atualmente na doutrina a referência a um “controle de convencionalidade”, uma espécie de controle de constitucionalidade a nível supranacional realizado pela Corte de San José em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.³⁶

O caráter complexo desta pluralidade constitucional não obsta, entretanto, a possibilidade de encontrarmos pontos comuns na diversidade de culturas constitucionais, isto é, interseções constitucionais universalizáveis. A tentativa de redução da complexidade oriunda do pluralismo constitucional conduz ao universalismo teórico.

34 GALINDO, 2006, pp. 116ss.

35 PEGORARO, 2013, pp. 268ss.

36 cf. NEVES, 2009, pp. 144ss.; BALDI, 2011, pp. 156-157; GARCÍA-RAMÍREZ, 2014, pp. 257-259.

d) *Universalismo*

O universalismo proposto pela teoria intercultural não é hermético-unificador, válido para toda e qualquer cultura constitucional. Isso seria contraditório com as perspectivas de abertura crítica e de pluralidade. Mas algo do racionalismo sobrevive, e a via do racionalismo crítico de Popper parece ser a mais adequada para classificar a teoria intercultural da constituição como teoria universalista.

A proposta teórica e metodológica da teoria intercultural não é universal, embora seja universalizável. A partir do interculturalismo constitucional, e com fundamento neste diálogo, é possível retomar algumas características de universalização da teoria da constituição.

O jurista português Gomes Canotilho considera a pretensão de universalização como um dos problemas básicos para a atual teoria da constituição. As teorias clássicas da constituição estão assentadas nas pretensões de sua própria universalidade, tendo por referencial o Estado hegeliano, performador, totalizador e integrador das estruturas políticas. Este referencial encontra-se ultrapassado em virtude da pluralidade social interna crescente e do aparecimento dos ordenamentos jurídicos supranacionais. Em virtude disso, o Professor de Coimbra propõe a possibilidade de que é mais adequado falar em teorias das constituições e não mais em teoria geral da constituição.³⁷

Contudo, parece que tais ponderações são insuficientes no que diz respeito à necessidade de várias teorias da constituição. A alusão a problemas comuns, a exemplo da afirmação de Lenio Streck sobre “um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como especificado na tradição, no binômio ‘democracia e direitos humanos-fundamentais’”, por si só já permitem uma universalização desse núcleo comum de caracterizações do constitucionalismo.³⁸ Não se trata, por óbvio, de afirmar que não há a diversidade constitucional. Em realidade, a teoria intercultural pressupõe justamente a multiplicidade de constitucionalismos e de culturas constitucionais. Mas o universalismo permanece metodologicamente imprescindível.

Não se trata de construir teorias da constituição estritamente nacionais. É necessário, ao contrário, alicerçar uma teoria da constituição em padrões universalistas, que seriam os pontos de interseção das diversas culturas

37 CANOTILHO, 2002, pp. 1332-1333; CANOTILHO, 2004, pp. 15-16; CANOTILHO, 2006, pp. 199ss.

38 COUTINHO, 2003, p. 81; CANOTILHO, 1995, pp. 3-6; HABERMAS, 1997, p. 128; JUNJI, 2002, p. 563.

constitucionais, e, ao mesmo tempo, ter flexibilidade suficiente para deixar em aberto as particularidades, que devem ser examinadas por doutrinas próprias de cada país ou grupo de países. Em que pese as culturas constitucionais liberal, social e a ainda novidadeira supranacional, assim como as culturas constitucionais sistêmicas (romanista e *common law*), existem paradigmas seguramente universalistas: a democracia, os direitos humanos, as liberdades civis e políticas, os sistemas de freios e contrapesos em relação ao exercício dos poderes do Estado, a temporariedade dos cargos eletivos, são exemplos de conteúdos e temáticas presentes universalmente nas constituições ocidentais (e não só), e tanto as culturas liberais como as sociais aceitam-nos.³⁹ Gradativamente, as ideias de abertura das constituições à legislação internacional e supranacional, com a conseqüente relativização da soberania do Estado, ganham respaldo como categorias universalizáveis, formadoras de “culturas comuns em construção”, não obstante o grau dessa abertura poder variar consideravelmente.⁴⁰

No âmbito da justiça de transição, as construções teóricas sobre os crimes de lesa humanidade, sua imprescritibilidade e inaniabilidade, sobre o *jus cogens* internacional e os conceitos de direitos humanos que lhes servem de fundamento, podem ser, em uma observação preliminar, *topoi* universalistas justransicionais de necessária incorporação constitucional direta ou reflexa.⁴¹

Os padrões universalistas suprarreferidos configuram *topoi* para o diálogo intercultural. São premissas argumentativas evidentes e não discutíveis, ou ainda, pontos de partida inegáveis, a partir dos quais pode ser estabelecido o aludido diálogo.⁴²

Os fundamentos universalistas são os lugares-comuns sobre os quais se erige a teoria intercultural da constituição. Estes, no entanto, são pontos de partida e não pontos de chegada, o que faz com que a teoria intercultural necessite de particularizações, pois o universalismo proposto não implica uniformidade teórica.⁴³

39 Cf. GALINDO, 2006, pp. 116ss.

40 DUINA & BREZNAU, 2002, *passim*; PEGORARO, 2013, pp. 268ss.

41 TRINDADE, 2004, pp. 219-225.

42 BENVENUTO, 2015, pp. 117ss.; SANTOS, 2003, p. 443; FERRAZ JR., 2001, p. 48.

43 Sobre o conceito de “universalismo sem uniformidade”, cf. ANDRÉ, 2002, p. 265.

e) *Particularismo*

Apesar de parecer contraditório com o item anterior, a teoria da constituição também precisa ser particularista. Em verdade, trata-se de uma teoria universalista adaptável aos particularismos culturais, ou seja, a “particularização do universalismo”.⁴⁴

A teoria da constituição necessita de alicerces culturais universalistas. Mas as peculiaridades culturais não desaparecem do âmbito constitucional, notadamente em razão da resistência nacional e/ou ideológica em relação a modelos universalizantes. A democracia, por exemplo, é um alicerce cultural universalista no ocidente; porém, as formas pelas quais a mesma se efetiva são variadas e é possível avaliar determinadas práticas como mais ou menos democráticas a depender de nossos referenciais culturais nacionais e ideológicos.

No que diz respeito à justiça de transição, as peculiaridades e objetivos das restaurações democráticas nos países que passaram por regimes autoritários precisam ser observadas com acuidade. Ainda que se possa admitir em tese os paradigmas universalistas dos direitos humanos e dos conceitos em torno dos crimes contra a humanidade, particularizar esses *topoi* universais exige da teoria justransicional um olhar cuidadoso sobre possibilidades interculturais e/ou transconstitucionais que as experiências de justiça de transição ocasionaram. Até mesmo a imprescritibilidade e a inaniabilidade de tais crimes foram afastadas em determinadas ocasiões, quando considerados os objetivos justransicionais mais amplos, como é perceptível na experiência sul-africana pós-*apartheid*, com a Comissão da Verdade e da Reconciliação tendo poderes de anistia individual, atendidas determinadas condições, ou o instituto da prescrição gradual no caso chileno.⁴⁵

Também a questão da abertura da constituição suscita diferenciações no contexto da teoria intercultural. Nenhuma das constituições ocidentais em questão é completamente fechada ao direito internacional e ao direito da integração. Porém, a gradação da abertura varia muito. Mesmo no caso dos Estados que fazem parte da União Europeia, há constituições mais ou menos abertas à legislação comunitária, como a Carta holandesa, no primeiro caso, e a Carta dinamarquesa, no segundo.⁴⁶ Semelhante caso

44 BIDELEUX, 2002, p. 153-154.

45 LEMAN-LANGLOIS & SHEARING, 2008, *passim*; FERNÁNDEZ NEIRA, 2011, pp. 295ss.; GALINDO, 2012, pp. 228-229.

46 RASMUSSEN: 1999, *passim*.

ocorre historicamente no Mercosul, sendo a Constituição brasileira tradicionalmente interpretada como mais fechada à legislação internacional e da integração, ao passo que a Lei Maior argentina possui um caráter mais aberto, embora tal perspectiva tem tido idas e vindas no Brasil, considerando decisões “internacionalistas” do Supremo Tribunal Federal quanto à natureza jurídica dos tratados e sua posição hierárquica interna, mas, por outro lado, julgados “nacionalistas”, afastando jurisprudencialmente compromissos internacionais do Estado brasileiro, como a decisão sobre o alcance da Lei da Anistia na ADPF 153.⁴⁷ Isso é especialmente relevante para a justiça de transição nesses dois países, bem como no Chile.

As diferenciações exigem que a teoria intercultural da constituição se estabeleça com suficiente flexibilidade que permita o diálogo entre as culturas constitucionais sem que se intente com isso submeter forçosamente o constitucionalismo de uma localidade a soluções pré-estabelecidas por outro constitucionalismo considerado como mais avançado. As particularidades precisam ser consideradas e as propostas teóricas universalistas devidamente contextualizadas. Isso conduz ao último dos princípios da proposta teórica.

f) *Contextualismo*

O interculturalismo constitucional deve estabelecer a necessidade de que as suas contribuições universalistas ou particularistas sejam contextualizadas. Se por um lado as propostas teóricas universalistas são o alicerce do debate intercultural, os particularismos são, por vezes, impeditivos de um maior avanço cultural das constituições em virtude dos mesmos podem propiciar um hermetismo constitucional avesso a contribuições culturalmente diversas. Sob o pretexto da inadequação *a priori* de um determinado instituto ou conceito para o país, sem analisar as potencialidades dos mesmos em uma perspectiva possibilista e experimental, se impede uma maior evolução e aprimoramento do constitucionalismo nacional, caindo-se em uma espécie de patriotismo constitucional xenófobo. Do mesmo modo, uma importação pura e simples de institutos e concepções desenvolvidas em outros países sem a ponderação do contexto pode conduzir a equívocos e imperfeições irremediáveis, caracterizando por vezes uma espécie de colonialismo constitucional. Para solucionar esse impasse, é necessário que a teoria da constituição seja contextualista.

47 GOMES & MAZZUOLI: 2011, *passim*.

A ausência do contextualismo constitucional pode ocasionar precipitações e incompreensões as mais diversas. Em uma análise descontextualizada, pode-se pensar que o princípio da supremacia do parlamento no constitucionalismo britânico implica em uma ditadura da maioria ou que a Constituição alemã de 1949 é uma Carta quase exclusivamente liberal; ou, no contexto da justiça de transição, que punir criminalmente agentes públicos que cometeram crimes durante regimes de exceção é mero “revanchismo”, isso apenas para citar alguns mais correntes.

Entretanto, em uma avaliação contextual, podemos perceber o seguinte: apesar da ideia consagrada de supremacia do Parlamento de Westminster no Reino Unido, a maior parte do direito britânico, em virtude de sua filiação ao sistema do *common law*, é construído nos tribunais, tanto que a própria supremacia parlamentar terminou por ser delimitada e afirmada pela jurisprudência, que se autolimitou historicamente nas possibilidades de fazer o *judicial review*;⁴⁸ a Lei Fundamental de Bonn é uma constituição social, apenas não possui um catálogo expresso de direitos sociais no seu texto, o que não impede que a jurisdição faça valer os mesmos, através do recurso ao art. 20 (1) que afirma ser a República Federal da Alemanha um Estado social e democrático de direito; punir criminalmente agentes públicos que cometeram crimes durante regimes de exceção não é “revanchismo”, pois não há em teoria quem defenda, p. ex., torturar os torturadores; trata-se tão-somente de possível medida de justiça material propiciada por mecanismos de justiça de transição e até mesmo recomendada pelo direito internacional dos direitos humanos, não obstante a variabilidade de como isso possa ocorrer.⁴⁹

São apenas alguns exemplos de como uma análise teórica desprovida de contextualização pode ocasionar déficits de cognição fenomênica. Afirma-se fundamental o fato de que a teoria intercultural da constituição precisa contextualizar todas as suas abordagens, sejam elas universalistas ou particularistas, para que não se possa incorrer em equívocos, tais como os que verificamos de modo exemplificativo.

48 BRADLEY, 2004, pp. 37-39.

49 Cf. GALINDO, 2011, p. 252.

3.2. Delimitações epistemológicas possíveis

Para além do método, a delimitação epistemológica é fundamental. Estabelecer com precisão quais os fenômenos que se pretende investigar é necessário ponto de partida de qualquer escrito pretensamente científico.

A metodologia constitucional intercultural parece adequada à análise das seguintes experiências de justiça de transição (embora certamente não se limite a elas): 1) Alemanha pós-nazismo; 2) Alemanha pós-comunismo (caso da extinta República Democrática Alemã/Alemanha Oriental); 3) África do Sul pós-*apartheid*; 4) Argentina pós-ditadura militar; 5) Chile pós-Pinochet; 6) Brasil pós-ditadura militar. A seguir, as razões dessas opções.

A primeira delas, a justiça transicional pós-nazismo na Alemanha é de abordagem quase obrigatória. Praticamente todos os trabalhos que envolvem o tema tomam essa experiência como referencial, ainda que não a abordem diretamente. Não sem razão, pois principalmente através de até então inéditos mecanismos de direito internacional como foram os julgamentos de Nuremberg, o debate acerca de como cumprir os objetivos referidos da justiça de transição ganhou enorme importância com o final da 2ª Guerra e a derrota da Alemanha nazista. A gravidade das violações de direitos humanos praticadas durante o domínio do nazismo na Alemanha e em boa parte da Europa não tinha precedentes na mesma proporção, o que, em uma situação de caráter tão extraordinário, exigiu medidas político-jurídicas igualmente excepcionais. Contudo, o afastamento de uma postura unilateral de reduzir pura e simplesmente à submissão os vencidos aos vencedores fez com que a justiça de transição pós-nazismo, com a dimensão fornecida pelos parâmetros nuremberguianos, realizasse significativa tarefa naquele contexto. Pela primeira vez se discutiu seriamente a responsabilidade humanitária dos agentes estatais com a culpabilização dos mesmos a partir da ponderação de seus atos e motivações e não somente por terem sido derrotados na guerra. Tanto que, mesmo com os desequilíbrios entre acusação e defesa e a ausência de julgadores efetivamente imparciais, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg estabeleceu cuidadosa apuração dos fatos e dosimetria das penas de acordo com as responsabilidades dos agentes nazistas, tendo, inclusive, absolvido três dos vinte e dois principais líderes levados inicialmente ao banco dos réus.⁵⁰

50 GOLDENSOHN, 2005, pp. 18-19; GONÇALVES, 2001, pp. 343-347.

Mais ainda: o efeito pedagógico posterior com as políticas desenvolvidas de reparação, memória, verdade e reformas institucionais propiciou a gradativa edificação do que atualmente é um dos países de maior consolidação democrática do mundo, não tendo mais caído em tentações autoritárias ao longo de quase 70 anos que os separam dos trágicos anos do nazismo. Abandonou o constitucionalismo semântico de Weimar e construiu uma experiência de força normativa da constituição (em vigor desde 1949), instituições democráticas sólidas e firme compromisso com os direitos humanos.⁵¹

Com todos os seus problemas e eventuais injustiças, é imprescindível a análise dessa experiência de justiça transicional e merece, dentro dessa perspectiva intercultural, um estudo específico, em especial a partir dos princípios teóricos do universalismo e do contextualismo.

A segunda delas, a da extinta Alemanha comunista, possibilita em relação ao mesmo país reflexões importantes sobre os regimes totalitários. Se a maior parte dos alemães passaram a viver sob um regime político democrático após a 2ª Guerra e o nazismo, uma parte dos mesmos viu-se em uma nova experiência totalitária, apesar de sua natureza diversa da nazista. Os 40 anos (1949-1989) nos quais os alemães do leste viveram oficialmente sob a autoridade da República Democrática Alemã não foram de campos de concentração ou de perseguição racial; entretanto, a população nunca esteve tão vigiada e espionada e as graves violações de direitos humanos se tornaram muito mais sofisticadas e sutis do que a crueza com que aconteceram nos tempos do nazismo. O terror psicológico, a tortura, a ameaça e o estrito controle das liberdades fundamentais em nome da ideologia dominante produziu uma ditadura que conseguiu uma cumplicidade doentia da sociedade à qual governava, a ponto de ser extremamente difícil, em grande parte dos casos, distinguir com clareza as vítimas dos violadores de direitos humanos, tamanha a frequência que tais papéis se confundiam.⁵² E as Constituições semânticas de 1949 e de 1968 pouco influenciaram na conformação do processo político alemão do leste, somente tendo sido enfrentadas tais questões na justiça de transição pós-queda do Muro de Berlin. Aqui o princípio particularista e a abertura crítica teórica parecem imprescindíveis à análise

51 HESSE, 1998, pp. 76-77; GRIMM, 2006, pp. 265ss.

52 ROSENBERG, 1999, pp. 305-306; GALINDO, 2005, pp. 95-98.

O caso sul-africano, a seu turno, possui peculiaridades que discrepam bastante das demais experiências. Destaco o constitucionalismo material “à inglesa” antes e durante os anos do *apartheid* e a relação de sobre/subintegração cidadã às prerrogativas desse constitucionalismo, a se considerar a situação de segregação racial e diferença inferiorizante em relação aos negros, sendo feita de forma institucional.⁵³ A situação de discriminação racial oficializada aproxima o autoritarismo da África do Sul segregacionista à Alemanha nazista, embora não tenha empreendido guerras externas, nem tenha partido para extermínios em massa e campos de concentração em sentido estrito.

A derrocada da ditadura racista permitiu o advento de um inédito experimento político-jurídico da vigência de uma constituição formal a partir de 1996, bem como a priorização da verdade, da memória e da transformação cultural-institucional pela justiça de transição da África do Sul, sendo estes pontos de referência de grande importância em uma análise à luz da metodologia constitucional intercultural. As tentativas de “contenção” de revanchismos sem, contudo, esvaziar-se a busca pela verdade e pela conscientização para a construção de um futuro diferente para o país pautaram em significativa medida a justiça transicional sul-africana.⁵⁴ Em tal contexto, o princípio teórico pluralista pode ser utilizado para, por exemplo, considerar a multiplicidade de perspectivas sistêmico-jurídicas durante o regime do *apartheid* e a influência disso nas soluções transicionais daquele país.

No caso da justiça de transição na América Latina, a sua análise justifica-se de antemão: as ditaduras neste continente foram temporal, espacial e ideologicamente muito próximas, de modo que até mesmo trocas de informações e de *expertise* de como lidar com a “subversão” ocorreram entre esses países, a exemplo da Operação Condor. Três desses casos guardam significativa semelhança, levando-se em consideração os princípios teóricos universalista, particularista e contextualista: Argentina, Chile e Brasil.

O caso da Argentina chama especial atenção pelo quantitativo estatístico de vítimas das graves violações de direitos humanos. Pelo menos 12.963 pessoas morreram e/ou desapareceram sob a responsabilidade direta ou indireta do Estado (números oficiais reunindo as apurações da CONADEP e do Subsecretariado de Direitos Humanos), afora os casos de

53 VAJLI, 2010, p. 3; VAJLI, 2009.

54 VAJLI, 2010, p. 3; CHRISTODOULIDIS & VEITCH, 2008, pp. 12-19.

tortura, violência física e sexual e o peculiar rapto de bebês de “subversivas”, uma prática bem específica da ditadura argentina entre 1976 e 1983. A reação a esses fatos também chama a atenção: talvez em nenhum dos países latino-americanos com processos de justiça transicional tenhamos uma perseguição tão ampla dos objetivos referidos por Bickford, a ponto do ex-Presidente argentino Reynaldo Bignone cumprir atualmente penas de prisão perpétua por crimes contra a humanidade cometidos no regime de exceção, assim como ocorreu com o também ex-Presidente ditador Rafael Videla, que morreu na prisão em maio de 2013 aos 87 anos de idade, além das reparações, reformas institucionais e iniciativas de verdade e memória diversas terem sido intensas desde os anos 80 do século passado, mas mais ainda a partir da primeira década do atual.⁵⁵

Em termos constitucionais, apesar da permanência da vigência da Constituição de 1853, o estado de sítio permanente a fez letra morta entre 1976 e 1983, sendo caso de evidente Carta semântica em sentido loewensteiniano, com algumas aproximações com o que ocorreu com a Constituição alemã de Weimar durante o nazismo.

O caso do Chile, a seu modo, é também emblemático. Várias das razões referidas no caso argentino, servem igualmente para o chileno, especialmente no plano da colaboração interditatorial e nas semelhanças dos tipos de perseguição desenvolvidos em nossos vizinhos do Cone Sul. A estatística dos crimes de lesa humanidade é menos abrangente que a argentina, mas a diferença para nos números. As graves violações de direitos humanos são essencialmente as mesmas, assim como as técnicas utilizadas em sua perpetração.

No caso chileno, também as Constituições vigentes de 1925 e de 1980 não constituíram efetivos óbices à perpetração das referidas violações, também podendo ser classificadas como essencialmente semânticas durante a ditadura Pinochet, ainda que a primeira tenha tido grande longevidade e razoável efetividade anteriormente, bem como a última ter passado por grande transformação e ser ainda Carta vigente no Chile.⁵⁶

Dois aspectos, porém, distinguem o regime de exceção chileno do argentino: a personificação do poder – com as consequências positivas e negativas daí decorrentes – na pessoa do Gal. Augusto Pinochet, chefe de Estado no Chile durante todo o período autoritário (1973-1990) e a

55 PÉREZ BARBERÁ, 2014, pp. 49ss.; LITVACHKY, 2007, pp. 109-109; LINZ & STEPAN, 1999, pp. 227ss.

56 GALINDO, 2012, pp. 219-220.

necessidade de uma condenação internacional do Estado chileno⁵⁷ para impulsionar a justiça de transição local no cumprimento de todos os objetivos aludidos.

Por fim, o Brasil.

O caso brasileiro guarda semelhanças com o argentino e o chileno nos tipos de perseguição e na cooperação interditatorial. Difere, todavia, nas estatísticas mais modestas de mortos e desaparecidos (o número deles é menos elevado do que naqueles países) e na maior seletividade repressiva. Aproxima-se da ideia de não se personificar o poder, como fizeram os argentinos e à diferença dos chilenos.

Não obstante nossas estatísticas do autoritarismo serem numericamente mais modestas, igualmente modestas foram as iniciativas do Estado brasileiro para alcançar os objetivos aludidos da justiça de transição. Somente em 2012, 27 anos após a redemocratização do país, foram criadas Comissões da Verdade no âmbito federal e estaduais para esclarecimento das graves violações de direitos humanos ocorridas no longo regime de exceção brasileiro (1964-1985), apesar da criação em 1996 da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos, no âmbito do poder executivo federal, de alcance ainda mais limitado. Foi necessária, como no Chile, uma condenação internacional do Estado brasileiro⁵⁸ para impulsionar várias dessas iniciativas, se avançando na apuração da verdade e nas políticas de reparação e de reformas institucionais. Apesar disso, a impunidade dos crimes ainda permanece de modo irrestrito diante do conflito material entre a decisão da Corte IDH e a do STF acerca da interpretação do alcance da denominada “Lei da Anistia”, bem como a completa desconsideração deste último Tribunal pela reiterada e pacífica jurisprudência da primeira sobre a imprescritibilidade e inaniabilidade dos crimes de lesa humanidade perpetrados pelos agentes da ditadura brasileira.

No caso das Constituições brasileiras, a de 1946 veio a ser “rebaixada” em termos de hierarquia normativa em virtude da outorga do Ato Institucional nº 1, fazendo este o papel prático de Lei Maior até o início da vigência da

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf, acesso: 03/01/2017.

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil (“Guerrilha do Araguaia”), Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf, acesso: 03/01/2017.

Constituição de 1967, radicalmente transformada com a Emenda nº 1/1969, que permaneceram em vigor até a redemocratização. Tais Cartas oscilaram entre o nominalismo e o semantismo na classificação loewensteiniana.⁵⁹

Em todas essas experiências transicionais, a análise a partir dos princípios metodológicos da teoria intercultural da constituição pode ser de grande valia para destacar as aproximações e os distanciamentos entre elas.

4. Conclusões

Em relação aos objetivos da justiça de transição, a percepção fundamental da proposta de uma metodologia constitucional intercultural de tratamento do tema é a de que, não obstante os avanços das últimas décadas, ainda carecemos de uma teoria jurídica que fundamente parâmetros dogmáticos consistentes para a justiça de transição, notadamente nos âmbitos do direito constitucional e do direito penal.

Nesse sentido, os princípios fundamentais da teoria intercultural da constituição podem ser muito úteis a esse propósito, dada a sua abertura a uma pluralidade de possibilidades, sem abrir mão do universalismo teórico existente, assim como dos “empréstimos” teóricos de outras experiências justransicionais (particularismo), passando pela sua adaptabilidade aos contextos nacionais (contextualismo).

Embora não se esteja a falar de abordagens axiologicamente neutras (até por que o autor dessas linhas é convictamente democrata e defensor dos direitos humanos como marcos civilizatórios essenciais), ter o lado de defesa da democracia e dos direitos humanos não pode fazer do trabalho acadêmico algo militante ou panfletário. Independentemente das posições pessoais sobre o tema, as análises têm por fundamento dados objetivos e análises a partir de fenômenos concretos de justiça de transição nos regimes constitucionais, ainda que possam eventualmente contrariar as próprias aspirações ou percepções apriorísticas deste autor. Afinal, na perspectiva metodológica constitucional intercultural, as formulações teóricas iniciais passam necessariamente pelos testes popperianos de falseabilidade, podendo ou não se confirmar em termos de conclusão.

59 LOEWENSTEIN, 1964, pp. 217-218; GALINDO, 2015, pp. 98-100; BONAVIDES & ANDRADE, 2002, pp. 431ss.

Referências

- ACUÑA, Carlos H. Transitional Justice in Argentina and Chile: A Never-Ending Story? In: ELSTER, Jon (org.). *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 206-238.
- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito (Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência)*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ANDRÉ, João Maria. Interculturalidade, Comunicação e Educação para a Diferença. In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares (org.). *Identidade Europeia e Multiculturalismo*. Coimbra: Quarteto, 2002, pp. 255-276.
- BALDI, César Augusto. Guerrilha do Araguaia e direitos humanos: considerações sobre a decisão da Corte Interamericana. In: GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Crimes da Ditadura Militar – Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 154-173.
- BENVENUTO, Jayme. *Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente*. Lua Nova. São Paulo, 94, pp. 117-142, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n94/01026445-ln-94-00117.pdf>, acesso: 03/01/2017.
- BICKFORD, Louis. Transitional Justice. *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. 3, Macmillan Reference USA, pp. 1045-1047, 2004.
- BIDELEUX, Robert. Extending the European Union's Cosmopolitan Supranational Legal Order Eastwards: the Main Significance of the Forthcoming 'Eastward Enlargement' of the European Union. In: RIBEIRO, Maria Manuela Tavares (org.). *Identidade Europeia e Multiculturalismo*. Coimbra: Quarteto, 2002, pp. 129-164.
- BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4ª ed. Brasília: OAB, 2002.
- BRADLEY, Anthony. The Sovereignty of Parliament – Form or Substance? In: JOWELL, Jeffrey & OLIVER, Dawn (orgs.). *The Changing Constitution*. 5ª ed. Oxford: University Press, 2004, pp. 26-61.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Nova Ordem Mundial e Ingerência Humanitária (Claros-Escuros de um Novo Paradigma Internacional). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, vol. LXXI, pp. 1-26, 1995.

- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. *A Constituição Européia Entre o Programa e a Norma*. In: NUNES, António Avelãs & COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 15-22.
- _____. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CHRISTODOULIDIS, Emilios & VEITCH, Scott. Reconciliation as surrender: configurations of responsibility and memory. In: DU BOIS, François & DU BOIS-PEDAIN, Antje (orgs.). *Justice and Reconciliation in Post-Apartheid South Africa*. Cambridge: University Press, 2008, pp. 9-36.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DUINA, Francesco & BREZNAU, Nathan. *Constructing Common Cultures: The Ontological and Normative Dimensions of Law in the European Union and Mercosur*. *European Law Journal*. Oxford: Blackwell, vol. 8, nº 4, pp. 574-595, 2002.
- FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna. La jurisprudência de la Corte Suprema Chilena, frente a las graves violaciones contra los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. In: GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Crimes da Ditadura Militar – Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 277-312.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GALINDO, Antonella. Entre os Sonhos de Rosa Luxemburg e a Realidade de Erich Honecker – Para Não Esquecer as Lições da Antiga República Democrática Alemã. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru: Associação Caruaruense de Ensino Superior, v. 36, nº 1, pp. 81-108, 2005.
- _____. *Teoria Intercultural da Constituição (a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Direitos humanos e justiça constitucional transicional: ainda sob(re) as sombras do passado autoritário. In: SILVA, Artur Stamford

- da (org.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Universitária/UFPE, pp. 221-264, 2011.
- _____. Justiça de transição na América do Sul: Possíveis lições da Argentina e do Chile ao processo constitucional de transição no Brasil. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; SILVA, Artur Stamford da; CATÃO, Adrualdo & RABENHORST, Eduardo (orgs.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: UFPE, vol. 2, pp. 197-240, 2012.
- _____. Constitucionalismo e justiça de transição: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte: UFMG, n° 67, pp. 75-104, 2015.
- GARCÍA-RAMÍREZ, Sergio. Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 18, pp. 231-273, 2014.
- GOLDENSOHN, Leon. *As entrevistas de Nuremberg* (trad. Ivo Korytowski). São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Crimes da Ditadura Militar – Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 49-72.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: A Gênese de uma Nova Ordem no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GREIFF, Pablo De. La Contribución de la Justicia Transicional a la Construcción y Consolidación de la Democracia. In: BLEEKER, Mò; CIURLIZZA, Javier & BOLAÑOS-VARGAS, Andrea (orgs.). *Memorias – Conference Paper. Serie Enfrentando el Pasado – El Legado de la Verdad: Impacto de la Justicia Transicional en la Construcción de la Democracia en América Latina*. Bogotá: ICTJ, 2007, pp. 25-35.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política* (trad. Geraldo de Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *Europäisches Rechtskultur – Versuch einer Annäherung in zwölf Schriften*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1994.

- _____. "Un Jurista Europeo Nacido en Alemania" (Entrevista a Francisco Balaguer Callejón). *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. Murcia: Asamblea Regional/Universidad, n° 9, pp. 9-49, 1997.
- _____. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura* (trad. Emilio Mikunda) Madrid: Tecnos, 2000.
- _____. *Pluralismo y Constitución (Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta)* (trad. Emilio Mikunda). Madrid: Tecnos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade* (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I, 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* (trad. da 20ª ed. – Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.
- JUNJI, Annen. Constitutionalism as a Political Culture (trad. Lee H. Rousso). *Pacific Rim – Law & Policy Journal*. Washington: University, vol. 11, n° 3, pp. 561-576, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (trad. Paulo Quintela). Lisboa: Edições 70, 1995.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição* (trad. Walter Stöner). 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LEMAN-LANGLOIS, Stéphane & SHEARING, Clifford. Transition, forgiveness and citizenship: the TRC and the social construction of forgiveness. In: DU BOIS, François & DU BOIS-PEDAIN, Antje (orgs.). *Justice and Reconciliation in Post-Apartheid South Africa*. Cambridge: University Press, 2008, pp. 206-228.
- LIRA, Elizabeth. Chile 1990-2007: Políticas de Verdad, Reparación y Justicia. In: BLEEKER, Mõ; CIURLIZZA, Javier & BOLANOS-VARGAS, Andrea (orgs.). *Memorias – Conference Paper. Serie Enfrentando el Pasado - El Legado de la Verdad: Impacto de la Justicia Transicional en la Construcción de la Democracia en América Latina*. Bogotá: ICTJ, 2007, pp. 198-209.
- LITVACHKY, Paula. La Respuesta Penal a los Crímenes del Terrorismo de Estado en Argentina. In: BLEEKER, Mõ; CIURLIZZA, Javier & BOLANOS-VARGAS, Andrea (orgs.). *Memorias – Conference Paper. Serie Enfrentando el Pasado - El Legado de la Verdad: Impacto de la Justicia Transicional en la Construcción de la Democracia en América Latina*. Bogotá: ICTJ, 2007, pp. 108-117.

- LINZ, Juan L. & STEPAN, Alfred. *A Transição e Consolidação da Democracia (A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul)* (trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres). São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (trad. Alfredo Gallego Anabitarte). Barcelona: Ariel, 1964.
- MAGEE, Bryan. Qual a Utilidade de Popper para um Político? (trad. Luiz Paulo Roaunet). In: O'HEAR, Anthony (org.). *Karl Popper: Filosofia e Problemas*. São Paulo: UNESP, 1997, pp. 307-324.
- MATURANA, Humberto. *Cognição, Ciência e Vida Cotidiana* (trad. Cristina Magro & Victor Paredes). Belo Horizonte: UFMG, 2001.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- NEWTON-SMITH, W. H. Popper, Ciência e Racionalidade (trad. Luiz Paulo Roaunet). In: O'HEAR, Anthony (org.). *Karl Popper: Filosofia e Problemas*. São Paulo: UNESP, 1997, pp. 21-40.
- NUNES, João Arriscado. Teoria Crítica, Cultura e Ciência: O(s) Espaço(s) e o(s) Conhecimento(s) da Globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (orgs.) *Globalização – Fatalidade ou Utopia?* Porto: Afrontamento, 2002, pp. 297-338.
- PANIKKAR, Raimundo. Seria a Noção de Direitos Humanos uma Concepção Ocidental? In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 205-238.
- PEGORARO, Lucio. Derecho nacional, derecho internacional, derecho europeo: la circulación y vertical entre formantes. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 17, pp. 257-293, 2013.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Impunidad y punición en Argentina. In: SABA-DELL, Ana Lúcia; SIMON, Jan-Michael & DIMOULIS, Dimitri (orgs.). *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 41-68.
- PIOVESAN, Flávia. Lei de anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Crimes da Ditadura Militar – Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 73-86.
- POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos* (trad. Milton Amado). Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, tomo I, 1987a.

- _____. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos* (trad. Milton Amado). Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, tomo II, 1987b.
- _____. *A Vida é Aprendizagem – Epistemologia Evolutiva e Sociedade Aberta* (trad. Paula Taipas). Lisboa: Edições 70, 2001a.
- _____. *A Lógica da Pesquisa Científica* (trad. Leônidas Hegenberg & Octanny Silveira da Mota). 9ª ed. São Paulo: Cultrix, 2001b.
- _____. *Unended Quest*. Londres: Routledge, 2002.
- RASMUSSEN, Hjalte. Denmark's Maastricht Ratification Case: The Constitutional Dimension. In: JYRÄNKI, Antero (org.). *National Constitutions in the Era of Integration*. London: Kluwer Law International, 1999, pp. 87-112.
- REALE, Giovanni & ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. 3ª ed. São Paulo: Paulus, vol. III, 1991.
- ROSENBERG, Tina. *Terra Assombrada (enfrentando os fantasmas da Europa depois do comunismo)* (trad. Renato Aguiar). Rio de Janeiro: Record, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para Libertar – Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 427-462.
- SANTOS, Boaventura de Sousa & NUNES, João Arriscado. Introdução: Para Ampliar o Cânone do Reconhecimento, da Diferença e da Igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para Libertar – Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 25-68.
- SIERRA PORTO, Humberto A. *La Función de la Corte Constitucional en la Protección de los Derechos de las Víctimas a la Verdad, la Justicia y la Reparación en Colombia*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, Ano XV, pp. 179-188, 2009.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos Humanos: Personalidade e Capacidade Jurídica Internacional do Indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (org.). *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 199-264.
- UPRIMNY, Rodrigo & SAFFON, María Paula. *Justicia Transicional y Justicia Restaurativa – Tensiones y Complementaridades*, 2010. Disponível em http://www.idrc.ca/en/ev-84576-201-1-DO_TOPIC.html, acesso: 26/11/2010.

- VAJLI, Nahla. Transitional Justice and Development in South Africa. In: “New Horizons” Conference - Working Group on Peace and Development (FriEnt), Berlin, 27-28 de janeiro de 2010. Disponível em www.frient.de/downloads/Nahla_Valji_Paper_final.pdf, acesso: 02/12/2010.
- _____. *Verdade e Reconciliação na África do Sul*, 2009. Disponível em <http://www.ibase.org.br/modules.php?name=Conteudo&pid=902>, acesso: 20/05/2010.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución Abierta y sus “Enemigos”*. Madrid: Universidad Complutense/Beramar, 1993.
- _____. *Curso de Derecho Político*. Madrid: Editorial Technos, 1998.
- WÄCHTERSCHÄUSER, Günter. *Os Usos de Karl Popper* (trad. Luiz Paulo Roaunet). In: O’HEAR, Anthony (org.). *Karl Popper: Filosofia e Problemas*. São Paulo: UNESP, 1997, pp. 211-226.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II – A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- _____. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.
- WORRAL, John. “Revolução Permanente”: Popper e a Mudança de Teorias na Ciência. (trad. Luiz Paulo Roaunet). In: O’HEAR, Anthony (org.). *Karl Popper: Filosofia e Problemas*. São Paulo: UNESP, 1997, pp. 91-124.

Recebido em 09 de janeiro de 2017.

Aprovado em 03 de abril de 2018.

Hermenêutica descolonial: descortinando o esgotamento do discurso jurídico-político liberal

Decolonial hermeneutics: revealing the exhaustion of the legal and political speech of liberalism

Daniel Diniz Gonçalves*

Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto/SP, Brasi.

Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega Correio**

Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto/SP, Brasil

1. Introdução

O presente estudo busca empreender uma análise hermenêutica crítica do modelo de constitucionalismo da modernidade liberal, ou seja, dos projetos de Estado, de Política e de direito que o mesmo enseja, e dos processos ideológicos e políticos de sua hegemonização no imaginário dos povos, com um recorte específico centrado na linguagem e na análise de alguns conceitos que densificam, incorporam e traduzem, em última instância, todo um arcabouço jurídico e político a que chamamos “Modernidade Liberal”.

Parte-se do pressuposto de que a linguagem, entidade fenomênica sociocultural, envolve a conglobação indissociável do observador (intérprete) e da realidade observada (contexto), de maneira que as peculiaridades e limitações do observador alterarão sua percepção de mundo, pois as coisas não são o que são (essência), mas sim o que se fala delas (significação).

* Mestre em Direitos coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Graduado pela faculdade de Direito da UFMG. Especialista em Constitucional e Previdenciário pela UNIDERP. Procurador Federal. E-mail: daniel.dinizgoncalves@gmail.com

** Mestre e Doutora pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da UFG – Universidade Federal de Goiás e da UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto. Advogada. E-mail: mcvidotte@uol.com.br

A linguagem, e a série de conceitos que ela traduz, é a medida de nossa percepção do mundo. Assim considerado, se a essência cede espaço à significação, e a significação constrói-se com o uso da linguagem, de maneira que intérprete e contexto da realidade quedam inseparáveis, torna-se ilegítimo, senão desleal, laborar-se com conceitos universais, imutáveis e uniformes: a imposição de tais conceitos, ante à impossibilidade de percepção única do real, é a conduta imperialista e dominadora da modernidade.

O Estado Nacional, orientado pelo discurso da modernidade, construiu todo um aparato institucional (escola, mídia, exército e polícia) para se certificar da uniformização das compreensões de mundo (instrumentos de hegemonização), que, por sua vez, irão criar um imaginário coletivo, um senso comum, através do qual as pessoas irão interpretar o mundo.

A modernidade confecciona e reproduz, em sua indústria institucional, um discurso simbólico e linguístico com um limitado cardápio de pré-compreensões de mundo, impondo-o à coletividade. Assim, as pré-compreensões liberais do real, sobretudo no contexto político-jurídico, atinente às categorias e noções de democracia, constituição e povo, serão apresentadas como verdades científicas e universais, mutilando, silenciando e excluindo todos os contextos que não são capazes de explicar.

É desse processo linguístico de hegemonização no contexto político-jurídico de que se ocupará o trabalho vestibular.

O referencial teórico deste trabalho é a obra de Ricardo Sanín Restrepo, a “Teoria Crítica Constitucional”, que oferta importantes achegas para desvelar as inconsistências lógicas e hermenêuticas dos conceitos universais – certos conceitos sequer existiriam na linguagem.

O desenvolvimento do trabalho será apresentado em 3 (três) partes, com objetivo de se ter uma cadência lógica de exposição do tema, permitindo uma ampliação das possibilidades de compreensão do tema.

Primeiramente, cuidar-se-á de apresentar e analisar os conceitos “universais” que compõem o discurso político e jurídico da modernidade liberal e como os mesmos se prestam a assegurar a hegemonização de tal discurso. “Universais”, como se verá adiante, são categorias linguísticas com pretensões de serem atemporais, a-históricas e uniformes, enfim, de serem, como já o evidencia o nome, universais. O tópico exporá os conceitos, as noções e as categorias linguísticas que se pretendem unívocos, gerais e invariáveis que, independentemente dos contextos de compreensão, provocam exclusão e dominação.

Na sequência, o ensaio vertente enfrentará as falácias e esgotamentos de ordem lógica, hermenêutica e ética que subjazem à existência dos conceitos universais. O conceito universal, por si, não apresenta densidade significativa que lhe permita uma compreensão mínima, recorrendo, para tanto, a outros conceitos “particulares” que lhe são “suturados”, de maneira que os conceitos universais do liberalismo são nada mais que uma seleção, ideologicamente orientada, de limitados significados particulares. Ao se erigir um particular à categoria de universal, provoca-se a exclusão de uma miríade de compreensões de mundo, exclusão de pessoas, que serão marginalizadas, silenciadas e excluídas.

Arrematando o desenvolvimento, intenta o ensaio ora esgrimado reconstruir as categorias linguísticas democracia e povo, que são o fundamento axiológico do Estado e do Direito, fazendo emergir (sociologia das ausências e emergências) as compreensões de mundo (e as pessoas por detrás) e os contextos de vida (realidades) que o modelo liberal silenciou e invisibilizou.

A conclusão do presente esforço expositivo calha de consagrar que a democracia pressupõe, necessariamente, o reconhecimento do pluralismo de existências e compreensões de mundo.

2. Conceitos universais e construção de um discurso hegemônico.

A obra de Restrepo¹, Teoria Crítica Constitucional, propõe, logo em sua primeira parte, intitulada provocativamente “La Democracia en Tu Cara”, uma desmistificação de cânones basilares do sistema político e jurídico liberal, referenciados como “universales”², propondo uma cruzada contra a redução da Constituição política a uma mera norma formal, encrustada em um sistema igualmente formal de validade, que negligencia uma abordagem política, ética e ideológica do modelo vigente.

Analisemos a construção de Restrepo, que, ao inaugurar o capítulo em análise, assevera:

La tradición liberal tiene su historia particular, en ella se da buena cuenta de un proceso evolutivo que un día se frenó en el hoy, un hoy múltiple, un hoy

1 RESTREPO, 2009.

2 RESTREPO, 2009, p. 31.

elástico que explica el tiempo a partir de los tentáculos que se extienden desde su matriz ciega, que explica la totalidad de la historia y del presente, un punto de corte donde la historia misma se detiene y desaparece em uma nueva sustancia. Esta sustancia ordenadora son los universales³.

Exemplificando os intitulados “universales”, o autor colaciona “palavras claves tales como libertad, democracia, o Estado de derecho”, e reputa que tais palavras encerram a consolidação ideológica do liberalismo, sua hegemonia, sendo suas próprias fundações.

Os “universales” seriam um produto de uma instância histórica particular, que paralisa e explica a dinâmica da realidade, promovendo uma predestinação de todos os sujeitos de direito aos lugares sociais designados pela ideologia. Em uma primeira crítica, de caráter lógico, poder-se-ia perquirir que, se os universais são produtos de uma instância histórica particular, não poderiam ser universais.

A hegemonização de um conteúdo particular, que resta erigido à condição de universal, através do embate político, é a denominada “sutura”⁴ por Restrepo. A sutura é o momento em que o particular assume a forma do universal, tornando-se um conceito neutro e independente, símbolo de identidade e unidade de todo o sistema.

A luta pela escolha e detrimento de significantes particulares para serem alçados à categoria de universal seria o espaço próprio da política.

Uma das funções dos “universales” seria promover uma prostração da política diante da implantação de uma hegemonia jurídica, como espécie narrativa e prescritiva que permite conter e explicar a realidade social, aliás, toda a realidade social, inviabilizando a inovação do mundo para quem das fronteiras do direito.

O direito, ideologicamente orientado pelo liberalismo, seria um mecanismo de calcificação da ordem social, mantendo, *ad aeternum*, o *status quo*. Chediak assevera que “o que parece sobrar de fato para os universais

3 RESTREPO, 2009, p. 31. Em tradução livre dos autores: “A tradição liberal tem sua história particular, nela se dá boa conta de um processo evolutivo que um dia se freou em hoje, um hoje múltiplo, um hoje elástico que explica o tempo a partir dos tentáculos que se estendem desde sua matriz cega, que explica a totalidade da história e do presente, um ponto de corte onde a história mesma se detém e desaparece em uma nova substância. Essa substância ordenadora são os universais”.

4 RESTREPO, 2009.

e penso que, no contexto do pensamento de Deleuze, é isso que lhe cabe, é uma função conservadora, de reter o processo de criação, de impor um mecanismo de reprodução e de repetição ao estado de coisas constituído”⁵.

Outra função dos conceitos universais seria a de promover a exclusão de conceitos estranhos aos detalhes exigidos pelos universais. O conceito universal encerra uma verdade específica que deve ser atendida com o máximo de rigor. Não sendo possível que um particular atenda ao universal, aquele quedará deslocado da linguagem, como um elemento espúrio condenado ao ostracismo hermenêutico ou uma predeterminada satanização contextual, o que redundará em construção de anátemas axiológicos, como “bárbaros e terroristas”⁶.

Nesse particular, traz-se à tona o exemplo de Žižek⁷ do concerto de violino: se existe um marco universal intitulado “concerto de violino”, todas as execuções musicais-estéticas devem guardar estreita relação com a verdade específica do instrumento violino, sob pena de, transbordando suas fronteiras estritas, “cometer um sacrilégio a sua forma pura”⁸.

Inclusive, neste particular, Restrepo⁹ assevera que o fracasso da tradição liberal reside precisamente na exclusão sistemática e cruel de conteúdos particulares que não se amoldam ao universal. O modelo liberal seria não só excludente, como se reputa acabado, premissa intocável da verdade, fórmula “matemática irrefutável”¹⁰.

Além disso, o mito dos direitos universais, diletta produção do modelo liberal, fracassa por exigir o sacrifício da individualidade para pertencer ao universal: há um espaço de linguagem unívoco em que o sujeito deve se adequar para que os direitos ditos universais lhe possam ser atribuídos.

Na mesma esteira, o modelo liberal conta com certo grau de flexibilidade, tendo assimilado certas práticas, por serem indiferentes ao discurso econômico capitalista, como é o caso dos diversos tipos de sexualidade.

A função mais relevante dos universais, enquanto significantes vazios, seria convolar a questão ideológica em um elemento do sistema jurídico

5 CHEDIAK, 2007, p. 167-168.

6 RESTREPO, 2009, p. 34.

7 ŽIZEK, 1999, p. 115 -116.

8 RESTREPO, 2009, p. 36.

9 RESTREPO, 2009.

10 RESTREPO, 2009, p. 39.

liberal que funciona racionalmente dentro do próprio sistema e, sendo racional, implicaria a ausência total de política e, pois, de ideologia, o que culmina na universalização da ideologia liberal como uma “não-ideologia”¹¹.

Em manejo magistral de palavras, Restrepo assevera que a grande obra de “prestidigitação” da ideologia liberal seria apresentar-se a si mesma sem as debilidades e concupiscência das ideologias, mas com a “força inalterável das ciências e da técnica”¹².

O que se apresenta como de pacífica inferência é a relação estreita entre poder e os conceitos universais¹³, já que o processo de universalização se relacionaria sempre com um exercício de dominação efetiva ou pretendida, através de homogeneizações da língua, da epistemologia e da vida.

3. Desconstrução crítica dos conceitos universais.

Agora, analisemos substancial e funcionalmente os conceitos “universales” do modelo hegemônico liberal.

O liberalismo proporia que os “universales” seriam conceitos racionais, inferíveis ou dedutíveis pela razão, dos quais se deprenderiam prescrições positivas, que suporiam subprodutos com o código genético da respectiva palavra-chave mãe, que estenderiam e prolongariam o conteúdo dessas (palavras-chave mães, os “universales”).

A validade dos subprodutos lógicos é retirada da cadeia de derivação ascendente, até a gênese, que é o universal propriamente dito. Dessa estrutura de dedução de subprodutos lógicos, concluiu-se que para o liberalismo, o problema de legitimidade e justificação do Estado se resolve no campo da validade.

Os “universales” se apresentam como marcos neutros e acabados em si mesmos, de maneira que o ético, o estético e a própria linguagem seriam meros instrumentos de interpretação para comprovar a pertença de um certo conceito particular a um universal.

Devemos ponderar, neste momento, acerca do local dos ditos conceitos “universales” no contexto hermenêutico mais amplo, que é o da própria linguagem. Quando evocamos tais conceitos, dificilmente consegue-se

11 RESTREPO, 2009, p. 47.

12 RESTREPO, 2009, p. 14.

13 CHEDIAK, 2007, p. 168-169.

contextualizá-los com precisão suficiente para concluir haver um conceito para os mesmos. Vê-se que os mesmos pairam em um limbo de linguagem, em um terreno nebuloso de significação, pois seu sentido estaria disperso em múltiplos conceitos singulares que, para se validarem, tem que voltar à fonte, de molde a que a hermenêutica no liberalismo consta da reconstrução de sentidos a uma origem matricial¹⁴. Exemplo disso são as discussões sobre a “liberdade”. Dificilmente pode-se oferecer um conceito de liberdade contextualizado na linguagem que não se socorra de conceitos particulares de liberdade, de maneira que “liberdade”, enquanto conceito universal, densifica-se na linguagem com o recurso à liberdade de opinião, pensamento, locomoção que, a priori, seriam seus subprodutos lógicos

Contudo, por imperativo lógico, um conceito universal não poderia constar de um amálgama de conceitos particulares. O universal não é o marco neutro de uma miríade de conteúdos particulares, não é um conteúdo já realizado e que ativa o processo de realização desde suas origens. A relação entre universal e particular não é simbiótica. A natureza universal destroça as individualidades¹⁵.

O que se registra traz a conclusão inarredável, e indesejável para o liberalismo, de que o universal seria sempre uma de suas próprias espécies – um ou mais de seus subprodutos. A grande contradição dos “universales” seria a de que toda a existência do universal pauta-se pela impossibilidade do conceito realizar-se completamente e, para ser compreendido na linguagem, precisar de pré-compreensões que se calcam em conceitos particulares, subprodutos do universal. Nessa mesma linha, afirma Deleuze¹⁶ que “O primeiro princípio da filosofia é que os universais não explicam nada, eles próprios é que devem ser explicados”.

Dessa maneira, o universal sempre se afirma na forma de um conteúdo particular que se propõe a encarná-lo diretamente. O universal não existiria fora da linguagem, e só é possível quando um particular toma seu lugar. Adjacente ao conceito de universal haveria apenas casos particulares fraturados e desiguais. Chediak, em análise bem apropriada assevera que “O que Deleuze nos apresenta é a possibilidade de se conceber um movimento que vai de singular a singular sem passar pelo geral. O univer-

14 RESTREPO, 2009.

15 RESTREPO, 2009.

16 DELEUZE, 1992, p. 15.

sal, nesse caso, não é o geral, ao contrário, se diz da repetição diferencial do singular¹⁷.

Restrepo adentra na seara psicanalítica, manejando a figura do típico: o típico é um conteúdo particular a partir do qual se constrói um conteúdo simbólico de uma concepção ideológica, ou seja, é um processo em que o conteúdo particular encarna o conceito universal, como um elemento de fantasia¹⁸. Aliás, as batalhas ideológicas se ganham ou se perdem no embate argumentativo acerca de qual conteúdo conceitual figurará como típico – ou como universal.

Criticando o fantasma das universalidades, com espeque no exemplo da independência da arte frente a uma “escravidão estética”, pretende o jusfilósofo colombiano destroçar a universalidade uniformizadora e restaurar o poder criativo do sujeito, através da “arte do relativo”¹⁹, o que, inclusive, encontra suporte científico no pensamento de Bachelard²⁰ e Miaile²¹, na construção da teoria (da superação) dos obstáculos epistemológicos.

Bachelard conceituou ciência como a superação de obstáculos epistemológicos²². Epistemologia é, como sucede da semântica do vocábulo, a lógica do conhecimento. Sustenta o autor que os verdadeiros obstáculos à pesquisa científica não estariam no objeto ou no sujeito, mas no ato de conhecer, daí sua construção de obstáculos epistemológicos. O conhecimento científico só seria obtido com a superação dos obstáculos epistemológicos.

No que é pertinente a este estudo, dentre os obstáculos epistemológicos construídos pelo filósofo gaulês, atenta o mesmo para o perigo das generalizações, abstrações e substanciações.

Nos exatos dizeres do mestre, generalizações seriam uma falsa doutrina do geral, visto que responderiam, de modo genérico e universal, e às vezes sem lógica alguma, a pergunta nenhuma²³. Como generalizações, poderíamos citar: todas as democracias possuem “liberdade de expressão”. Assim, tenta-se explicar o universal (democracia) a partir de um particular (liberdade de expressão) e, mesmo assim, ainda não extraímos uma explicação.

17 CHEDIAK, 2007, p. 163.

18 RESTREPO, 2009, p. 53.

19 RESTREPO, 2009, p. 44.

20 BACHELARD, 2006.

21 MIAILE, 2005.

22 BACHELARD, 2006.

23 BACHELARD, 2006.

As grandes abstrações seriam construções teóricas que se convolam em dogmas, imobilizando o progresso científico e escravizando o intelecto humano, que entraria em letargia e indolência. Pode-se dizer que as grandes abstrações são uma etapa de confecção dos conceitos universais do liberalismo. A ideia de liberdade, democracia e estado de direito seriam grandes abstrações que, devido a seu vazio significativo, não poderiam ser impugnadas, sujeitando-se a uma manipulação casuística de significado, balizada pelas exigências da ideologia hegemônica.

Ainda, no que julgamos bem pertinente ao presente ensaio, temos o obstáculo da substanciação de uma qualidade superficial, erigida como característica definidora do objeto de estudo. Cremos que tal obstáculo coaduna-se bem com o conceito de “sutura” de Restrepo, em que um significante particular é suturado no universal, preenchendo-lhe o vazio significativo. Democracia seria liberdade; liberdade seria liberdade de expressão: uma sucessão de características superficiais, significantes particulares, suturados em cadeia, até a gênese, o conceito universal.

Miaile, de seu turno, transpôs para a ciência do direito os conceitos filosóficos de obstáculos epistemológicos²⁴, o que, inclusive redundou na definição de epistemologia como o conhecimento das condições de produção científica, entendida essa como a superação dos obstáculos epistemológicos. Enumera três obstáculos epistemológicos: a falsa transparência do direito, o idealismo jurídico e a independência da ciência jurídica.

No que se propõe este ensaio, necessário um recorte temático para que analisemos o que é relevante a nosso desiderato, de maneira que abordaremos os dois últimos obstáculos. Vejamos:

O idealismo jurídico resultaria da explicação da realidade a partir da falsa necessidade de passar pela abstração: as noções de direito seriam falsamente explicadas através de outras noções. O produto deletério de tal percepção seria a concepção descontextualizada, a-histórica, do Direito, em que as noções de direito seriam explicadas sem a necessária referência à realidade social em que foram lavradas.

Dessarte, a realidade do direito se explicaria com base em noções abstratas, vazias, descontextualizadas, como “liberdade, democracia e estado de direito”. Assim sendo, a realidade se interpreta e se explica a partir do conceito universal, das grandes abstrações, e, se ela (a realidade) não se

24 MIAILE, 2005.

amolda ao universal (grande abstração), passa a não existir – o discurso abstrato do universal exclui a realidade, pois não a explica, donde voltamos ao concerto de violino de Žizek²⁵.

A (falsa) independência da ciência jurídica seria um obstáculo epistemológico, por reforçar a percepção a-histórica, descontextualizada, do direito. O direito se afasta da ética e da política, como se seus institutos fosse blindados aos sabores e influxos ideológicos: é o processo de afirmação da ideologia liberal enquanto ciência.

Ao convencer os atores sociais de que o direito é a-político e que a política é a-ideológica, o liberalismo teria consolidado sua hegemonia.

Pressupostos lançados, a crítica que intentamos fazer busca emancipar o sujeito de conceitos imutáveis que lhes escravizam o pensamento, o espírito e a própria existência, de maneira insidiosa e perniciosa.

A concepção liberal de “democracia” entende que ela é um sistema de normas e de instituições que se fundam no respeito às leis – *rule of law*²⁶, promovendo o controle das “regras do jogo”²⁷.

A democracia no contexto ideológico liberal não é tratada como um assunto afeto à filosofia política, à ética ou mesmo à teoria do Estado e seus necessários entrecruzamentos com conceitos centrais como o de povo; a democracia é vista como uma premissa insular, isolada em uma “lógica cerrada”²⁸. Temos, por assim dizer, um conceito, ou uma noção essencialmente jurídica de democracia, como se o próprio direito antecedesse a democracia, e isso se opera justamente pelo afã ideológico liberal de que o direito escravize a política para manter sua hegemonia.

O problema do modelo liberal é aceitar uma única concepção de democracia para resolver uma miríade de problemas práticos²⁹. A concepção de democracia liberal é o modelo do “concerto de violino”, e tudo que não cabe na concepção matriz de conceito de violino é excluído do sistema, satanizado/antagonizado ou tratado como um indiferente político.

Todavia, a própria concepção liberal de democracia é vazia, alimentando-se de conceitos particulares para traçar seus contornos, conceitos particulares esses que simulam com êxito o papel do significante universal vazio.

25 ŽIZEK, 1999, p. 115-116.

26 Vide BOBBIO; MARTELUCCI; PASQUINO, 1998.

27 BOBBIO, 1997.

28 RESTREPO, 2009, p. 45.

29 RESTREPO, 2009.

Dessa maneira, exsurge das observações feitas que a democracia liberal é um significativo vazio hegemônico por algum conteúdo particular, aliás por muitos conteúdos particulares, o que fornece uma definição do todo constituída em mosaico disforme, sem a pretendida condição de universal. Voltando ao exemplo já citado, é o que sucede quando pensamos que democracia é liberdade: liberdade de expressão, informação, locomoção; democracia é propriedade: propriedade individual intocável; democracia é participação do indivíduo na vontade política, através de voto, nas condições legais. Democracia é o conjunto retorcido de particulares que ostentam a pretensão de hegemonização ideológica.

A tradição liberal de democracia tenciona ocultar suas palavras-chave, liberdade, propriedade, Estado de Direito, a fim de que tais palavras passem infensas a todo tipo de crítica, recorrendo a um tipo de mitologia para subsistir enquanto razão. Se as palavras-chave da democracia liberal jazem enclausuradas em um lugar acima de qualquer debate, com efeito, precipita-se uma crise de legitimidade de tal modelo, que outrora se socorria do modelo de legitimação via norma fundamental, no “sistema kelseniano de validade”³⁰.

O modelo liberal ainda desrespeita a distinção entre “princípio de ordem” e “ordem em concreto”, de maneira que procura saltar o abismo entre ordem normativa abstrata e a vida real. O problema consiste em substituir a mera força como decisão original de criação do Estado por um amálgama de premissas que representam a ordem já instaurada. Considerar-se que o ato de criação do Estado é um “contrato social” tem a grave contradição de utilizar um elemento derivado do Estado, como sói acontecer com o conceito de “contrato”, para explicar sua própria criação ou um estado de coisas anterior – “Estado de natureza”. Essa seria a rota perfeita para se alienar o povo do poder.

Na mesma esteira retro, de explicar a criação do Estado com conceitos posteriores a sua criação, não se pode considerar o “poder constituinte” como um “poder legal” supremo e autônomo, que se encaixe em um perfeito silogismo da teorização kelseniana, pois o ato de criação do Estado antecede a ordem legal. O poder constituinte seria um poder de fato, não um poder jurídico; daí termos asseverado que a criação do Estado foi um ato de força – poder de fato.

30 KELSEN, 1998.

Os defensores do projeto liberal da modernidade afirmam que este é um projeto inacabado³¹, que deve persistir em afirmar suas potencialidades, e que seus ideais universalizantes, como justiça e liberdade, não foram ainda alcançados por elementos externos que impedem sua concretização.

Todavia, devemos ponderar que os tais “elementos externos” que obstam à realização do projeto da modernidade, tais como violência, discriminação, exclusão e marginalização social, não são elementos externos ao sistema liberal; ao revés, são por ele criados, na medida em que sua política excludente redundando no conflito. A discriminação e a exclusão, inclusive, apresentam-se como parte ativa do projeto liberal de modernidade: se o discurso universal é o concerto de violino, e o que nele não se harmoniza é excluído, invisibilizado ou mesmo exterminado, a mecânica da exclusão é uma sutileza operacional da autopoiese e hegemonização do modelo liberal. O maior óbice à modernidade é a própria modernidade. Não é sem razão que Latour³² proclamou que a modernidade é em si ambígua, pois ela é tanto um período em que a ordem é desejada e, ao mesmo tempo, uma força que provoca a hibridização das coisas e dos sujeitos. Além disso, registra o autor que a modernização é um fenômeno de continuidade impossível, porquanto não há mais revoluções em estoque para continuar a fuga para frente (“o avanço, o desenvolvimento”). O pós-modernismo encerraria, pois, um sintoma da contradição do próprio modernismo.

A modernidade liberal também seria um particular que tenta encarnar um universal, tentando transpor seus limites, o que não seria possível, até porque o particular, mesmo que hegemonizado, conserva seus limites intrínsecos, limites esses que se apresentam na subversão da hermenêutica: ao invés de se contextualizar o universal para balizá-lo a novas realidades, revisando o seu conceito a partir da inserção de pré-conceitos em contextos diversos e/ou maiores, simplesmente opta a modernidade por calar a realidade contextual que possa desnaturar a essência a-histórica do universal.

O que assistimos, então, é o projeto liberal de modernidade promover exclusões para se manter e construir um discurso (falacioso) de que os óbices à sua concretização são “externos”: e se o são (externos), foram-no porque o próprio modelo excluiu tais óbices por não os comportar no discurso “científico” de legitimação e justificação do modelo.

31 CARVALHO, 2009.

32 LATOUR, 1994.

4. Construção crítica-hermenêutica de uma democracia e de um estado includentes

Para rompermos as amarras dogmáticas dos conceitos universais da modernidade liberal, que excluem realidades e, pois, pessoas, deve-se separar “democracia” do “projeto liberal de democracia³³” e perquirir acerca do coração de sua ontologia.

A filosofia política do liberalismo cerceou as possibilidades hermenêuticas da construção de um conceito mais amplo de democracia com uma espessa rede de amortecimento, que é constituída por significantes particulares de alto apelo no imaginário popular, como direitos humanos, justiça constitucional, propriedade privada, até mesmo assistência social, o que nos volve às formulações iniciais, em que vários significantes particulares, fragmentados e, às vezes, paradoxais, são utilizados para preencher (e proteger) o significante universal, o significante vazio.

Com o fito de ampliar os horizontes hermenêuticos de um conceito de democracia, a fim de torná-lo apto a abraçar as realidades e pessoas excluídas pela modernidade liberal, deve-se afastar, ou “des-suturar”, significantes particulares que não mais explicam a realidade do significante vazio universal.

Nas possibilidades de des-suturar conceitos particulares dos universais, assevera Restrepo que o verdadeiro democrata entenderia que “a soberania é um ato original de poder popular³⁴”. A obrigação de alguém que creia em uma democracia de inclusão consiste em ponderar que o povo é o soberano que decide sobre a exceção: a democracia seria o governo do povo, consagrando que todo poder político provém do povo e toda a organização política provém do povo. Dessa maneira, não se poderia conceber qualquer conceito de democracia que exclua, sistematicamente, qualquer um do povo – titular do poder político.

A democracia de inclusão, pois, está adstrita axiomáticamente aos direitos coletivos e à igualdade pública do povo. Nesse sentido, Douzinas assevera que:

A equidade liberal enquanto princípio regulador não conseguiu fechar a lacuna entre ricos e pobres. A igualdade deve tornar-se um pressuposto axiomá-

33 RESTREPO, 2009.

34 RESTREPO, 2009, p. 68.

tico: as pessoas são livres e iguais, a igualdade não é o efeito, mas a premissa da ação. O que quer que negue essa simples verdade cria um direito e dever de resistência. A igualdade de direitos sempre apoiou a desigualdade, a igualdade axiomática (cada um conta como um em todos os grupos relevantes) é o limite impossível da cultura de direitos³⁵.

Pode-se defender, a essa altura do trabalho, que a simetria entre democracia e liberdades individuais do modelo liberal seja uma mitologia que funciona a partir da submissão do povo. A cada direito individual corresponde irremediavelmente certo grau de exclusão dos demais co-cidadãos: quanto mais se acentua o grau de sacralização dos direitos individuais, mais aguda se torna a exclusão. Serve de exemplo, com efeito, o direito de propriedade: quanto mais ele é erigido a cânone da modernidade, mais ele se concentra na mão de poucos (que detêm mais capital político-econômico) e mais pessoas são dele excluídas.

O Estado, por sua vez, surge de um ato de vontade do povo que cria um tipo de unidade política, cuja existência precede a da Constituição. A Constituição não ordenaria nem uniria o povo, não sendo a origem do poder, mas sim sua consequência. O verdadeiro fenômeno político é o povo³⁶.

O povo é o portador do poder criador da constituição (poder de fato), por fora e acima da norma constitucional, o que escaparia da lógica de validade da pirâmide kelseniana, que se esgota na norma fundamental, sita no pináculo da construção³⁷.

Outrossim, se o povo é detentor de um poder de fato, o advento da Constituição não esgota o seu potencial político; o povo tem uma existência (de fato), uma realidade, que não pode ser reduzida ao sistema normativo que decidiu criar.

O povo, pois, é o índice de concreção do jurídico.

Todavia, povo é uma realidade plural e cambiante, que não comporta visões monistas e imutáveis de suas criações. Assim sendo, a democracia enquanto regime de governo e o Estado, enquanto instrumental de tal regime, devem abraçar, reconhecer e consagrar tal diversidade existencial do povo.

35 DOUZINAS, 2011, p. 14.

36 RESTREPO, 2009.

37 RESTREPO, 2009.

Devemos, pois, cultivar um imaginário pluralista³⁸ que deve desenvolver o respeito à diferença, criando espaços que ofereçam igualdade de condições a todos os sujeitos para criar, significar, ressignificar, recriar e fazer mundos, nos sentidos étnicos, culturais, sexuais, sociais, econômicos, políticos, epistemológico e espiritual³⁹.

Se o povo ensancha várias formas – igualmente legítimas - de perceber o real e construir realidades, inclusive a normativa, igualmente devemos cogitar de várias fontes de organização e de re-organização da vida social, no desiderato de harmonizar a convivência coletiva.

O Estado e a democracia includentes devem cultivar um pensamento complexo e relacional que obre distinguir relacionalmente a realidade⁴⁰, pois aí jaz o reconhecimento da diversidade, mas que não separe os elementos que a compõem e conformam.

O pensamento complexo que embasa uma democracia e um Estado includentes entende que a realidade não pode ser explicada por conceitos universais imutáveis, que laboram com lógicas binárias. Para além dos conceitos duais e universais com os quais a modernidade liberal conhece e conforma a realidade – o homem e a mulher, heterossexual e homossexual, brancos e negros, ricos e pobres, cristãos e não cristãos, saber científico e tradicional – há outras realidades, que compõem justamente a complexidade da vida, a pluralidade existencial do povo.

Além das realidades plurais e, pois, complexas, que compõem a existência da entidade (de fato, e não jurídica) povo, há de se ressaltar que não existe um necessário conflito entre as assinaladas existências plurais. A modernidade liberal tentou acabar com os conflitos sociais, a poder da negação sistemática da existência de múltiplas corporalidades, temporalidades e territorialidades. Essa não é uma solução possível em um Estado e uma democracia includentes. Há espaços comuns em que se pode resgatar a solidariedade e fraternidade, através da construção dialógica de valores interculturais comuns⁴¹. Negar a diversidade existencial do povo com um discurso hegemônico calcado em conceitos universais não se presta a promover harmonia e paz social, mas a depreciar a própria existência

38 WOLKMER, 2001.

39 RUBIO; DE FRUTOS, 2013.

40 RUBIO, DE FRUTOS, 2013.

41 RUBIO; DE FRUTOS, 2013.

(multifacetada) do humano, que é o fundamento do Estado e das demais instituições humanas.

O pensamento relacional busca trazer à mente que a complexidade da realidade existencial do povo induz o imperativo lógico de que toda instituição deve ser contextualizada para se adequar às mudanças sociais, sob pena de se perder sua verdade e utilidade.

O que tencionamos concluir é que o Estado e a democracia devem ser redefinidos a partir de sua ontologia, pensada sob uma perspectiva ética. Instituições, como democracia e Estado, devem servir ao homem, e não o contrário. A ontologia das criações humanas é emancipar o ser humano, isso é, resgatá-lo de qualquer situação de privação, marginalização, exclusão ou degeneração.

A realidade social evidencia que as relações humanas podem se desenvolver por meio de dinâmicas de emancipação e liberação ou de dominação e império⁴². A priori, qualquer visão de mundo que aspire hegemônica labora em dinâmicas de dominação e império, como se pode observar na modernidade liberal, que, ao instituir um discurso único, universal, atemporal, a-ideológico e científico, às expensas de silenciar outras realidades humanas, gerou a institucionalização de políticas de dominação e marginalização.

As dinâmicas de dominação e império estruturam relações em que os seres humanos são discriminados, marginalizados ou mesmo, eliminados, sendo considerados objetos. Perde-se a solidariedade, a horizontalidade das relações e se estabelecem processos hegemônicos e hierárquicos, em que o humano se torna manipulável, prescindível, a partir da superioridade de uns sobre os outros.

A propósito do acima aludido, já se registrou nesse ensaio que quanto mais se agudiza a sacralização de direitos individuais em uma sociedade, mais se acentuam as marginalizações e exclusões.

As dinâmicas de emancipação e liberação se estabelecem através de relações nas quais os seres humanos se tratam uns aos outros como sujeitos e em uma perspectiva horizontal, solidária, de autorreconhecimento e respeito. Essas lógicas permitem ao ser humano viver com dignidade, possibilitando-lhe a capacidade de dotar de sentido a realidade e de fazer e desfazer mundos, extirpando de qualquer sentido a existência dos “universales”.

42 RUBIO, 2015.

Democracia e Estado devem se balizar a uma ética/ontologia que busca a sensibilidade e é comprometida com o sofrimento humano. Todo ser humano merece viver bem e não ser sacrificado ou morto por um valor, um ideal, uma instituição ou qualquer produção humana, máxime quando se percebe que é o próprio ser humano que dota de sentido suas próprias criações⁴³.

Registramos, novamente, que o imperativo da proteção da vida e dignidade humanas, materializadas na realidade existencial de cada um do povo, é a medida do funcionamento interno da realidade e, assim sendo, é o critério que julga todas as ações institucionais e humanas, tanto aquilo que a produz, reproduz, desenvolve, como sobre aquilo que a degrada e aniquila.

A vida e dignidade humanas, e o mundo natural em que estão inseridas, são os fundamentos que limitam as possibilidades das construções hermenêuticas acerca das instituições, que só se legitimam se promovem existências humanas dignas.

5. Conclusão: pluralismo é democracia.

Todo paradigma deve construir uma teoria, um discurso organizado de ideias, para sua legitimação e justificação. Questão clássica das filosofias política e jurídica é a problematização da legitimidade e da legalidade. O paradigma liberal intentou engendrar um discurso de legitimação e justificação calcado em ideais universais, supostamente compreensíveis ou extensíveis a toda a humanidade, o que só fez por gerar exclusão e dominação.

Legalidade é uma categoria linguística que sugere a ideia de acatamento a uma estrutura normativa vigente e positiva, ao passo que legitimidade evoca uma noção de consensualidade acerca dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos de uma comunidade.

Quando se fala em “legitimidade” ou “legitimação” de um modelo, não se pode resumir a discussão a justificar a existência do Estado e do Direito, mas a construir uma adesão social ao modelo proposto, de forma livre e consciente. Nesse sentido, quem haveria de aderir, livre e conscientemente, a um modelo político de auto-exclusão (liberalismo)?

43 RUBIO; DE FRUTOS, 2013.

Conforme se viu nas críticas tecidas ao modelo liberal, a legitimação de um paradigma não pode se projetar unicamente sob uma visão de mundo específica, seja ela religião, tradição ou validade legal, sob pena de se construir um paradigma hegemônico excludente e imperial e, por isso, anti-democrático.

A democracia que este trabalho sugere deve abraçar um paradigma pluralista político e jurídico, que pede pelo rompimento com o paradigma liberal hegemônico, no sentido de se rechaçar uma legitimidade assentada em conceitos universais, reduzindo-se a questão da legitimação, na maioria das vezes, a uma questão validade/legalidade (prostração da política e da vida diante do direito), e pela consagração de uma legitimação embasada na pluralidade de formas de existência e de compreensão da realidade, no consenso da comunidade política acerca de valores compartilhados em um dado momento.

É necessário que a referência a um paradigma se aproxime, o tanto quanto lhe for possível, dos ideais de ética e justiça, que permitam visões mais libertadoras e integrativas de mundo. Democracia só é possível e legítima se todos e cada um do povo podem se desenvolver enquanto pessoas, dotando de sentido a própria realidade.

Quando se fala que é necessária uma legitimação que se aproxime, o tanto quanto lhe for possível, dos ideais de ética e justiça, buscamos dizer que a legitimação deve se assentar na democracia, em sentido forte, ou seja, no governo “do povo, pelo povo e para o povo”.

Para tanto, é fulcral uma redescoberta ou ressignificação do conceito/noção de “povo”. Nossa proposta implica transcender um conceito normativo, formal e globalizado, para adentrarmos em uma formulação que seja expressão direta das pluralidade e complexidades da vida social.

Assim, propõe-se uma redefinição da entidade fenomênica povo, em uma recontextualização hermenêutica abrangente, que transcenda simples institutos jurídico-políticos, reconhecendo que povo é um entidade de fato, é uma realidade social, e, como tal, reclama o reconhecimento de que todos os seres humanos (enquanto realidades sociais), em toda a sua diversidade, integram-na.

A pluralidade de formas de existência e de compreensão da realidade é externada através das lutas dos sujeitos silenciados e marginalizados no modelo liberal e, se quisermos falar de democracia, tais sujeitos devem ter voz e vez. Só existe democracia se houver níveis aceitáveis e efetivos de integra-

ção das pessoas à vida política. E a integração política redundando em reconhecimento e proteção das diversidades existenciais humanas (vida, costumes, valores, religião, opção sexual, gênero, etc...), assim como na capacidade de todo ser humano influir na vida política, traçando programas de atuação coletiva, discutindo-os, votando-os, modificando-os e fiscalizando-os.

A democracia legitima o Estado e o Direito. O povo é a ontologia da democracia. O povo é entidade plural. Assim sendo, pluralismo é democracia e é a medida de legitimação do Direito e justificação do Estado.

Referências

- BACHELARD, Gaston. *A Epistemologia*. Tradução Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70 Ltda., 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6ª Edição. Editora Paz e Terra: São Paulo, 1997.
- BOBBIO, Norberto; MARTELUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. 11ª Edição. Editora UNB: Brasília, 1998.
- CARVALHO, Gustavo Lourenço de. Jürgen Habermas e a Modernidade: desdobramentos preliminares para uma filosofia da história. Artigo. *Revista de Teoria da História*. Ano 1, Número 1, agosto/ 2009 Universidade Federal de Goiás ISSN: 2175-5892. Disponível em <https://revistadeteoria.historia.ufg.br/up/114/o/jurgen.pdf>.
- CHEDIAK, Karla de Almeida. O universal na filosofia de Deleuze. *O Que nos Faz Pensar*, v. 21, p. 161-172, 2007.
- DAHL, Robert A. *La democracia e sus críticos*. 1992 de todas las ediciones em castellano. Ediciones Paidós Ibérica S.A.: Buenos Aires, 1992.
- DELEUZE, G.; Guattari, F. *Mil Platôs. Capitalismo e Esquizofrenia*, 5 vols. São Paulo: Ed. 34, 1995.
- _____. *O que é a filosofia*. São Paulo: Ed. 34, 1992.
- DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos Direitos Humanos. *Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG*. Pensar os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas. V. 1, n. 1, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior).
- LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 37, n. 145, jan/mar 2000, p. 101 a 112.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Editora Juruá: Curitiba, 2012.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução Ana Prata. Lisboa: Editora Estampa, 2005.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RESTREPO, Ricardo Sanin. *Teoria Crítica Constitucional; rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá; Pontificia Universidade Javeriana. Faculdade de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibanez, 2009.
- RUBIO, David Sanches. La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. In: *Revista Eletrônica do Ministério Público do trabalho*, “Migrações e trabalho / Eralan José Peixoto do Prado, Renata Coelho, organizadores. – Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.
- RUBIO, David Sanches e DE FRUTOS, Juan Antônio. *Teoria Critca del Derecho*. Primera Edición. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência*. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2009.
- SARTORI, Giovanni. *Que és la democracia?* Traducción de Miguel Ángel Gonzáles Rodríguez. Editora del Tribunal Federal Electoral del Mexico, Instituto Federal Electoral, Ciudad del Mexico, 1993.
- STREK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. Editora Alfa-Ômega: São Paulo, 2001.

ŽIŽEK, Slavoj. *El espinoso Sujeto: El centro ausente de la ontología política*.

Traducción de Jorge Piargorsky. Verso: Londres, Nova York, 1999.

Recebido em 29 de janeiro de 2016.

Aprovado em 28 de março de 2018.

Mitos e equívocos sobre a participação do senado no controle de constitucionalidade

Myths and mistakes about the senate participation in judicial review system

Fábio Carvalho Leite*

Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

1. Introdução

A história que o Direito brasileiro conta para si mesmo a respeito da participação do Senado no controle de constitucionalidade pode ser resumida nas seguintes linhas.

A Constituição de 1934 atribuiu competência ao Senado para suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, resolvendo assim o problema experimentado na vigência da Constituição de 1891, quando o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma lei, mesmo pelo STF, ficava restrito ao processo julgado. Essa novidade, contudo, foi suprimida no texto da Constituição outorgada pouco mais de três anos depois (10/11/1937), com a dissolução do próprio Senado (e do Poder Legislativo em geral, em todas as esferas federativas – art. 178). A experiência do modelo de controle concreto-difuso (inaugurado na Primeira República) com a participação do Senado só ocorreu a partir da Constituição de 1946, que restabeleceu o sistema definido em 1934. O controle de constitucionalidade naquele período tornou-se mais dinâmico, já que o Senado a partir de então daria eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, evitando assim novas demandas judiciais sobre a mesma questão.

* Doutor em Direito Público (UERJ), Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC-Rio. Bolsista de Produtividade em pesquisa do CNPq. Coordenador da PLEB – Grupo de Pesquisa sobre Liberdade de Expressão no Brasil. E-mail: fabiojur@puc-rio.br

A Constituição de 1946 também previu uma representação interventiva a ser julgada pelo STF (art. 8º, parágrafo único), semelhante àquela criada na Constituição de 1934 (art. 12, § 2º), mas com objeto distinto: se antes a Corte Suprema deveria declarar a *constitucionalidade da lei federal* que decretava a intervenção nos Estados, a partir de 1946 o STF deveria declarar a inconstitucionalidade do ato normativo estadual para que a intervenção (nas hipóteses do art. 7º, VII) eventualmente fosse decretada. O STF, contudo, não poderia suspender a eficácia da lei estadual, nem comunicar a decisão ao Senado para fazê-lo. Nesse caso, a Constituição atribuiu ao Congresso Nacional a competência para “suspender a execução do ato arguido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado” (art. 13). O Senado passou a dividir com o Congresso a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF: o primeiro, quando se tratasse de controle concreto, e o segundo, quando se tratasse de representação interventiva. A narrativa histórica poderia se encerrar aqui, já que a inovação que se seguiu foi a criação, em 1965, da representação de inconstitucionalidade, inaugurando o controle abstrato-concentrado no país. No entanto, mesmo as decisões proferidas em sede de controle abstrato foram, por mais de uma década, encaminhadas ao Senado, já que “[d]urante algum tempo houve dúvida a respeito da competência do Senado, se abrangente também das declarações de inconstitucionalidade em tese, ou se pertinente apenas às declarações de inconstitucionalidade *in casu*”¹— dúvida que foi encerrada em 1977², quando então passou-se a “atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69 [relativo à competência do Senado]”³.

A atuação do Senado no controle de constitucionalidade, portanto, estava restrita ao controle concreto. E o Senado só poderia suspender a execução de lei declarada total ou parcialmente inconstitucional pelo STF, não podendo ir além nem ficar aquém do que o tribunal tivesse decidido. E, uma vez editada a resolução suspensiva, não poderia o Senado editar nova resolução, revogando a primeira. Também não poderia suspender

1 CLÈVÊ, 1995, p. 91.

2 CLÈVÊ, 1995, pp. 91-92; MENDES, 2004, p. 155; BARROSO, 2014, p. 156.

3 MENDES, 2004, p. 155.

interpretação ou aplicação inconstitucional de lei, ou seja, não caberia ao Senado atuar se o STF tivesse decidido apenas que determinada interpretação de lei ou que sua aplicação em alguma(s) hipótese(s) era inconstitucional (interpretação conforme ou inconstitucionalidade parcial sem redução de texto). Por fim, a competência do Senado estava restrita a casos de inconstitucionalidade, não abrangendo as situações de conflito entre Constituição e lei anterior, pois esse seria um caso de revogação e não de inconstitucionalidade.

Em linhas muito gerais, essa é a história da atuação do Senado no controle de constitucionalidade brasileiro, seus limites e contornos. Uma história que é contada pela doutrina constitucionalista, sem divergências entre autores. Todavia, há aqui um problema: esta narrativa histórica está repleta de equívocos e impropriedades. Não se trata de posições assumidas ou juízos formulados sobre a forma como o Senado exerce essa competência, nem de interpretações sobre seus limites e possibilidades. Autores podem divergir – e é esperado que diverjam – a esse respeito. Mas uma narrativa histórica que é consensualmente reproduzida e, no entanto, apresenta uma série de equívocos aponta para um problema metodológico muito grave: a ausência de uma investigação histórica para sustentá-la.

O presente trabalho é fruto do levantamento de todas as resoluções suspensivas já editadas pelo Senado até o ano de 2016. A partir desses dados e da análise de decisões do STF, contesto afirmações doutrinárias que sugerem uma narrativa histórica baseada em fatos, mas que na verdade decorrem da leitura que se faz no presente sobre normas constitucionais pretéritas. Não é o propósito aqui defender aquela competência atribuída ao Senado – um mecanismo constitucional anacrônico que merece ser criticado. Mas a própria crítica sustentável demanda um conhecimento a respeito do objeto a ser criticado, e alguns dos dados atualmente apresentados como argumentos contra a participação do Senado no controle de constitucionalidade não têm base empírica.

2. O Senado no controle de constitucionalidade: primeiras resoluções

A história da participação do Senado no sistema de controle de constitucionalidade remonta à Constituição de 1934, mas apenas no plano formal. Aquela Constituição vigorou por pouco mais de três anos e, ao menos a partir dos dados disponíveis, não foi possível localizar nenhuma reso-

lução editada pelo Senado suspendendo lei inconstitucional no período de 1934-1937 – apenas uma referência a um projeto apresentado “nos últimos dias do Senado, em 1937 (...) suspendendo a execução de um regulamento baixado pelo Governo e que [segundo Prado Kelly, na Constituinte de 1946] afetou, grandemente, os interesses da defesa nacional”⁴. Assim, considerando-se que o texto de 1937 não manteve essa atribuição criada em 1934, pode-se dizer que, na prática, a história da participação do Senado no controle de constitucionalidade deve ser contada a partir da Constituição de 1946.

No período de vigência da Constituição de 1946, o Senado de fato exerceu aquela competência, e editou, no total, 73 resoluções suspendendo a execução de atos normativos declarados inconstitucionais pelo STF em sede de controle concreto-difuso – uma quantidade adequada para um período de pouco mais de duas décadas (16/08/1946 a 24/01/1967), confirmando a ideia de que o país experimentou, enfim, um modelo dinâmico e eficiente de controle de constitucionalidade. Esse número, contudo, analisado de forma mais aproximada, revela que a realidade não foi exatamente essa.

Em primeiro lugar, a quantidade de resoluções deve ser reduzida para 70 resoluções, porque duas (RSF n^os 93/65 e 122/65) apenas retificavam resoluções anteriores (RSF n^os 32/65 e 80/65) e outras duas tinham exatamente o mesmo conteúdo (RSF n^os 13/58 e 30/64). Ainda assim, seria uma quantidade razoável para o período considerado. Ocorre que a referida RSF n^o 13, de 07/07/1958, foi a primeira resolução editada pelo Senado – e foi também a única naquele ano. Ou seja, em quase doze anos de vigência da Constituição de 1946, não foi editada nenhuma resolução. No ano seguinte (1959), foram editadas apenas duas resoluções: 23/59 e 26/59. E se a RSF n^o 13 de 07 de julho de 1958 suspendeu dispositivo de lei declarado inconstitucional naquele mesmo ano (Recurso de Mandado de Segurança n^o 4.992, julgado em 06 de janeiro de 1958), as resoluções 23 e 26, de 23 de outubro e 2 de dezembro de 1959, referiam-se a dispositivos declarados inconstitucionais em 1956 e 1957⁵, respectivamente. Já se pode notar que,

4 DUARTE, 1947, p. 140.

5 No caso julgado em 1957 (Mandado de Segurança n. 5075), o STF julgou inconstitucional o art. 1^o do Decreto n^o 39.515, de 6 de julho de 1956, um decreto que tinha apenas dois artigos, sendo que o segundo dispunha apenas que “[o] presente decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”. Ainda assim, a suspensão pelo Senado foi limitada ao que o STF declarou inconstitucional.

desse universo de 70 resoluções em pouco mais de duas décadas, 67 foram editadas em sete anos. E, mesmo nesses sete anos, a distribuição não foi equitativa, como se pode verificar no quadro abaixo:

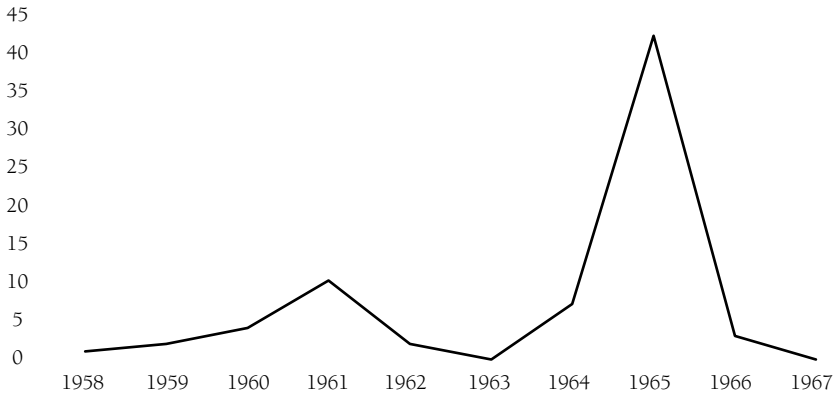


Gráfico 1 Quantidade de resoluções do Senado em sede de controle de constitucionalidade por ano (1958 - 1967)

Se considerarmos que todas as resoluções de 1964 foram aprovadas depois do golpe militar de 1º de abril, e que em 1963 nenhuma resolução foi editada, pode-se dizer que, durante o regime democrático, foram editadas 19 resoluções, todas num período de cerca de quatro anos e meio entre julho de 1958 e dezembro de 1962.

Esses números, por si sós, não permitem um juízo a respeito do *timing* do Senado no exercício daquela atribuição. Na verdade, esses números dizem muito pouco e ocultam uma realidade bem mais complexa. As três primeiras resoluções, de 1958 e 1959, por exemplo, podem até sugerir uma atuação num prazo razoável, mas também deixam a seguinte indagação: por que o Senado suspendeu em julho de 1958 um dispositivo legal declarado inconstitucional em janeiro do mesmo ano, mas só em 1959 suspendeu dispositivos que foram julgados inconstitucionais em 1956 e 1957? Essa seria, porém, uma questão menor, porque, ainda que com intervalos diferenciados, as datas estão relativamente próximas, e seria possível concluir que a dinâmica entre o STF e o Senado estaria funcionando num *timing* razoável.

Isso, contudo, pressupõe (i) que o STF não declarou inconstitucionalidade de lei em controle concreto-difuso antes de 1956 e (ii) que esses

intervalos (de poucos meses ou até três anos) se mantiveram nos anos seguintes. Assim, por exemplo, uma lei declarada inconstitucional em 1959 seria suspensa em algum momento entre 1960 e 1962; uma lei declarada inconstitucional em 1960 seria suspensa até 1963. Mas a realidade foi outra, e bem diferente. Se considerarmos as leis declaradas inconstitucionais pelo STF em controle concreto-difuso até 1953, e que foram suspensas pelo Senado, temos o seguinte resultado:

Tabela 1.

Data do julgamento	Processo	Resolução do Senado
15/09/48	RE nº 11.543	RSF nº 99/65
28/04/49	RE nº 11.534	RSF nº 06/65
17/07/49	RE nº 12.913	RSF nº 33/60
13/12/50	RE nº 16.697	RSF nº 07/65
03/01/51	RE nº 15.610	RSF nº 27/65
22/11/51	RE nº 19.285	RSF nº 14/65
11/01/52	RE nº 15.861	RSF nº 62/65
06/07/53	RE nº 17.246	RSF nº 109/65
18/12/53	RE nº 19.281	RSF nº 26/65

É sugestivo responsabilizar o Senado pelos longos intervalos entre a decisão do STF e a aprovação da resolução suspensiva. Mas esse seria um julgamento precipitado – e equivocado. Enquanto a Constituição de 1934 determinava que caberia ao Procurador-Geral da República comunicar ao Senado as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, a Constituição de 1946 silenciava a esse respeito. E como “cachorro com mais de um dono morre de fome”, a ausência de uma regra definindo o responsável pelo encaminhamento das decisões ao Senado, se não foi a única causa para o resultado, certamente contribuiu para o quadro apresentado até aqui, incluindo o fato de a primeira resolução ter sido editada somente em 1958.

Essa impressão é corroborada por uma manifestação do Senador Cunha Mello, em sessão realizada em 26 de abril de 1958, quando ressaltou que já havia solicitado ao Procurador-Geral da República que informasse “sobre as leis declaradas inconstitucionais pelo STF e a respeito das quais não ha-

via comunicação ao Senado da República” (Diário do Congresso Nacional, seção II – doravante DCN II – 28/04/58, p. 611). Segundo o Senador, “essa omissão do Supremo Tribunal está tornando quase sem efeito o artigo constitucional que dá ao Senado a faculdade de suspender lei julgada inconstitucional” (idem). A resposta do Procurador-Geral da República limitou-se a informar a quantidade de decisões proferidas. “Posteriormente” – prosseguiu o Senador – “o Senado pediu ao Presidente daquela Egrégia Corte [que] informasse quais leis foram julgadas inconstitucionais. Até hoje não chegou a esta Casa qualquer esclarecimento nesse sentido. Daí decorre que a faculdade constitucional do Senado não pôde ser exercida” (idem). Coincidentemente, naquele mesmo dia o Presidente do Senado havia recebido do Presidente do STF, Ministro Orozimbo Nonato, “ofício acompanhado de documentação volumosa em que Sua Excelência respondendo ao Ofício número 246-57 do Senado Federal, envia o texto de julgados daquela Alta Corte que declararam a inconstitucionalidade de várias leis”, informando ainda que seriam posteriormente encaminhadas outras decisões, “tão logo estejam prontas as cópias de outros processos” (idem). Aparentemente, o envio de ofícios tornou-se uma prática a partir de 1957 (incluindo o referido ofício 246-57), atendendo ao pedido do Senador Cunha Mello – como observou o próprio parlamentar em sessão realizada em junho de 1959:

Graças ao meu parecer e graças às primeiras diligências que fiz, logrei que o Supremo Tribunal Federal mudasse de orientação, dando ensejo ao Senado de cumprir o dever que lhe foi imposto pelo art. 64 da Constituição da República. Existiam então 95 julgamentos de leis inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Desses noventa e cinco julgamentos, até então o Senado não tinha conhecimento de nenhum⁶.

Talvez seja exagero afirmar que o Senado não havia recebido nenhum ofício⁷ – identifiquei ao menos um ofício (Ofício S 8) enviado em 1953, encaminhando “acórdão daquele Tribunal sobre declaração a inconstitucionalidade do dispositivo do Decreto-lei nº 5.844, de 23 de setembro de

6 CONGRESSO NACIONAL, 1959, p. 999.

7 É importante ressaltar que, em 1947, o Presidente do STF havia encaminhado ao Senado o ofício S-34, informando a respeito da declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição de São Paulo, mas em sede de representação interventiva (Representação n. 96). SENADO FEDERAL, 1948, p. 230.

1943”⁸ – mas, de modo geral, parece correta a afirmação feita pelo parlamentar. Além da falta de iniciativa por parte do STF na primeira década (e cabe registrar que o ofício que resultou na RSF nº 26/59 foi enviado pelo Presidente da Corte “a requerimento de parte interessada”), outro problema foram os eventuais equívocos nas informações prestadas, o que demandava esclarecimentos em nova troca de ofícios pelos órgãos⁹.

O Senado também teve que lidar com situações inusitadas como a análise de memorial enviado diretamente pelo Prefeito de Marília (SP), solicitando que fosse suspensa uma lei estadual que teria sido declarada inconstitucional pelo STF – memorial que foi posteriormente arquivado pelo Senado, diante de resposta do Presidente do STF, informando que o tribunal, na verdade, “declarou não ser inconstitucional a citada lei”¹⁰.

E a cautela na análise dos intervalos deve ser redobrada. Por exemplo: numa primeira leitura, seria possível imaginar que a RSF nº 14, aprovada em 1974, havia suspenso dispositivos de lei declarados inconstitucionais pelo STF em 1961. Esses dispositivos, contudo, já haviam sido suspensos em 1965, pela RSF nº 11/65. A RSF nº 14/74 apenas alterou a redação do art. 1º da RSF nº 11/65, tornando-a mais clara em relação ao que efetivamente havia sido decidido pelo STF¹¹.

Embora não acredite que tenha exercido influência sobre os trabalhos do Senado, há um fato aqui a ser ressaltado: a partir de 1963, o STF passou a editar súmulas (que não tinham efeito vinculante), cujos enunciados por

8 SENADO FEDERAL, 1954, p. 536. Não há informação sobre o dispositivo específico nem sobre o processo, mas a partir de pesquisa junto ao site do STF, trata-se do Recurso Extraordinário n. 19.448, julgado em 24/11/1952, onde foi declarada a inconstitucionalidade do art. 24, parágrafo único do decreto-lei em questão.

9 No ofício 179-p, enviado em 06/05/1958, o Presidente do STF havia encaminhado quatro acórdãos, informado quais eram os processos, as datas dos julgamentos e os “respectivos” dispositivos legais que haviam sido declarados inconstitucionais. Notei, contudo, que não havia correspondência entre os acórdãos e os dispositivos inconstitucionais – estavam fora de ordem.

10 SENADO FEDERAL, 1959, p. 733.

11 O artigo 1º da RFS nº 11/65 tinha a seguinte redação: “É suspensa, por inconstitucionalidade, nos termos da decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sessão de 9 de agosto de 1961, no Mandado de Segurança nº 8.696, do Estado do Paraná, a execução das Leis nºs 4.073, de 1959, na parte que determina a cobrança do Imposto de Selo de 3% ad valorem, e 643, de 19 de junho de 1947, regulada pela portaria nº 758, de 17 de agosto de 1954, do mesmo Estado”. Já o artigo único da RSF nº 14/74 estabelecia que o art. 1º da RSF nº 11/65 passaria a vigorar com a seguinte redação: “É suspensa, por inconstitucionalidade, nos termos da decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 9 de agosto de 1961, no Mandado de Segurança nº 8.696, do Estado do Paraná, a execução dos arts. 5º, 6º, 7º e 8º e a do nº 5 da Tabela “A” do Decreto-Lei número 643, de 19 de junho de 1947, com a redação que lhe deram os arts. 4º e 5º da Lei nº 4.073, de 31 de agosto de 1959, daquele Estado”.

vezes se referiam à inconstitucionalidade de algum ato normativo específico (Súmulas 107, 124, 126 135, 138 e 144 – no período entre 1963 e 1964) ou de leis em geral que tivessem determinado conteúdo (Súmulas 67 e 82 – no período entre 1963 e 1964).

De todo modo, o que se observa é que, embora, em termos comparativos, o sistema de controle de constitucionalidade tivesse de fato melhorado com a participação do Senado, não se deve idealizar esse avanço. E não apenas em razão dos problemas apontados. Esses se referem à atuação do Senado no controle concreto-difuso, a partir da qual foram editadas 73 resoluções até a entrada em vigor da Constituição de 1967. Mas se considerarmos a atuação do Senado no controle de constitucionalidade em geral, a quantidade de resoluções suspensivas aumenta para 149 no mesmo período. Contrariando a narrativa histórica feita pela doutrina, foi o Senado, e não o Congresso Nacional, que suspendeu os atos estaduais declarados inconstitucionais em sede de representação interventiva – o que gerou consequências para o controle abstrato-concentrado inaugurado em 1965.

3. O Senado na representação interventiva e seu legado para a representação genérica

A leitura do disposto nos artigos 8º e 13 da Constituição de 1946 sugere que, após a declaração de inconstitucionalidade de leis ou dispositivos de leis estaduais infringentes dos princípios constitucionais sensíveis, o próximo passo seria a aprovação do decreto legislativo suspendendo a sua execução. Mas esta leitura não considera uma hipótese que se fez presente, se não em todos, certamente na maioria dos casos: e se os próprios órgãos estaduais suspendessem ou revogassem os atos normativos, em cumprimento ou respeito à decisão do STF? A aprovação de um decreto legislativo nesse caso não teria propósito.

Themístocles Cavalcanti observou em seus Comentários à Constituição (1948: 231) que “[q]uando (...) tiver a decisão proferida pelo Supremo Tribunal pronto cumprimento, a manifestação do Congresso será, segundo nos parece, desnecessária porque viria provocar o exame político de uma questão que teve o seu desfecho completo através do judiciário”. Foi o que ocorreu, por exemplo, na Representação nº 94, relativa à arguição de inconstitucionalidade de dispositivos de caráter parlamentarista da Cons-

tuição do Rio Grande do Sul de 1947, quando não houve sequer tempo para apresentação de projeto de decreto legislativo no Congresso Nacional. Esta parece ter sido a prática em relação às representações interventivas: o Presidente do STF (ou o Procurador-Geral da República) encaminhava ofício às autoridades estaduais responsáveis pelo ato inconstitucional, que tomariam as medidas necessárias, dispensando a atuação do Congresso Nacional, que, de fato, não editou nenhum decreto legislativo suspensivo, com base no art. 13 da Constituição¹².

Mas se as providências pelos órgãos estaduais, em respeito à decisão do STF, dispensavam a aprovação de um decreto legislativo, por que o Senado editou resoluções suspendendo os atos normativos? Nesses casos, a questão relativa aos intervalos entre a decisão do STF, o encaminhamento da decisão ao Senado e a edição de resolução suspensiva torna-se ainda mais curiosa, já que a suspensão do ato normativo seria voltada ao “restabelecimento da normalidade no Estado” (art. 13, da Constituição de 1946). Se era este o propósito, qual seria o sentido de suspender em 1961 (RSF nº 01/61) um ato normativo declarado inconstitucional em 1948 (Rp nº 102, julgada em 24/11/48)? Ou suspender em 1964 (RSF nº 29/64) um ato normativo declarado inconstitucional em 1947 (Rp nº 97, julgada em 12/11/47)? E, novamente, atribuir a responsabilidade ao Senado seria precipitado: a RSF nº 1/61, por exemplo, decorreu de ofício encaminhado pelo Presidente do STF em 13 de maio de 1958, para que fosse suspenso um ato normativo declarado inconstitucional em 1948, ou seja, quase uma década antes.

O desconhecimento por parte da doutrina constitucionalista a respeito da atuação do Senado nos casos de representação interventiva chega a ser chocante, se considerarmos a quantidade de resoluções que foram aprovadas na vigência da Constituição de 1946: das 148 resoluções aprovadas, um pouco mais da metade (76) suspenderam leis declaradas inconstitucionais em representação, enquanto 72 suspenderam leis declaradas inconstitucionais em controle concreto (50 em recursos extraordinários; 19 em

12 Isso ficou mais claro ainda na lei nº 4.337, de 1964, que regulava a representação interventiva: “Art. 7º Se a decisão final for pela inconstitucionalidade, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente a comunicará aos órgãos estaduais interessados e, publicado que seja o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Congresso Nacional para os fins dos artigos 8º, parágrafo único, e 13 da Constituição Federal. Art. 8º Caso não sejam suficientes as providências determinadas no artigo anterior e, sem prejuízo da iniciativa que possa competir ao Poder Legislativo, o Procurador-Geral da República representará ao Congresso Nacional para que seja decretada a intervenção federal nos termos do art. 8º, parágrafo único da Constituição Federal”.

mandados de segurança e recursos em mandado de segurança; 3 em outros processos), como se nota no quadro abaixo:

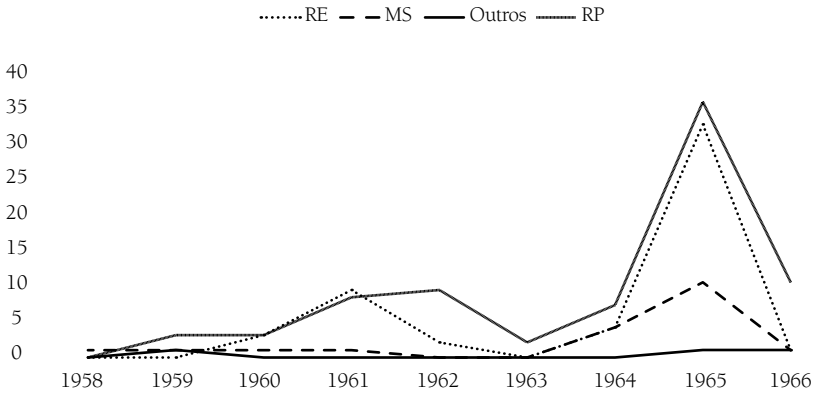


Gráfico 2 Resoluções do Senado em controle de constitucionalidade por classe processual (1958 - 1966). No caso, RP significa representação (interventiva e genérica de inconstitucionalidade), RE significa Recurso Extraordinário, MS significa mandado de segurança (e Recurso em mandado de segurança), e Outros significa qualquer outra espécie de processo.

Esse entendimento do STF, de que deveria encaminhar também as decisões proferidas em representação – e que contrariava não apenas a leitura mais óbvia do texto constitucional, mas também o entendimento da doutrina da época¹³ – foi alterado radicalmente sob a égide da Constituição seguinte, e sem que a Corte explicasse seus motivos para tal mudança. A manifestação do tribunal ocorreu no seguinte contexto: no dia 3 de maio de 1967, o STF havia julgado procedente a Representação nº 658, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 959, de 8 de abril de 1964, do Estado de Santa Catarina, que havia criado o Município de Agrônômica. O Senado então editou a RSF nº 83/67, a partir do ofício nº 17/67-P/ MC enviado em 21 de agosto de 1967 pelo Presidente do STF, Min. Luiz Gallotti, suspendendo a execução da referida lei. No entanto, no dia 22 de novembro daquele mesmo ano, o Presidente do STF enviou novo ofício (Of. nº G-273/67) ao Senado afirmando que teria ocorrido um equívoco

13 CAVALCANTI, 1948, p. 230.

de sua parte por ter encaminhado o ofício anterior. E o equívoco decorreria justamente do fato de que, em caso de declaração de inconstitucionalidade em sede de representação interventiva, a competência para suspender a execução do ato não seria do Senado – o que fez o Senado editar nova resolução (RSF nº 48/68) tornando sem efeito a RSF nº 83/67. O Ministro Gallotti, após descrever a diferença entre inconstitucionalidade em controle concreto e em sede de representação interventiva, concluiu:

Parece-me resultar claro, assim, que, no primeiro caso (inconstitucionalidade declarada em ações, mandado de segurança etc.), a competência cabe ao Senado; mas, em se tratando de inconstitucionalidade declarada em representação, fundada no art. 8, parágrafo único, da Constituição de 1946, ou no art. 11, par. 1, letra c, da atual, a competência só poderá caber ao Presidente da República e ao Congresso Nacional.

Houve equívoco, por conseguinte, da Presidência do Supremo Tribunal Federal, no envio, ao Senado, do Ofício nº 17/P/MC, de 21 de agosto de 1967¹⁴.

O que há de curioso neste episódio não é o “equívoco” cometido e reconhecido pelo Presidente do STF em 1967, mas o absoluto silêncio sobre o que seriam *quase uma centena de equívocos* cometidos pela Corte até aquele momento, o que dificulta a compreensão do sentido de uma prática adotada desde a década de 50, e consolidada ao longo dos anos – e também do porquê da mudança. De todo modo, a partir dos fatos e dados levantados e expostos, é possível especular um pouco a respeito deste quadro (indiscutivelmente confuso e ignorado pela doutrina), com o propósito de buscar uma explicação, não uma justificativa.

A atuação do Senado, que ocorreu “de fato”, mas sem embasamento jurídico, não parecia *substituir* a atuação do Congresso Nacional, o que seria um erro demasiadamente grosseiro para ser sustentado. A aprovação de decreto legislativo pelo Congresso Nacional, para os fins do artigo 13

14 Antes desse último ofício, o Presidente do STF também havia comunicado ao Senado (Ofício nº 21/67 - P/MC) a respeito da declaração de inconstitucionalidade da lei nº 2.942, de 2 de outubro de 1963 do Estado do Rio Grande do Norte, que criou o Município de Serrinha, desmembrado do Município de Santo Antônio, nos termos do acórdão proferido na representação nº 642, julgada em 30 de agosto de 1967. O Senado não suspendeu a execução da lei naquele ano, talvez em razão do ofício de 22 de novembro (Of. nº G-273/67), mas o fez três anos depois, por meio da RSF nº 53/70. Alertado mais uma vez pelo Presidente do STF (Ofício nº 30/70 - P/MC) sobre o equívoco no envio de acórdãos relativos a representações interventivas, o Senado editou a RSF nº 91/70, tornando sem efeito a resolução anterior.

da Constituição, embora pudesse parecer uma medida necessária a partir de uma leitura do texto constitucional, o que foi e ainda é endossado pela doutrina constitucionalista, revelou-se, na prática, uma medida dispensável, em razão do cumprimento da decisão do STF pelas autoridades estaduais. Em alguns casos, envolvendo criação de municípios, quando o cumprimento da decisão do STF esbarrava em alguma dificuldade de ordem prática, a questão foi resolvida no âmbito da representação, dispensando mais uma vez a atuação do Congresso Nacional.

Desse modo, se ainda assim o Senado editava resoluções suspendendo a execução de leis declaradas inconstitucionais em sede de representação interventiva, isso parece sugerir que ele, na prática, assumia ou pretendia assumir outro papel, que não aquele destinado ao Congresso. Uma hipótese que se pode levantar é a de que a resolução do Senado poderia ser compreendida como uma medida necessária para formalizar a situação do ato normativo declarado inconstitucional. Consideremos, por exemplo, as decisões do STF na Representação nº 94, relativa a dispositivos da Constituição do Rio Grande do Sul, e na Representação nº 96, relativa a dispositivos da Constituição de São Paulo. Ambas foram julgadas em 1947 e tiveram o mesmo resultado: a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. Em ambos os casos a decisão do STF foi cumprida pela Assembleia Legislativa, mas aparentemente só no Rio Grande do Sul os dispositivos declarados inconstitucionais foram formalmente revogados (por emenda constitucional). O Senado recebeu ofício da Presidência do STF em relação aos dois julgados e elaborou projeto de resolução para ambos os casos. Mas só aprovou o projeto relativo aos dispositivos de São Paulo (RSF nº 18/66). O projeto de resolução nº 39, de 1961, relativo aos dispositivos (revogados) da Constituição do Rio Grande do Sul, foi rejeitado no dia 2 de junho de 1964, e encaminhado para arquivo no dia 17 do mesmo mês. Reforça ainda a hipótese aqui levantada a manifestação do Senador paulista Lino de Mattos, em abril de 1958, cobrando que o Senado aprovasse uma resolução suspendendo os dispositivos julgados inconstitucionais na Representação nº 96: “Não obstante a declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos, conservam-se eles no texto da Constituição de São Paulo, porque, da parte do Senado, com lhe incumbe, *ex vi* do artigo 64, da Constituição Federal, não saiu o ato suspensivo da execução das mesmas disposições” (DCN II – 28/04/58, p. 611). A manifestação foi apoiada pelo Senador Cunha Mello, e não recebeu

nenhuma objeção pelos demais parlamentares presentes.

Quanto ao porquê da mudança de entendimento do STF, os dados levantados são insuficientes para se formular uma hipótese consistente. É válido lembrar que, de acordo com o texto constitucional seguinte (1967), a suspensão do ato estadual em caso de procedência de representação interventiva passou a ser de competência do Presidente da República, por meio de decreto (uma medida mais simples do que o processo para aprovação de decreto legislativo, envolvendo as duas Casas do Congresso Nacional), e que a representação interventiva teve a importância relativa e gradativamente reduzida a partir do advento da representação genérica de inconstitucionalidade (EC nº 16/1965). Mas seria meramente especulativa qualquer associação entre esses fatos e a mudança de entendimento do STF.

O que há talvez de mais relevante em todo este histórico é a constatação de que havia uma *práxis* consolidada de encaminhamento, pelo STF, de decisões em representação interventiva a fim de que fossem editadas resoluções suspendendo a execução do ato normativo estadual declarado inconstitucional. E que esse procedimento foi mantido quando foi criada a representação genérica de inconstitucionalidade em 1965, cabendo aqui recordar que essa nomenclatura “representação interventiva” e “representação (genérica) de inconstitucionalidade” foi criada em momento posterior, em sede doutrinária, pois na prática ambas as ações eram denominadas simplesmente representação e tinham a mesma sigla (RP) na jurisprudência do STF, diferenciando-se basicamente quanto ao objeto e ao parâmetro. Durante o período de 1967 (ano em que o STF decidiu que não deveria encaminhar decisões proferidas em sede de representação interventiva) até 1977 (quando decidiu o mesmo em relação à representação genérica), o Senado aprovou nada menos que 173 resoluções, das quais 97 eram relativas a representações e 76 relativas a controle concreto de constitucionalidade:

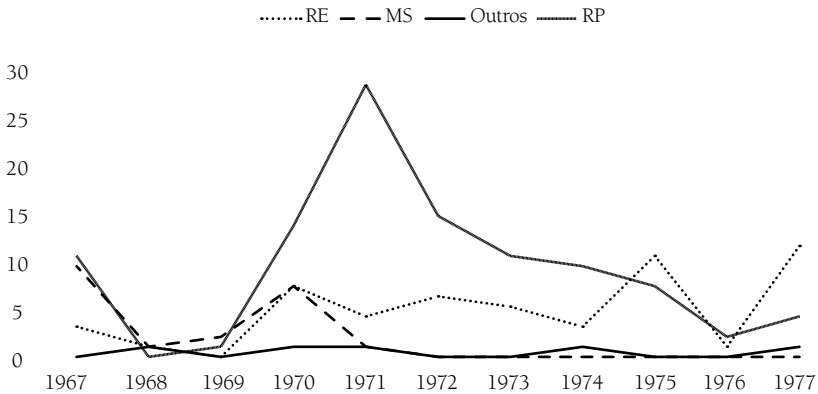


Gráfico 3 Resoluções do Senado em controle de constitucionalidade por classe processual (1967-1977)

Deve ser revista a ideia até hoje difundida de que o STF e o Senado simplesmente aplicaram à representação de inconstitucionalidade (criada em 1965) um procedimento adotado em sede de controle concreto-difuso. O mais correto seria reconhecer que, sob a égide da Constituição de 1946, o Senado suspendia a execução das leis declaradas inconstitucionais tanto em sede de controle concreto-difuso como em sede de “representação”, sendo indiferente o fato de ser esta interventiva ou de inconstitucionalidade. A atuação do Senado na representação genérica de inconstitucionalidade não era, portanto, uma questão autônoma, surgida a partir da sua criação em 1965. Mas passou a ser quando o STF, já sob a égide da Constituição de 1967, alterou seu entendimento quanto ao órgão competente para suspender as leis estaduais declaradas inconstitucionais em representação interventiva.

4. A atuação do Senado em números: de 1980 a 2016

A crítica que se pode fazer hoje (ou a partir da promulgação da Constituição de 1988) à participação do Senado no controle de constitucionalidade, suspendendo a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo STF, prescinde de dados, números e estudos empíricos. Essa previsão constitucional tinha algum sentido nos contextos de 1934 (embora não tenha sido

exercida) e de 1946, ao menos por um tempo. Não realizei uma investigação exaustiva das decisões encaminhadas pelo STF ao Senado, mas, a partir da leitura dos anais do Senado e de projetos de resolução apresentados junto à Comissão de Constituição de Justiça (CCJ), na vigência da Constituição de 1946 e nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1967, parece que a atuação do Senado foi mais burocrática do que política, deixando de aprovar resoluções apenas quando as leis inconstitucionais já tinham sido revogadas. Mesmo no caso da RSF nº 23/59, onde houve algum debate e votos vencidos na CCJ, os argumentos pareciam mais de ordem técnica do que política.

O problema ocorre quando a crítica à participação do Senado ultrapassa os argumentos teóricos (que seriam até suficientes) para incluir impressões pessoais, desprovidas de informações concretas sobre o que foi e ainda tem sido na prática a atuação do Senado. Foi o que ocorreu, por exemplo, na Reclamação 4.335, onde se discutiu a tese proposta por Gilmar Mendes de que as declarações de inconstitucionalidade em controle concreto-difuso pelo STF passariam a ter eficácia *erga omnes*, independentemente da atuação do Senado (ao qual caberia, segundo a tese – ao final rejeitada – uma estranha função de dar publicidade às decisões do tribunal). O Ministro Joaquim Barbosa havia contestado a ideia de um desuso ou uma obsolescência do art. 52, X, a partir de “um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006, Resoluções do SF de nº 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução nº 2)”¹⁵. Esses dados foram reiterados pelo Ministro Lewandowski em seu voto, que informou ainda que, “entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou, para deliberação dos Senadores, nada menos que 53 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso”. Mas essa realidade foi contestada pelo Ministro Gilmar Mendes em debate travado posteriormente com aqueles ministros:

¹⁵ Na verdade, foram oito resoluções aprovadas em 2006, devendo ser acrescentada a RSF nº 71/06 à lista citada pelo Ministro.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) – Vão tornar a letra morta um dispositivo da Constituição que vem sendo aplicado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Que não vem sendo aplicado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Vem sendo aplicado. Nós trouxemos dados.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Porque, literalmente, se nós formos fazer levantamento, não vem sendo aplicado.

O mais curioso é que, de certo modo, ambos os lados estão corretos (ao menos parcialmente), o que só confirma a importância de uma compreensão mais apurada dos dados quando se pretende invocar argumentos empíricos para esse debate. Entre 1988 e 2006, o Senado aprovou 70 resoluções suspendendo leis declaradas inconstitucionais pelo STF – mas como 2 eram relativas a ações diretas de inconstitucionalidade (o que já deveria ter sido abandonado desde 1977), podemos reduzir o número para 68. Ainda que se inclua a RSF nº 2, de 2007, citada pelo Ministro Joaquim Barbosa, o total (69) não está perto de 100, embora demonstre que o Senado de fato exerceu sua competência. Mas que avaliação se pode fazer a partir desse número? O que representam 69 resoluções num período tão longo? Uma análise, ainda que superficial, dos dados relativos à atuação do Senado desde 1980 até 2006 já revela que os números trazidos pelo Ministro Barbosa não sustentam o cenário que ele pretendia traçar – e se acrescentarmos ainda os números de 2007 até 2016, veremos que a previsão de uma atuação dinâmica a partir da informação trazida pelo Ministro Lewandowski a respeito dos 53 ofícios encaminhados ao Senado não se confirmou.

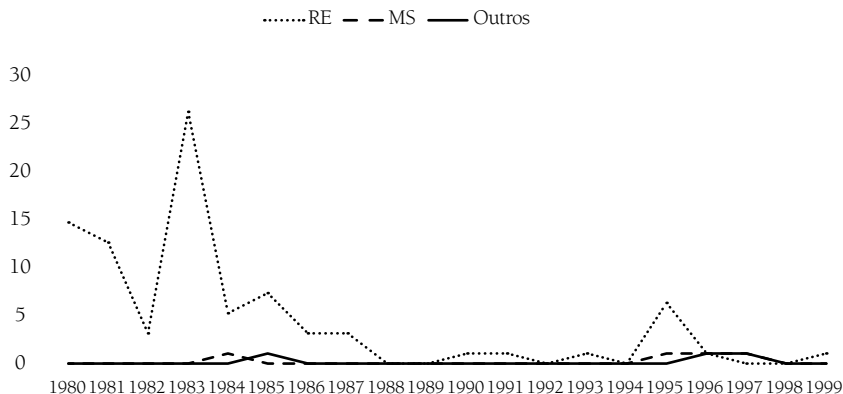


Gráfico 3 Resoluções do Senado em controle concreto de constitucionalidade por classe processual (1980-1999)¹⁶

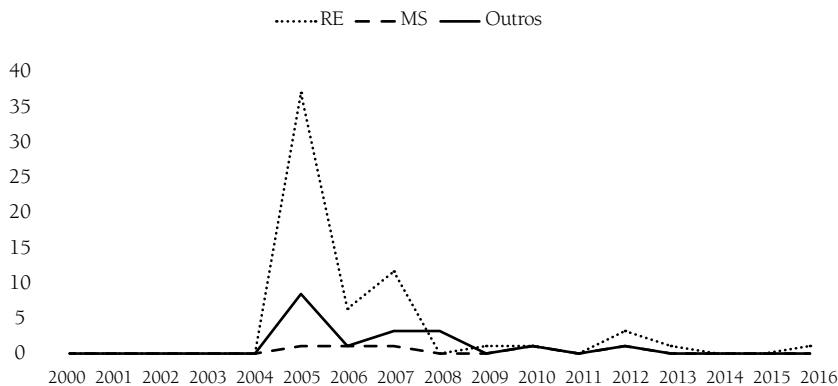


Gráfico 4 Resoluções do Senado em controle concreto de constitucionalidade por classe processual (2000-2016)

16 Não incluí nos gráficos as resoluções relativas a decisões proferidas em sede de controle abstrato (representação de inconstitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade), já que o STF havia decidido em 1977 que tais decisões tinham eficácia *erga omnes*, sendo descabida a participação do Senado. Ainda assim, no período de 1980-1993, por razões que não consegui identificar, foram aprovadas 4 resoluções suspendendo leis declaradas inconstitucionais em controle abstrato: RSF nº 131/80, RSF nº 86/86, RSF nº 77/89, 1993 (RSF nº 31/93).

Como se pode notar, no período de 1980-1989, foram aprovadas 74 resoluções relativas às leis declaradas inconstitucionais em controle concreto pelo STF (sendo que nenhuma foi aprovada em 1988 – ano da promulgação da Constituição – nem em 1989). No período de 1990-1999, foram aprovadas somente 16 resoluções (gráfico 3). E se é correto que no período de 2004-2009 foram aprovadas 71 resoluções, não se pode ignorar, por outro lado, que durante 5 anos (2000-2004) absolutamente nenhuma resolução foi aprovada. Se considerarmos, por fim, as resoluções aprovadas entre 2007 e 2016, veremos que totalizam 29, o que significa que em uma década o Senado ainda não suspendeu as leis a que se referiu o Ministro Lewandowski, quando citou os 53 ofícios enviados à CCJ (gráfico 4).

É compreensível que o Ministro Gilmar Mendes não tenha alterado sua visão crítica quanto à atuação do Senado quando confrontado com o “dado empírico altamente revelador” mencionado pelo Ministro Barbosa, embora não tivesse dados para sustentar sua impressão a respeito da atuação do Senado. Mas a estranha tese de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição de 1988 – tese rejeitada pela Corte – não se apoiava tanto numa suposta omissão do Senado. Outros argumentos foram mais importantes para o Ministro Gilmar, dentre os quais a impossibilidade de o Senado exercer sua competência quando se tratasse de lei anterior à Constituição (caso de revogação ou não-recepção) e de interpretação conforme ou inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Uma análise histórica da atuação do Senado, contudo, revela que o Ministro estava equivocado em relação a ambas as afirmações.

5. Resolução suspensiva em caso de não-recepção (revogação)

No que tange às antinomias normativas, não há qualquer discussão a respeito dos conceitos básicos de inconstitucionalidade e revogação. Sabe-se que uma lei aprovada em desacordo com a Constituição, seja por vício de forma, seja por ofensa ao seu conteúdo, é uma lei inconstitucional. Esta é a ideia básica e incontroversa de inconstitucionalidade de leis. Por seu turno, uma lei que em seu conteúdo é contrária a outra lei de mesma hierarquia e que lhe é posterior é uma lei revogada, ainda que o ato normativo mais recente assim não disponha de forma expressa. Esta é a ideia básica e incontroversa de revogação (tácita, no caso). O problema surge quando o conflito se dá entre lei e Constituição (ou emenda constitucional) que lhe

é posterior – uma situação que, a rigor, não se enquadra em nenhum dos conceitos acima apontados. Trata-se de um conflito normativo do qual nenhum Estado constitucional está efetiva ou potencialmente isento. E neste amplo universo em que tal conflito se verifica, não há consenso a respeito do seu enquadramento como hipótese de revogação ou de inconstitucionalidade (doravante denominadas “tese da revogação” e “tese da inconstitucionalidade”), havendo posições institucionais e doutrinárias divergentes que animam um debate histórico sobre o tema¹⁷.

No Brasil, o STF, de longa data, firmou jurisprudência relativamente pacífica (eis que nem sempre unânime), com apoio na doutrina majoritária (mas, de novo, nunca unânime), de que o conflito neste caso implicaria revogação e não inconstitucionalidade da lei. Após a promulgação da Constituição de 1988, a questão foi enfrentada pelo STF no julgamento da ADI 2, onde o relator, Min. Paulo Brossard, dedicou páginas para reiterar o entendimento histórico firmado no Brasil – e que foi mantido naquele julgamento, mas por maioria (vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Marco Aurélio). O STF não conheceu da ação e, considerando-se os argumentos teóricos sustentados pelo relator como razão de decidir, o entendimento ali firmado deveria afastar do controle de constitucionalidade todos conflitos entre constituição e direito pré-constitucional: ADI, suspensão de execução da lei pelo Senado (art. 52, X, CRFB), cláusula de reserva de plenário ou de órgão especial (art. 97, CRFB), etc. Mas não é o que ocorre, ao menos não exatamente, o que só reforça a suspeita de que o julgamento foi mais pragmático do que teórico, objetivando reduzir a demanda de ADIs junto ao STF¹⁸. As considerações teóricas que afastaram aquele conflito normativo do conceito de inconstitucionalidade nunca impediram, por exemplo, que o STF admitisse recurso extraordinário nesses casos, com fundamento no art. 102, III, alínea b, que trata especificamente de “inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Tampouco impediram que o STF conhecesse de ADPF contra lei anterior à Constituição – ainda que o legislador à época não pudesse prever que estaria violando preceito fundamental de uma Constituição futura (para usar um dos argumentos do Min. Brossard na ADI 2).

17 BARROSO, 1996, pp. 64-79; LEITE, 2014.

18 LEITE, 2014.

Entender que o caso é de revogação não impediria, como de fato não tem impedido, que esses conflitos normativos sejam resolvidos dentro do sistema de controle de constitucionalidade, privilegiando a segurança jurídica.

E, como pretendo demonstrar, contrariando o que afirma a doutrina, o Senado já suspendeu atos normativos não recepcionados por Constituição posterior. E o fez a partir de ofícios enviados pelo próprio STF, com cópia da decisão. Isso não significa que o tribunal não distinguisse, em sede teórica, as situações de inconstitucionalidade de lei e não recepção de lei por Constituição posterior (revogação). Mas a questão realmente relevante era saber se e em que medida isso seria um impeditivo para que fossem aplicados aos casos de não-recepção as regras válidas para os casos de inconstitucionalidade, que seriam basicamente a observância da regra de reserva de plenário (art. 200, da CF 1946) e da competência do Senado para suspensão da lei reconhecida pelo STF como incompatível com a Constituição (art. 64, CF 1946).

Esse conflito entre Constituição e direito pré-constitucional foi identificado em sete resoluções: RSFs nº 16/1964, 23, 25, 48, 58 e 101/1965 e 24/1966, das quais duas suspendiam leis aprovadas na vigência da Constituição de 1934 (RSF nºs 48 e 58/1965), e as demais, aprovadas na vigência do Estado Novo – mas em todos os casos o conflito foi arguido em face da Constituição de 1946. Poderia talvez incluir ainda a RSF nº 19/74, que suspendeu a expressão “e o juiz”, constante do §1º do art. 789 da Consolidação das Leis do Trabalho – C.L.T. (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), declarada inconstitucional pelo STF no julgamento do RE 75. 390, julgado em 24 de outubro de 1973. O STF julgou o dispositivo legal incompatível com o art. 114, II da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, o que teoricamente seria um caso de revogação e não de inconstitucionalidade. Por outro lado, o referido dispositivo foi alterado pelo art. 26 do decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967 (um mês após a entrada em vigor da Constituição do regime civil-militar), mas somente na primeira parte, sem afetar o trecho declarado inconstitucional, que se localiza na segunda parte do §1º do art. 789¹⁹, e que se manteve inalterado desde a entrada em vigor da CLT, em 1943:

19 A redação original do dispositivo era a seguinte: “Art. 789 – (...) § 1º Nas Juntas, nos Conselhos Regionais e no Conselho Nacional do Trabalho o pagamento das custas far-se-á em selo federal aposto aos autos. Nos Juízos de Direito, a importância das custas será dividida proporcionalmente entre o juiz e os funcionários que tiverem funcionado no feito, excetuados os distribuidores, cujas custas serão pagas no ato, de acordo com o regimento local”.

Art. 789 – (...)

§ 1º Nas Juntas, nos Tribunais Regionais e no Tribunal Superior do Trabalho, o pagamento das custas será feito na forma das instruções expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. Nos Juízos de Direito, a importância das custas será dividida proporcionalmente entre o juiz e os funcionários que tiverem funcionando no feito, excetuados os distribuidores, cujas custas serão pagas no ato de acordo com o regimento local.

De todo modo, deixo de lado a RSF n.º 19/74, limitando o conjunto de resoluções que suspenderam leis revogadas por Constituição posterior às sete apontadas acima, concentradas no período entre 1960-1966. Talvez não seja possível extrair conclusões seguras a partir da análise dos processos que deram ensejo às resoluções, embora seja válido refletir e especular um pouco a esse respeito – o que será feito após a breve apresentação dos casos.

O Recurso Extraordinário n.º 24.276 (julgado em 11 de março de 1954) originou-se de uma ação movida por um cidadão de nacionalidade portuguesa que havia adquirido, na Bolsa de Valores, ações da Sul América, Companhia Nacional de Seguros de Vida, mas teve indeferido o pedido de transferência para o seu nome no livro da sociedade, porque, na condição de estrangeiro, não poderia possuir ações de sociedade de seguros, nos termos do que dispunha o art. 9º do decreto-lei n.º 2063, de 1940. A Constituição de 1937 só permitia o funcionamento de bancos de depósitos e empresas de seguros “quando brasileiros os seus acionistas” (art. 145) – discriminação que não foi mantida na Constituição de 1946, que estabelecia apenas que “[a] lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos” (art. 149), o que, segundo o tribunal, demonstrava o abandono da ideologia nacionalista em alguns setores da economia adotada no Estado Novo. A questão foi encaminhada ao Tribunal Pleno, ainda que os ministros reconhecessem que se tratava de “incompatibilidade de uma lei com posterior Constituição”, e a corte acolheu a “arguição de inconstitucionalidade, devendo os autos voltarem à turma para julgamento final, unanimemente”. Em 1965, o Senado editou a RSF n.º 23 suspendendo a execução do dispositivo “por inconstitucionalidade”.

No Recurso em Mandado de Segurança n.º 11.189 (julgado em 03 de abril de 1963), o STF enfrentou um tema que guardava alguma semelhança

com o caso anterior. O caso originou-se a partir de um mandado de segurança impetrado por uma empresa de mineração, organizada sob as leis do país, mas com maioria de sócios italianos, o que não era permitido pelo art. 6º do Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940, editado segundo a ideologia do Estado Novo. O tribunal deu provimento ao recurso, mas agora por maioria (vencidos os ministros Ary Franco e Villas Boas, e contrariando também o parecer do Procurador-Geral da República), entendendo que o dispositivo legal estaria em desacordo com o art. 153, §1º da Constituição de 1946. Os ministros não usaram o termo “inconstitucionalidade” em momento algum, mas encaminharam a decisão ao Senado, que editou no ano seguinte a RSF nº 16/1964.

No Recurso Extraordinário nº 53.611, onde foi arguida a incompatibilidade do art. 20 do Decreto-Lei nº 544, de 28 de julho de 1945, do Estado da Bahia, com dispositivo da Constituição de 1946, o relator, Min. Villas Boas, propôs o julgamento pelo Tribunal Pleno, sustentando que “como se argui ofensa à Constituição Federal, e é apenas disso que se trata, penso que o julgamento deve ser do Tribunal Pleno”. E, em seu voto, manifestou-se pela **inconstitucionalidade** do dispositivo legal, que “está em contradição, portanto, com o art. 5º, n. XV, letra “a”, da Constituição Federal” – que assegurava à União a competência para legislar sobre direito civil. O Senado, então, editou a RSF nº 25/1965 suspendendo a execução do dispositivo por inconstitucionalidade.

A situação é curiosa porque, ao menos numa primeira leitura, contraria a ideia tão difundida de que a incompatibilidade entre lei e Constituição posterior só pode ser de ordem material, e nunca formal – uma ideia que não está, a rigor, equivocada, mas que em geral não enfrenta o problema das alterações em distribuição de competências que podem ocorrer a partir do advento de uma nova Constituição. E foi o que aconteceu também no Recurso Extraordinário nº 25.533, onde se questionava a aplicação, pelo Tribunal de Pernambuco, da lei estadual nº 1.062, de 5 de março de 1951, em detrimento da lei federal nº 492, de 30 de agosto de 1937 – aprovada ainda sob a égide da Constituição de 1934 – e dos Decretos-leis nºs. 221 e 2.612, de 27 de janeiro de 1938 e 20 de setembro de 1940. A decisão, segundo a recorrente, teria contrariado a Constituição Federal, que assegura à União o poder de legislar sobre direito civil, processual e registros públicos (artigo 5º, n. XV, “a” e “e”). O STF manteve a decisão do tribunal de justiça. E, embora a questão envolvesse dispositivos de três leis federais,

o Senado suspendeu, “por inconstitucionalidade”, a execução apenas do art. 34 da lei nº 492, de 30 de agosto de 1937, por meio da RSF nº 48/65, editada quase 8 anos após a decisão do STF.

No Recurso Extraordinário nº 18.606, o STF declarou a inconstitucionalidade do Ato n.º 998, de 09 de janeiro de 1936, do município de São Paulo, entendendo, por maioria, que a taxa criada pelo ato normativo nada mais era do que um adicional de imposto, sendo indevida a sua cobrança e assegurando o direito à restituição do indébito em favor do contribuinte (recorrido). O ato havia sido aprovado na vigência da Constituição de 1934, mas a inconstitucionalidade foi arguida e decidida em face da Constituição de 1946, e todos os ministros usaram os termos **constitucionalidade** e **inconstitucionalidade**, sem qualquer referência a **recepção** ou **revogação**. O recurso extraordinário foi julgado em 15 de agosto de 1954, e mais de uma década depois, foi editada a RSF nº 58 (22 de junho de 1965).

No Recurso Extraordinário nº 19.466, a 1ª Turma do STF encaminhou ao Pleno do Tribunal a arguição de inconstitucionalidade do art. 188 do decreto-lei nº 311, de 31 de dezembro de 1942, do Estado do Rio Grande do Sul, por suposta incompatibilidade com o artigo 189 da Constituição de 1946, o que foi confirmado pela Corte. Curiosamente, a RSF nº 24/66, editada pelo Senado uma década depois, suspendeu não apenas o artigo 188, mas também o artigo 189 do referido decreto-lei, sendo que este não foi objeto de questionamento.

No Recurso Extraordinário nº 18.116, julgado em 23 de junho de 1954, o STF decidiu que a inscrição compulsória de magistrados no Instituto de Previdência Servidores do Estado de Minas Gerais, nos termos do decreto-lei (estadual) nº 1.416, de 24 de novembro de 1945, era inconstitucional, por violar a garantia constitucional de irredutibilidade dos vencimentos de juízes prevista no art. 95, III da Constituição de 1946. Mais de uma década depois, o Senado editou a RSF nº 101/65, suspendendo o “Decreto-Lei nº 1.416, de 25 de novembro de 1945, do Estado de Minas Gerais, na parte em que determina a inscrição compulsória de magistrado como sócio de instituição de previdência social”.

Este caso é curioso porque a Constituição de 1937 – em vigor quando foi editado o decreto-lei – já previa a irredutibilidade dos vencimentos dos juízes (art. 91, “c”) nos mesmos termos da Constituição de 1946, de modo que a inconstitucionalidade poderia ter sido arguida a partir do texto constitucional vigente à época da edição do ato normativo, o que foi feito em

três outros casos (RSF n^{os} 47/61, 06/65 e 72/65). No caso em análise, no entanto, o STF, por razões que não consegui identificar, enfrentou o conflito à luz da Constituição de 1946, posterior ao decreto-lei, mas observou, de todo modo, a regra de reserva de plenário.

A análise dos casos acima, limitada aos dados disponíveis – resoluções, acórdãos e legislação –, não permite muitas conclusões além da constatação de que o Senado, sem qualquer dificuldade, já suspendeu a execução de leis em conflito com Constituição posterior (nos casos citados, a Constituição de 1946). Não é possível saber, por exemplo, por que o fato de se tratar de revogação não foi impeditivo para a aprovação das resoluções. É importante lembrar que o Senado agia por provocação, a partir de ofícios enviados pelo Presidente do STF. Poderíamos, talvez, especular que a relevância da matéria tivesse motivado o STF a encaminhar os ofícios. Afinal, a maior parte envolvia basicamente matéria tributária, sendo que duas eram relativas especificamente a magistrados. Uma resolução suspensiva asseguraria a todos os contribuintes o direito de não pagar determinado tributo, e em alguns casos, apenas aos magistrados. É difícil saber qual foi a causa, mas certamente foi essa a consequência.

6. Resolução suspensiva em casos de interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

Outro ponto em relação ao qual a doutrina se equivoca à unanimidade²⁰ refere-se à atuação do Senado para suspender a execução não de texto de lei, mas de sua interpretação ou aplicação em determinados casos – situações conhecidas como interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Deixando de lado, porque irrelevante aqui, as distinções entre esses conceitos – algo que a doutrina descreve com certo padrão, mas aplica cada qual à sua maneira²¹, e talvez sem se dar conta de que divergem a esse respeito especialmente por não partirem de critérios precisos²² –, o fato é que os conceitos se referem a algo que faz parte da própria interpretação jurídica, e sua incorporação ao vocabulário do

20 BARROSO, 2014, p. 156; LEAL, 2012, p. 201; MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1253.

21 MENDES; COELHO; BRANCO, 2010; BRUST, 2014; DIMOULIS; LUNARDI, 2013; LEAL, 2012; SAMPAIO, 2001; BRUST, 2014.

22 ASSIS, 2017, p. 42.

direito constitucional brasileiro, sobretudo a partir da promulgação da lei nº 9.868/1999 que a eles se refere expressamente (art. 28, parágrafo único), foi uma inovação de alcance menor do que talvez pareça.

Apenas a título de ilustração, podemos imaginar duas leis municipais (X e Y) com os seguintes enunciados normativos: “é proibida a entrada de cães em restaurantes” (lei X) e “são proibidos veículos nos parques públicos da cidade” (lei Y). Esses são exemplos criados respectivamente pelos teóricos do Direito Frederick Schauer (1998) e Herbert Hart (1998). É possível sugerir a não aplicação da lei X quando se tratar de cidadão cego acompanhado de seu cão-guia e, quanto à lei Y, é possível firmar entendimentos que excluam do conceito de veículo, bicicletas (incluindo as elétricas) e patinetes, ou que permitam a entrada de uma ambulância para prestar socorro, ou de um tanque de guerra, para exposição. E tudo isso, sem fazer nenhuma menção a conceitos de inconstitucionalidade, interpretação conforme, ou mesmo Constituição – recurso esse que, inclusive, não é feito por esses autores. De todo modo, se o STF, no julgamento de um recurso extraordinário, decidisse que a aplicação da lei X nos casos de cão guia acompanhando uma pessoa cega violaria a dignidade da pessoa humana (art. 1, III) e seria, portanto, inconstitucional, ou que a lei Y não poderia impedir a entrada de bicicletas elétricas nos parques porque violaria o direito fundamental ao lazer, sendo inconstitucional nesses casos, poderia o Senado editar uma resolução suspendendo a execução das leis nas referidas situações? A resposta é afirmativa.

Como visto no tópico anterior, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 18.116, em 1954, o STF decidiu que a inscrição compulsória de magistrados no Instituto de Previdência Servidores do Estado de Minas Gerais, nos termos do decreto-lei (estadual) nº 1.416, de 24 de novembro de 1945, era inconstitucional, por violar a garantia constitucional de irredutibilidade dos vencimentos de juízes prevista no art. 95, III da Constituição de 1946. O decreto-lei, contudo, não se referia expressamente aos magistrados, mas a “funcionários estaduais” (art. 3º), de modo que o que se discutia era se a aplicação aos magistrados violaria aquela norma constitucional. Assim, ao concordar com tal entendimento, o STF excluiu os magistrados do âmbito de aplicação da lei, ainda que a expressão “funcionários estaduais” abrangesse os juízes. Ou seja, o que o tribunal fez foi o que hoje seria denominado “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” ou “interpretação conforme”. E o Senado editou a RSF nº 101 suspendendo, por

inconstitucionalidade, o referido decreto-lei “na parte em que determina a inscrição compulsória de magistrado como sócio de instituição de previdência social”.

Situação muito semelhante ocorreu em dois outros casos. No Recurso Extraordinário nº 43.941, julgado em 13 de janeiro de 1960, o STF enfrentou a questão relativa à constitucionalidade da cobrança de imposto de renda sobre os vencimentos dos magistrados. A lei federal nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, relativa ao imposto de renda, era uma lei genérica, aplicável para pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil. O STF, contudo, entendeu que a cobrança do imposto sobre os vencimentos dos magistrados violaria o disposto no citado art. 95, III da Constituição de 1946, que assegurava aos juízes a “irredutibilidade dos vencimentos, que, todavia, ficarão sujeitos aos impostos gerais”. A declaração de inconstitucionalidade não afetou o texto da norma, apenas a sua aplicação – o que hoje seria enquadrado como interpretação conforme ou talvez declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, embora estivesse mais próximo do primeiro, já que o debate foi mais voltado à categoria “impostos gerais”. Sete meses depois, o Senado editou a RSF nº 38 (07/08/1960), suspendendo a Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, “no que se refere à cobrança do Imposto de Renda sobre os vencimentos dos magistrados”.

O outro caso foi o Recurso Extraordinário nº 25.265, julgado em 29 de outubro de 1954, que se originou a partir de uma ação ajuizada por ministro do Tribunal de Contas, contra lançamento de adicional de 15% criado pela Lei nº 1.474/51, ao qual o ministro alegava não estar sujeito por não ser o referido adicional um *imposto geral*, mas um empréstimo compulsório, não se enquadrando assim na única exceção admitida pela Constituição à irredutibilidade de vencimentos dos magistrados – garantia aplicável aos ministros do Tribunal de Contas por força do disposto no art. 76, § 1º da Constituição. O Senado então editou, em 30 de março de 1965, a RSF nº 38/65.

Se já não havia impedimento para a atuação do Senado quando os conceitos de interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto eram ainda desconhecidos, por que haveria algum óbice justamente quando os conceitos foram incorporados e a doutrina passou a se dedicar de forma mais profunda sobre essas situações de não aplicação da lei ou de afastamento de determinadas interpretações? A verdade é que

não houve nenhum impedimento. Tanto é assim que o Senado editou, em 2005, a RSF nº 52, com o seguinte enunciado:

Art. 1º É parcialmente suspensa, sem redução de texto, a execução do art. 11 da Medida Provisória Federal nº 2.225-45, de 4 de junho de 2001, ficando excluído do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto no dispositivo, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 401.436-0 - Goiás.

Se a doutrina efetivamente sustenta que o Senado não pode atuar nesses casos, a despeito de não parecer haver razão para tanto, deveria ao menos se posicionar quanto à RSF nº 52/2005.

7. Conclusão

Na introdução, apresentei, de forma resumida, a história que o Direito brasileiro conta para si mesmo a respeito da participação do Senado no controle de constitucionalidade, observando ao final que a narrativa estava repleta de equívocos e impropriedades. Assim, e considerando-se os fatos trazidos ao longo do trabalho, que sustentam a crítica feita na introdução, apresento aqui, em sede de conclusão, uma outra narrativa, com as adequações e correções devidas:

A Constituição de 1934 atribuiu competência ao Senado para suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, resolvendo assim o problema experimentado na vigência da Constituição de 1891, quando o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma lei, mesmo pelo STF, ficava restrito ao processo julgado. Nenhuma resolução, contudo, foi editada na curta vigência da Constituição de 1934. Suprimida pela Constituição do Estado Novo (1937), aquela competência foi restabelecida pela Constituição de 1946, que, por outro lado, não definiu a quem caberia comunicar as decisões do STF ao Senado. Como resultado, embora o STF tivesse declarado a inconstitucionalidade de leis em controle concreto desde 1948, absolutamente nenhum ato normativo foi suspenso pelo Senado até 1958 – o que significa que, até então, as declarações de inconstitucionalidade continuavam restritas aos casos concretos, tal como ocorrera na Primeira República.

A atuação do Senado não se restringiu às leis declaradas inconstitucionais em controle concreto, incluindo também os atos normativos julgados em sede de representação interventiva (cujos acórdãos foram enviados por ofícios pelo Presidente do STF) – uma prática que contrariava o dispositivo constitucional que atribuía ao Congresso Nacional (e não ao Senado) a competência para suspender os atos normativos nesse caso (art. 13). Na vigência da Constituição de 1967, o STF deixou de encaminhar as decisões proferidas em representação interventiva, mas como se tivesse sido um erro pontual, e não uma prática consolidada há mais de uma década. Mais importante ainda: essa prática continuou sendo adotada em relação à representação genérica de inconstitucionalidade (criada pela emenda constitucional n. 16, de 1965) e só foi abandonada em 1977, quando o STF firmou entendimento de que as decisões proferidas em sede de controle abstrato já tinham eficácia geral, restringindo assim a atuação do Senado às leis declaradas inconstitucionais em controle concreto – como deveria ter sido desde o início.

Para o fim de suspender a execução de leis incompatíveis com a Constituição, nem o Senado nem o STF consideraram relevante a distinção entre lei anterior e lei posterior ao texto constitucional – ao menos até 1966, quando foi editada a última resolução suspendendo lei não-recepcionada. E, embora a atribuição conferida ao Senado seja a de suspender a execução de lei (ou parte dela) declarada inconstitucional pelo STF, é possível que a suspensão recaia sobre a sua interpretação ou aplicação a determinados casos – o que hoje se denomina interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Referências bibliográficas

- ASSIS, Rodolfo. *Controle, interpretação e manipulação da lei através da constituição*. 2017. 139 p. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. V. 1. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1948.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional (Seção II)*. 2 de junho de 1959. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/PublicacoesOficiais>. Visitado em: 29/05/2018.
- DIMOULIS, Dimitris; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DUARTE, José. *A Constituição Brasileira de 1946: Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembleia Constituinte*. 2. Volume. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.
- DUARTE, José Bacchieri (org.) *Os 10 dias em que o Rio Grande do Sul foi Parlamentarista*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS/ Graf. Ética Impressora, 2003.
- HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- LEAL, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2012.
- LEITE, Fábio Carvalho. Revogação, inconstitucionalidade e a importância relativa das coisas no controle abstrato de direito pré-constitucional: argumentos em favor da revisão de um precedente (ADI 2). *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, v. 19, n. 2 (2014).
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004 (149-168).
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, J. A. L.; CRUZ, R. D. S. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

SENADO FEDERAL. *Anais do Senado*. Livro 1. 1948. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1948/1948%20Livro%201.pdf. Visitado em: 29/05/2018.

_____. *Anais do Senado*. Livro 3. 1954. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1954/1954%20Livro%203.pdf. Visitado em: 29/05/2018.

_____. *Anais do Senado*. Livro 1. 1959. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1959/1959%20Livro%201.pdf. Visitado em: 29/05/2018.

Autor convidado.

O direito fundamental ao rendimento social de inserção (re)interpretado pelos orçamentos do Estado português

The fundamental right to social income of insertion (re) interpreted through Portuguese state budgets

Irene Portela*

Instituto Politécnico do Cavado e do Ave, IPCA, Portugal

1. A materialização dos direitos sociais e a crise econômica

As políticas sociais são em Portugal o que o Orçamento do Estado permite que sejam perante a conjuntura do sistema econômico/financeiro português em crise. O aumento da dívida pública e do déficit público e a necessidade de cumprir as metas impostas pelo memorando da Troika, refletem-se no Orçamento do Estado. Os cortes aos benefícios sociais, aos subsídios e pensões e por outro lado, o aumento das taxas e impostos são as principais alterações registadas nos Orçamentos do Estado destes últimos quatro anos. Neste enquadramento pode fazer-se a leitura do estrangulamento dos direitos sociais fundamentais, mormente, à falta de garantia de concretização destes direitos e, em consequência, à inexistência dos direitos que sustentam os direitos fundamentais, como o direito à segurança social e o direito à dignidade humana.

Em particular quando a Constituição determina que o regime destes direitos sociais deve ser objeto de lei ordinária e garantido pelo Estado, mas é a própria regulamentação legal que restringe o âmbito de aplicabili-

* Irene Portela é fundadora, diretora e investigadora do Centro de Investigação Jurídica Aplicada. É professora coordenadora e Diretora do Departamento de Direito do IPCA, Instituto Politécnico do Cavado e do Ave e dedica os últimos quinze ao estudo e à docência do Direito Público e dos Direitos Humanos. Tem vários artigos científicos publicados em inglês e português. Tem ainda duas obras em francês sua língua materna, sobre ética e democracia. No presente exerce as funções de Provedora dos Estudantes do IPCA.

dade das garantias constitucionais, ofendendo de forma direta os direitos dos cidadãos previstos na lei, criando questões de retrocesso social graves, mas que o Estado implementa, legitimado pela crise. O caso que nos prende tem a ver com as vicissitudes e dificuldades do mecanismo do Rendimento Social de Inserção (RSI)¹ criado pelo Estado em 1996² no sentido de dar cumprimento ao seu dever de, nos termos do texto constitucional, de assegurar a todos os Portugueses o seu direito à segurança social. Da análise legal da criação do subsídio não contributivo da segurança social, que inicialmente se denominou Rendimento Mínimo Garantido e posteriormente se passou a denominar Rendimento Social de Inserção, dos problemas que na prática a sua aplicação levantou junto dos beneficiários/ou melhor dos “não beneficiários”, e da dificuldade de análise dos critérios na atribuição dos mesmos ou do mesmo, e finalmente da nova forma como o Estado passou a entender “o beneficiário dos subsídios”, resultam problemas jurídicos graves. E, portanto, nem envolvidos dezoito anos sobre esta questão se encontraram soluções. A conjuntura de crise vivida nos nossos dias dá pleno reforço ao circunstancialismo da estenose social e aos registos cada vez mais elevados dos números da pobreza. A questão é que não se regista a indiferença.

2. Do rendimento mínimo garantido

Nos termos do artigo 63º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP),³ todos os portugueses têm o direito à Segurança Social, pelo que o Estado deve legislar no sentido de assegurar um rendimento mínimo garantido ou um rendimento social de inserção que represente a concretização do direito de todos os portugueses à segurança social. Daqui deriva para o Estado Português a obrigação de organizar um sistema de segurança social em ordem a proteger “os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho”. Perante o desafio colocado pela União Europeia a Portugal na

1 RSI (Rendimento Social de Inserção).

2 RMG (Rendimento Mínimo Garantido).

3 CRP (Constituição da República Portuguesa).

implementação de políticas sociais através da *Recomendação n.º 92/441/CEE*⁴ adotou em Lisboa, na reunião de 24 de Junho de 1992, uma recomendação aos Estados-Membros, no sentido de que adotassem nas suas legislações nacionais “critérios comuns respeitantes a recursos e prestações suficientes nos sistemas de proteção social”.⁵ Aí se recomenda aos Estados-membros que “reconheçam, no âmbito de um dispositivo global e coerente de luta contra a exclusão social, o direito fundamental dos indivíduos a recursos e prestações suficientes para viver em conformidade com a dignidade humana e, conseqüentemente, adaptem o respectivo sistema de proteção social, sempre que necessário”; por outro lado, de acordo com esta *Recomendação*, a implementação do mencionado direito deve, para além do mais, “preservar nas pessoas com idade e aptidão para trabalhar a vontade de procurar um emprego” (C, 1, d) e nortear-se, entre outros, pelo seguinte princípio (B, 3): A abertura deste direito a todas as pessoas que não disponham, nem por si próprias nem no seio do seu agregado familiar, de recursos suficientes, – sob reserva da disponibilidade ativa para o trabalho ou para a formação profissional com vista à obtenção de um posto de trabalho, relativamente às pessoas cuja idade, saúde e situação familiar permitam essa disponibilidade ativa ou, se for caso disso, sob reserva de medidas de integração económica e social, relativamente às outras pessoas, e – sem prejuízo da faculdade dos Estados-membros de não abrirem este direito às pessoas que tenham um emprego a tempo inteiro nem aos estudantes.

Na recomendação estavam “critérios comuns respeitantes a recursos e prestações suficientes nos sistemas de proteção social”, os conceitos de “pobreza” e “exclusão social”. Estes conceitos baseiam-se fundamentalmente na “promoção da cidadania inclusiva”, promovendo o direito ao trabalho e o direito a um rendimento mínimo, o pleno exercício dos direitos civis, cultura, educação e participação na vida social em geral, no reconhecimento da igualdade de oportunidades como combate às desigualdades e à fragmentação social.⁶ A Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, que introduziu em Portugal o Rendimento Mínimo Garantido era um diploma legal que necessitava de regulamentação legal para entrar em vigor porque o seu teor legal era *per si* inaplicável, se não vejamos.

4 JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, n.º L 245, de 26 de Agosto de 1992, p. 46-48.

5 CONSELHO ECONÓMICO E SOCIAL LISBOA, 1997.

6 Op.cit., p. 8.

O artigo 1º, sob a epígrafe “objeto” dizia:

A presente lei institui uma prestação do regime não contributivo de segurança social e um programa de inserção social, por forma a assegurar aos indivíduos e seus agregados familiares recursos que contribuam para a satisfação das suas necessidades mínimas e para o favorecimento de uma progressiva inserção social e profissional.

Por seu lado, no artigo 2º “Prestação de rendimento mínimo”, lia-se “A prestação a que se refere o artigo anterior, designada por prestação de rendimento mínimo, tem natureza pecuniária, montante variável e carácter temporário”. E finalmente o artigo 3º “Programa de inserção”:

O programa de inserção e o conjunto de ações cujos princípios são definidos pelos Ministérios da Solidariedade e Segurança Social e para a Qualificação e o Emprego e assumido localmente por acordo entre as comissões locais de acompanhamento, adiante designadas por CLA, previstas na presente lei, e os titulares do direito a esta prestação, com vista a criação das condições para a progressiva inserção social destes e dos membros do seu agregado familiar.

Ou seja, estávamos perante um regime legal completamente pendente de regulamentação posterior e que só veio a suceder através do Decreto-Lei nº 197/96 de 31 de julho.

Muito pouco se retira daquela Lei, a não ser que o RMG é uma prestação que se consubstancia num rendimento, isto é, é de natureza pecuniária e de montante variável em função de uma linha de rendimento mínimo garantido que era definida considerando a dimensão do agregado familiar com o qual o titular vivia em economia comum. O programa de inserção não estava tipificado mas correspondia ao conjunto de ações que, conjugadamente, visavam criar condições para a progressiva inserção social dos membros dos agregados familiares abrangidos. Na prática, e ao longo de todo o diploma legal, embora não possamos aqui ser exaustivos, havia outros aspectos que careciam de regulamentação e que estabeleciam a obrigatoriedade dessa regulamentação: (a) as condições de atribuição da prestação em agregados em que havia mais de um membro com condições para requerer a prestação de rendimento mínimo (nº 2 do artigo 5º); (b) a dispensa de disponibilidade ativa para a inserção profissional (nº 3 do arti-

go 5º); (c) a constituição do agregado familiar, no que se reportava à integração de cidadãos maiores (nº 2 do artigo 6º); (d) o acréscimo à prestação para compensação de despesas de habitação e alojamento (nº 2 do artigo 7º); (e) a contabilização de rendimentos do trabalho resultantes de situação laboral iniciada durante a concessão da prestação de rendimento mínimo (nº 2 do artigo 9º); (f) o conteúdo do relatório social necessário à atribuição da prestação (nº 2 do artigo 10º); (g) a organização e funcionamento das Comissões Locais de Acompanhamento (nº 4 do artigo 16º). Ouvido o Conselho Económico e Social, é através do Decreto Lei 196/97 de 31 de julho, que a Lei 19-A/96 de 29 de junho vê o seu regime regulamentado e nomeadamente os conceitos legais (no artigo 2º) nela invocados explicados pela primeira vez no ordenamento jurídico português para efeitos de serem usados no exercício deste direito social, como demonstrados a seguir:

- a) Rendimento mínimo – montante indexado ao valor legalmente fixado para a pensão social do regime não contributivo de segurança social e calculado por referência à composição dos agregados familiares;
- b) Prestação de rendimento mínimo – atribuição pecuniária, de carácter temporário, variável em função do rendimento e da composição dos agregados familiares dos requerentes e calculada por referência ao valor fixado como rendimento mínimo;
- c) Programa de inserção – conjunto de ações, estabelecido no respeito pelos princípios definidos pelos Ministérios da Solidariedade e Segurança Social e para a Qualificação e o Emprego, por acordo entre os núcleos executivos das comissões locais de acompanhamento, adiante designadas Comissões Locais de Acompanhamento e os titulares do direito à prestação de rendimento mínimo e membros dos respectivos agregados familiares, que visa, de forma adequada às respectivas situações, criar condições facilitadoras do acesso à sua autonomia social e económica;
- d) Menor em situação de autonomia económica - situação de indivíduo com idade inferior a 18 anos que não esteja na efetiva dependência económica de outrem a quem incumba, legalmente, obrigação alimentar, nem se encontre em instituição, oficial ou particular, ou em situação de colocação familiar;
- e) Dispensa de disponibilidade ativa para a inserção profissional – procedimento aplicável a quem tenha uma situação pessoal ou familiar que implique, transitória ou definitivamente, que o processo de inserção social possa concretizar-se sem a inserção profissional.

3. Da (in)constitucionalidade

O Presidente da República requereu, nos termos do artigo 278º da CRP ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade da norma constante do artigo 4º, nº 1, do *Decreto da Assembleia da República nº 18/IX*, recebido em 22 de Novembro de 2002, para ser promulgado como lei, alegando o diploma procede à revogação do *rendimento mínimo garantido* previsto na Lei nº 19-A/96, de 29 de Junho, e cria o *rendimento social de inserção*, podendo, *grosso modo*, dizer-se que os direitos e prestações previstos na legislação que instituía e regulamentava o rendimento mínimo garantido são substituídos, com as devidas adaptações, pelos direitos e prestações previstos na legislação que cria e, posteriormente, virá a regulamentar o rendimento social de inserção. A dúvida de constitucionalidade refere-se ao artigo 4º, nº 1, que regula a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, na medida em que, enquanto que o artigo 4º, nº 1, da Lei nº 19-A/96, de 29 de Junho, que criou o rendimento mínimo garantido, reconhecia a titularidade do direito à prestação de rendimento mínimo aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, o diploma que agora se pretende seja promulgado como lei, com ressalva das exceções também já previstas na lei anterior e das posições subjetivas dos atuais beneficiários, garante a titularidade do direito ao rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos⁷. Como seria de esperar, o Tribunal Constitucional pronuncia-se pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4º, nº 1, do *Decreto da Assembleia da República nº 18/IX*, por violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 1º, 2º e 63º, nºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa.

4. Do rendimento social de inserção

A Lei nº 13/2003, de 21 de maio cria o Rendimento Social de Inserção (RSI)⁸, revogando a Lei nº 19-A/96, de 29 de junho. O RSI consiste também numa prestação incluída no subsistema de solidariedade e num pro-

⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt>

⁸ Rendimento Social de Inserção (RSI).

grama de inserção, de modo a conferir às pessoas e aos seus agregados familiares apoios adaptados à sua situação pessoal, que contribuam para a satisfação das suas necessidades essenciais e que favoreçam a progressiva inserção laboral, social e comunitária. O artigo 1º da Lei nº13/2003 de 21 de maio, determina que:

A presente lei institui o rendimento social de inserção,⁹ que consiste numa prestação incluída no subsistema de solidariedade e num programa de inserção, de modo a conferir às pessoas e seus agregados familiares apoios adaptados à sua situação pessoal, que contribuam para a satisfação das suas necessidades essenciais e que favoreçam a progressiva inserção laboral, social e comunitária.

Não é possível comparar ambos os diplomas, porém, não obstante, é interessante, para o nosso objetivo, sobrevoar comparativamente alguns artigos, vejamos:

- Por exemplo, ambos os números 1 de ambos os diplomas: na Lei nº 19-A/96 pretendia-se “satisfazer as necessidades mínimas e favorecer a uma progressiva inserção social e profissional”. Na Lei nº 13/2003 pretende-se a “satisfação das necessidades essenciais e a progressiva inserção laboral, social e comunitária”. Daqui se infere que as necessidades passam de mínimas a essenciais e a inserção laboral é agora um objetivo independente. Por outro lado, o legislador já contempla a necessidade da inserção comunitária dos indivíduos.
- O artigo 39º da Lei nº 13/2003, prevê que todos os titulares e beneficiários da prestação do RSI mantenham os respectivos direitos até ao limite de um ano de atribuição, ao invés de renovar automaticamente como até ali vinha ocorrendo com o RMG. Os serviços sociais passam a dever, antes de terminar o prazo, de reavaliar os processos aplicando

9 Foi publicado o Decreto-Lei nº 283/2003, de 8 de novembro que regulamenta o regime jurídico do RSI instituído pela Lei nº 13/2003. Determina que, todas as referências legais ao RMG instituído pela Lei nº 19-A/96, se consideram feitas ao RSI. A Portaria nº 105/2004, de 26 de janeiro define, nos termos das alíneas a) a c) do nº 1 do artigo 12º (Outros apoios especiais) da Lei nº 13/2003, o montante dos apoios especiais a conceder às famílias das pessoas com deficiência física ou mental profundas, das pessoas com doença crónica e das pessoas idosas em situação de grande dependência. A Portaria nº 108/2004, de 27 de Janeiro aprova o modelo de requerimento da prestação de RSI. O Despacho nº 15 400/2004, de 27 de maio, que define os objetivos, requisitos e procedimentos dos protocolos a celebrar entre as entidades distritais da segurança social e as instituições particulares de solidariedade social ou outras entidades que prossigam os mesmos fins, para efeitos de desenvolvimento de ações de acompanhamento dos beneficiários do RSI.

os critérios estabelecidos na Lei n.º 13/2003, numa perspectiva já mais restritiva relativamente ao anterior regime.

- O artigo 15.º da Lei refere que “Para efeitos de determinação do montante da prestação do rendimento social de inserção é considerado o total dos rendimentos do agregado, independentemente da sua origem ou natureza, nos 12 meses anteriores à data de apresentação do requerimento de atribuição...”

- O momento da entrega do requerente da atribuição. Naturalmente que esta nova fórmula de cálculo iria ter como principal efeito substancial aumento do número de processos indeferidos liminarmente por rendimentos superiores ao valor da prestação a atribuir.

A Atribuição do RSI é um processo extremamente burocrático: é exigido ao requerente que faça prova da sua carência, sendo este processo de tal forma exigente que muitas vezes leva à desistência do pedido de apoio social perante as dificuldades. Por outro lado, o n.º 1 do artigo 30.º da Lei n.º 13/2003, prevê que “nos casos em que se verifique a falta ou recusa injustificada no cumprimento de uma ação ou medida que integra o programa de inserção, o titular ou beneficiário será sancionado com uma admoestação por escrito”. O procedimento das admoestações implica que os técnicos de acompanhamento procedam à renegociação/adequação das ações de inserção.

5. Da tutela constitucional e legal do direito à segurança social

Decorre do regime constitucional que o direito à segurança social é um direito subjetivo eminentemente conectado com a dignidade da pessoa humana concreta que, na dimensão de garantia do mínimo de existência consigna, é objeto de titularidade por todos, na medida da sua necessidade.¹⁰ A Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, determina no artigo 16.º que o RSI é como uma prestação que visa garantir situações em que nenhum outro apoio é prestado ou é suficiente e que em relação à pobreza e à exclusão, não se pode assentar numa simples atribuição aritmética de prestações aos cidadãos mais carenciados, pois o reforço da coesão social e a promoção da solidariedade para com os mais desfavorecidos pressupõe um reconhecimento da complexidade do problema e a consagração de políticas pluridi-

10 OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 3.

mensionais que visem de facto uma integração econômica e social daquelas pessoas.¹¹ O artigo 1º do mesmo diploma, visa “assegurar às pessoas e aos seus agregados familiares recursos que contribuam para a satisfação das suas necessidades mínimas e para o favorecimento de uma progressiva inserção social, laboral e comunitária”, ou seja, orienta-se na prossecução dos seguintes princípios:

- (1) a satisfação de necessidades mínimas;
- (2) a consideração de pessoas na sua individualidade.

Consideremos o caso apresentado em 2013 por uma cidadã que viu lhe ser recusado o RSI por o mesmo não cumprir os requisitos do artigo 6º nº 1, c) do regulamento da Lei nº 13/2003 de 21 de maio, o Decreto-Lei nº 283/2003, de 8 de novembro porque o total dos rendimentos (a mera soma aritmética dos rendimentos auferidos pelo agregado familiar, independentemente da consideração das circunstâncias dos membros do agregado, era superior ao rendimento recebido a título de RSI e portanto violava o artigo 1º da Lei nº 13/2003). Ou seja, já não satisfazia necessidades mínimas.

Vejamos pois os contornos do caso com um pouco mais de pormenores: o Observatório dos Direitos Humanos recebeu em 2013 a denúncia de uma “queixosa”: (1) Vítima de violência doméstica que beneficiando-se do respetivo estatuto, sairá de casa em Janeiro de 2013; (2) Na sequência deste fato, requereu a queixosa a atribuição do Rendimento Social de Inserção; (3) Tal requerimento foi deferido; (4) A queixosa recebeu RSI a partir de Fevereiro de 2013; (5) Em Abril de 2013, por despacho judicial, foi decretada a atribuição de alimentos a cada filho menor da queixosa; (6) Alimentos esses no montante de 130€, por cada menor; (7) A 23 de Agosto de 2013 foi remetida à queixosa notificação da decisão de cessação do RSI; (8) O fundamento para a cessação foi o seguinte: “Ter-se verificado que os rendimentos do conjunto do agregado familiar a considerar, para efeitos da atribuição da prestação, passaram a ser superiores ao valor do Rendimento Social de Inserção (alínea a) do artigo 22º e alínea c) do nº 1 do artigo 6º)”;¹²

Com isso, temos que:

- Primeira premissa legal: o artigo 16º da Lei 13/2003 é claro quando determina que o RSI é uma prestação que se aplica a situações em que nenhum outro apoio é prestado ou é suficiente; ou seja, para situações

11 OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 4.

12 OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2014, p.1.

de absoluta carência em que nenhum outro apoio existe ou é suficiente para garantir a subsistência de um indivíduo.

- Segunda premissa legal: Por sua vez o artigo 6º nº 1, alínea c) do Decreto-Lei nº 283/2003, de 8 de novembro dispõe o seguinte: O reconhecimento do direito ao RSI depende de o requerente “não auferir rendimentos ou prestações sociais, próprios ou do conjunto dos membros que compõem o agregado familiar, superiores aos definidos na presente lei”.

A interpretação subjacente à decisão funda-se numa interpretação inconstitucional da alínea c), do n.º 1 do artigo 6º do Regulamento do RSI, na medida em que (1) imputa ao agregado rendimentos que são exclusivos de determinados membros do mesmo e (2) absolutiza a dimensão do agregado familiar. Ora a dimensão de agregado familiar como “família” é um valor constitucionalmente protegido, na medida em que a sua proteção é fundamental para “realização pessoal dos seus membros” (artigo 67º, nº 1 da CRP) e por outro lado “os pais têm o direito e o dever fundamental de educação e a obrigação de prestar alimentos aos seus filhos (artigo 36º nº 5 da CRP).

A interpretação que sustenta a decisão de fazer cessar a prestação de RSI à queixosa enferma do vício da inconstitucionalidade, violando por um lado, o princípio da proporcionalidade (artigo 18º da CRP). O direito à segurança social está intimamente ligado à necessidade e na presente hipótese, ao imputar ao agregado rendimentos que o mesmo não pode auferir por estarem funcionalizados às necessidades de indivíduos concretos, encerra uma violação do princípio da proporcionalidade. Por outro lado, viola também o princípio da igualdade (artigo 13º da CRP). O direito à segurança social que inclui uma pretensão de exigência da dignidade dos menores deve ser considerado da mesma forma que o direito à segurança social da queixosa. Os menores são excluídos da atribuição do RSI porque recebem alimentos. A mãe é excluída da atribuição do RSI porque os filhos recebem alimentos. A única circunstância que os diferencia é o fato de uns receberem rendimentos e outro não.¹³

O direito ao RSI é inatacável por ser um direito subjetivo, um verdadeiro novo direito fundamental, o “Direito ao mínimo de existência

13 OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 7

condigna”, nas palavras de Vieira de Andrade.¹⁴ O incontornável Gomes Canotilho ensina que os direitos derivados a prestações não podem ser eliminados pelos poderes públicos, sem compensação ou alternativa e que o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social, afirmando que:

A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (exemplo: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da atividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais.¹⁵

6. Das alterações ao RSI em função do orçamento do estado

A entrada em vigor do Decreto-Lei nº 133/2012 de 27 de junho veio trazer profundas alterações ao regime legal do rendimento social de inserção. A definição das novas políticas sociais está no eixo dimensional do Orçamento do Estado. O Preâmbulo do diploma legal vai esclarecendo de forma muito detalhada as grandes viragens do regime jurídico colocando ênfase nos vários mecanismos formais e materiais de controle na distribuição do RSI.

A grave situação econômica e financeira que Portugal atravessa pode ser explicada pela elevada dívida pública e o déficit público que levaram o Governo a justificar a necessidade de reavaliar os regimes jurídicos das prestações do sistema de segurança social, quer do sistema previdencial quer do sistema de proteção social de cidadania. O dever de garantir a proteção social dos cidadãos mais carenciados só pode ser prosseguido

14 VIEIRA DE ANDRADE, 2004, p. 4-28.

15 GOMES CANOTILHO, 2006, p. 477.

se forem tomadas medidas urgentes de salvaguarda da sustentabilidade financeira do sistema de segurança social. Neste quadro de reavaliação dos regimes jurídicos das prestações do sistema de segurança social, o Governo decidiu reavaliar as políticas no âmbito do subsistema de solidariedade, em especial decidiu proceder à revisão do regime jurídico do rendimento social de inserção e da lei da condição de recursos, promovendo profundas alterações de forma e de conteúdo.

Do ponto de vista formal, o regime jurídico do rendimento social de inserção passa a conter também as matérias relativas à condição de recursos, composição do agregado familiar, caracterização e informação sobre os rendimentos a considerar na determinação do montante da prestação, que se encontram na lei da condição de recursos. Esta opção do Governo teve a ver com “a preocupação de permitir um acesso e um conhecimento mais fácil da lei aplicável, contribuindo para uma maior eficácia e eficiência da proteção garantida pela prestação aos cidadãos em geral e aos serviços gestores da prestação em particular”.¹⁶

Do ponto de vista material ou de alterações de conteúdo, altera-se o valor da condição de recursos, passando o acesso à prestação do rendimento social de inserção a estar dependente do valor do património mobiliário e o valor dos bens móveis sujeitos a registro do requerente e do seu agregado familiar e a não serem, cada um deles, superior a 60 vezes o valor do indexante dos apoios sociais (IAS). Procede-se à alteração da escala de equivalência para efeitos da capitação dos rendimentos do agregado familiar para acesso à prestação, adotando-se como modelo a escala de equivalências da OCDE. Mas as alterações com mais significado foram as introduzidas à própria prestação de rendimento social de inserção. Em primeiro lugar, o valor do rendimento social de inserção passa a ser desindexado ao valor da pensão social e indexado ao IAS. O rendimento social de inserção passa a ter como condição de atribuição a celebração do contrato de inserção, ou seja, o RSI só é devido a partir da data da celebração do contrato de inserção. Antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 133/2012 de 27 de junho bastava o compromisso do titular da prestação em vir a subscrever e a prosseguir o referido programa. Esta alteração visa evitar situações de recebimento da prestação sem o correspondente cumprimento de um programa de inserção social e profissional por parte dos beneficiários da prestação.

¹⁶ Vide Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 133/2012 de 27 de junho.

Por outro lado, a renovação anual da prestação também sofre alterações: deixa de ser automática, passando a estar dependente da apresentação de um pedido de renovação por parte dos respetivos titulares. Os beneficiários da prestação de rendimento social de inserção passam a ter a obrigação de se inscrever para emprego, no centro de emprego, com vista à procura ativa de emprego, e a desenvolver trabalho socialmente útil, nos termos em que vier a ser regulamentado em diploma próprio, como forma de participação na sociedade. Quanto à restituição do pagamento indevido de prestações de rendimento social de inserção aplica-se, integralmente, o regime jurídico da responsabilidade emergente do recebimento de prestações indevidas, aplicável à generalidade das prestações do sistema de segurança social. Ou seja, a restituição do pagamento indevido de prestações de RSI já não se aplica só nas situações de falsas declarações ou omissão de informação legalmente exigida por parte dos titulares da prestação. A prestação de rendimento social de inserção passa a ser penhorável, passando a estar sujeita ao regime da penhorabilidade parcial, aplicável às restantes prestações do sistema de segurança social. Alargam-se as situações de cessação da prestação de rendimento social de inserção, passando a ser causa de cessação, entre outras, a falta de comparência injustificada a quaisquer convocatórias efetuadas pelos serviços gestores da prestação, bem como situações em que a subsistência do titular da prestação é assegurada pelo Estado, como sejam o cumprimento de prisão em estabelecimento prisional e a institucionalização em equipamentos financiados pelo Estado. Por seu turno, o cumprimento de prisão preventiva passa a ser causa de suspensão da prestação de rendimento social de inserção.

A renovação anual da prestação é da responsabilidade do Instituto da Segurança Social, I. P., enquanto entidade gestora do rendimento social de inserção, que deve tomar as medidas necessárias no sentido de assegurar que a renovação seja precedida de uma avaliação rigorosa da manutenção das respetivas condições de atribuição. O Decreto-Lei n.º 133/2012 de 27 de junho, no artigo 1.º, alterou a lei n.º 13/2003, de 21 de maio, republicada pela Declaração de Retificação n.º 7/2003, de 29 de maio, alterada pela Lei n.º 45/2005, de 29 de agosto, e pelo Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de junho, que instituiu o rendimento social de inserção; no artigo 2.º, determina que:

A prestação do rendimento social de inserção é uma prestação pecuniária de natureza transitória, variável em função do rendimento e da composição do

agregado familiar do requerente e calculada por aplicação de uma escala de equivalência ao valor do rendimento social de inserção.

E logo em seguida, no artigo 3º define-se o “contrato de inserção” como:

O contrato de inserção do rendimento social de inserção consubstancia-se num conjunto articulado e coerente de ações, faseadas no tempo, estabelecido de acordo com as características e condições do agregado familiar do requerente da prestação, com vista à plena integração social dos seus membros.

7. Conclusão

Em tempos de crise e de contenção (leia-se graves estrangimentos orçamentais de Portugal), a existência e atribuição pelo Estado do RSI faz parte das recomendações da OCDE de políticas sociais portuguesas em determinadas condições para os próximos anos, em razão de que a pobreza e a exclusão social aumentam exponencialmente, e tornam-se urgentes medidas de combate que promovam a inclusão social. Ou seja, o RSI está garantido por muitos anos em Portugal.

A questão é: que tipo de RSI será atribuído pela segurança social? Ou melhor, em que condições o RSI será atribuído? A resposta já se esboça na lei nº 133/2012 de 27 de junho, cujo teor vem alterar completamente o espírito do legislador de 1996 e de 2003 e traçar limites no regime legal transformando a relação administrativa da atribuição do RSI em relação contratual de adesão.

O risco na falta de atribuição do RSI já não se situa na dimensão da sua legitimidade legal e constitucional sempre impugnável judicialmente e garantida num Estado de Direito mas, como vamos ver, situa-se num escalão de muito mais difícil sindicância, porque situado na esfera subjetiva do medo, da incapacidade, da impossibilidade, do desconhecimento por parte do beneficiário (requerente ao RSI). Perante as condições de acesso em que o requerente deve assinar um contrato cujo conteúdo da contraprestação da sua responsabilidade não domina (não se encontra em posição de saber se efetivamente terá algum êxito na sua procura de emprego, não sabe se está em condições de procurar emprego porque na situação em que se encontra já não sabe o que se espera dele profissionalmente e, por outro lado, sabe que se foi despedido há vários anos atrás é porque já não há

nenhum posto de trabalho com o seu perfil). Está a assinar um documento ignorando as consequências legais do mesmo e assina, porque se não assinar não tem direito ao RSI, é muito simples. Por outro lado, se os serviços da segurança social chegarem à conclusão de que o RSI que lhe atribuíram estava mal calculado, pode ser penhorado e cortado imediatamente.

O Estado em nome da transparência, da luta contra a fraude, da segurança jurídica, da igualdade jurídica, da equidade, encontrou na figura da contratualização social, à boa maneira de Rousseau, toda a legitimidade democrática de controlar exaustivamente a atribuição do RSI e acima de tudo encontrar fundamentos de fato ou de direito para declinar os pedidos ou requerimentos para atribuição do RSI. A facilidade com que a segurança social pode recusar a atribuição do RSI é aplicável de forma liminar (de gabinete).

O Estado poupará muito dinheiro, desse modo, nos termos do Orçamento. A situação que se pode predelinear será a de que as verbas destinadas ao RSI não serão aplicadas na sua totalidade, por um lado, e os níveis de pobreza e de exclusão social em Portugal registrarão aumentos brutais. Teremos de assistir a esta relação negativa, teremos de ser confrontados com números de miséria e de fome assustadores para repensar nas políticas sociais em Portugal com muita seriedade e responsabilidade.

O Tribunal Constitucional voltará a pronunciar-se desta feita sobre normas regulamentares cuja aplicabilidade não permite a concretização na prática de um direito fundamental.

Referências

- GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.^a ed. Almedina: Imprensa, 2006.
- JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, nº L 245, de 26 de Agosto de 1992, pp. 46-48.
- MELÍCIAS, Vitor. Parecer sobre regulamentação das Comissões Locais de Acompanhamento". In: *Pareceres sobre o Rendimento Mínimo Garantido*. Conselho Económico e Social, Lisboa, 1997.
- OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS, *Direito ao Rendimento Social de Inserção*, março de 2014. Disponível em <http://observatoriodi->

reitoshumanos.net/atividades/relatorios/Relatorio_DireitoRendimento-
SocialInsercao.pdf

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02 in www.tribunalconstitucional.pt

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional. *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1, p. 4-28, 2004.

Autora convidada.

Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação

Brazilian internet law and the right to privacy in the information society

Irineu Francisco Barreto Junior*
Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo-SP, Brasil

Vinícius Garcia Ribeiro Sampaio**
Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo-SP, Brasil

Fábio Gallinaro***
Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo-SP, Brasil

1. Introdução

A revolução tecnológica ocorrida nos meios de comunicação deu origem a uma nova era denominada como *Sociedade da Informação*. A sua principal característica é a facilidade de acesso a informações em tempo quase que real, de forma jamais vista na história da tecnologia. Denota-se que a *informação é o centro gravitacional* desta nova era, em outras palavras, é possível afirmar que ela possui valor comercial. Igualmente intensa é a facilidade de

* Pós-doutorado em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH), da Universidade de São Paulo - USP. Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Analista de Pesquisas da Fundação Seade – SP. E-mail: neubarreto@hotmail.com.

** Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Advogado e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Pesquisador Científico e participante do *Sociology of Constitution: a transatlantic perspective*. E-mail: viniuciusampaio@gmail.com.

*** Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Professor de Direito Penal e Processo Penal das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público e Processo Penal pela Escola Paulista da Magistratura; Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: fabio.gallinaro@fmu.br

dispersão e obtenção de dados que atingem diretamente a privacidade dos usuários. O presente estudo busca compreender essa nova situação, com o desiderato de levantar discussões ligadas ao direito constitucional brasileiro, a partir da observação de casos concretos e contemporâneos, bem como por intermédio de pesquisa bibliográfica. Esta investigação evidencia, ademais, que o debate entre o direito, a comunicação e a informática poderá gerar bons frutos, com a finalidade precípua de buscar as soluções aos problemas que se apresentam e se intensificam a cada dia no âmbito do ciberespaço, que passa a ter um novo *status* no ordenamento jurídico brasileiro a partir da criação do Marco Civil da Internet.

A virada do século trouxe consigo um novo paradigma social, o da Sociedade da Informação, cujo conceito surgiu já na década de 1960, mas passou a ser empregado com mais frequência aos novos meios tecnológicos que propiciam possibilidades comunicacionais muito superiores às do século XX, graças à massificação da internet e à globalização. Com isso, a possibilidade de agressão a direitos também se elevou. A internet passou não somente a ser uma rede que interliga dispositivos eletrônicos de qualquer parte do planeta, mas um segundo mundo, virtual, no qual não haveria regras, mesmo com incidência normativa sobre ele. Haveria uma possibilidade de anonimato como nunca antes, que daria vazão a uma excessiva vulneração de valores, notadamente a privacidade.

Estudar esta última se faz relevante, posto que desencadeia diversos outros problemas. É do direito à privacidade que surgem choques de garantias constitucionais e de interesses sociais distintos, como ocorre, v.g., com o direito à informação. Este artigo, justifica-se, portanto, como fomento à discussão dos paradigmas da privacidade, intimidade e superexposição provocada pelo avanço tecnológico. Antes do estabelecimento de consensos e da conscientização dos usuários quanto ao uso adequado da rede, o Marco Civil adquire primordial relevância, significado e aplicabilidade na mitigação dos conflitos advindos da sociabilidade humana em meio digital. O debate eleva-se e tende a intensificar-se, não somente pela necessária tentativa do legislador brasileiro de adequar a lei a esse novo cenário, mas, sobretudo, pois a tecnologia evolui inexorável e célere, agregando a si novas possibilidades e exigindo dos profissionais da área jurídica que se debruçam na compreensão de tais mecanismos.

2. Privacidade na sociedade da informação

A expansão recente dos meios comunicacionais trouxe consigo uma nova forma de organização social. Manuel Castells, precursor dos estudos sobre este novo cenário, ensina, com muita propriedade: “Enquanto a forma de organização social em rede existira em outros tempos e espaços, o novo paradigma de tecnologia da informação provê a base material para a sua expansão difusa ao longo de toda a estrutura social”¹. O cenário abordado, no qual há acesso a informações e capacidade de propagação de dados ilimitados, é resultado da capacidade comunicacional aberta a todos. As novas tecnologias potencializam abundantemente a quantidade e o alcance das informações emanadas por seus usuários.

Em 2002, Murilo Ramos já anotava: “Sem dúvida se requer uma informação mais abundante, procedente de uma pluralidade de fontes, mas se não houver possibilidades de reciprocidade, a comunicação não será realmente democrática”². O nominado autor, pesquisador na área de políticas de comunicações, aborda a necessidade de se democratizar os meios comunicacionais, em virtude do direito à comunicação, que seria um direito humano de quarta geração. Não bastaria o acesso às informações, pois sem a efetiva possibilidade da via reversa, isto é, de o receptor ser oportunamente também emissor, não haveria o atendimento ao aludido direito e, conseqüentemente, tampouco uma comunicação democrática. A resposta não veio do Estado, mas da iniciativa privada global, que criou a internet e posteriormente as redes sociais. Não só o acesso à rede se tornou facilitado – assim como ocorreu com o rádio, a televisão e o telefone, que se massificaram tempos depois de sua chegada ao País –, mas também a possibilidade de ingresso em ambientes virtuais nos quais se pode fazer contato com tantas pessoas quanto se queira.

Contudo, se por um lado temos hoje a defendida democracia comunicacional decorrente da capacidade de emissão e recepção de informações em larga escala ao alcance de todos, por outro temos os riscos que isso traz. Passamos a acessar informações não somente por intermédio de profissionais e empresas e comunicação, mas de qualquer pessoa. Destarte, não há um filtro informacional. Tudo o que se deseja pode ser publicado e perpe-

1 CASTELLS, 2010, p. 500.

2 RAMOS, 2002, p. 127.

tuado no ciberespaço, mesmo que contra a vontade (e contra o direito) de outrem. Tem-se como emblemático o caso da atriz Carolina Dieckmann, que deu origem à Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012³.

Casos como o acima citado ajudam a promover alterações, por conta da notoriedade das vítimas. Contudo, imperioso observar que há um sem-número de imagens privadas veiculadas diariamente, sem autorização de seus protagonistas. Há que se lembrar, ainda, que a questão não se resume a isso, porquanto a privacidade dos dados pessoais acha-se cada vez mais ameaçada, sobretudo em razão de grupos criminosos que vendem informações confidenciais, tais como endereço residencial, CPF e ligações de celular, consoante notícia veiculada pelo portal G1⁴.

Embora possa parecer desastroso, uma vez que a finalidade da *web* não é atingir a privacidade de seus usuários, temos que tais incidentes são o resultado da intrínseca característica da internet. A rede foi criada para interligar usuários sem mediadores, ou seja, sem a participação de qualquer ente, público ou privado, nessa relação. Nesse passo, o legislador brasileiro busca regulamentar as interações existentes no ciberespaço, por intermédio da criação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), que estabeleceu, entre os seus inúmeros dispositivos legais, princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, a garantia da privacidade⁵, ainda que na prática não se tenha efetividade

3 A Lei Carolina Dieckman é como ficou conhecida a Lei Brasileira 12.737/2012, sancionada em 2 de dezembro de 2012 pela Presidente Dilma Rousseff, que promoveu alterações no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940), tipificando os chamados delitos ou crimes informáticos. A legislação é oriunda do Projeto de Lei 2793/2011, apresentado em 29 de novembro de 2011, pelo Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), que tramitou em regime de urgência e em tempo recorde no Congresso Nacional, em comparação com outros projetos sobre delitos informáticos que as casas de leis apreciavam (como, por exemplo, o PL 84/1999, a *Lei Azeredo*, também transformado em lei ordinária 12.735/2012 em 3 de dezembro de 2012). O Projeto de Lei que resultou na *Lei Carolina Dieckmann* foi proposto em referência e diante de situação específica experimentada pela atriz, em maio de 2012, que supostamente teve copiadas de seu computador pessoal, 36 (trinta e seis) fotos em situação íntima, que acabaram divulgadas na Internet. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Carolina_Dieckmann>. Acesso em: 06 fev. 2017.

4 O Ministério Público de São Paulo acusa um grupo que agia na internet de vender dados sigilosos de qualquer pessoa. São informações pessoais, como endereço residencial, CPF e ligações de celular, que podem parar nas mãos de bandidos. O site *cartório virtual* cobrou cerca de R\$ 1 mil para quebrar o sigilo telefônico de um promotor de Justiça que combate o crime organizado há 14 anos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/11/mp-sp-acusa-grupo-que-age-na-internet-de-vender-dados-sigilosos.html>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

5 Art. 3º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: II - proteção da privacidade. Art. 8º. A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

quanto a essa proteção, pois, assim como muitas pretensões normativas, trata-se de uma lei diretiva, que consubstancia o ânimo legislativo do País.

Ainda sobre o Marco Civil da Internet, verifica-se grande preocupação do legislador no que concerne a proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas⁶, em consonância com o que já estabelece a Carta Magna, conteúdo que será melhor analisado logo adiante, em capítulo próprio.

3. Previsão constitucional do direito à privacidade no contexto da sociedade da informação

O direito à privacidade é trazido na nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X⁷, tratando-o como um bem inviolável. Entende-se, outrossim, que a inviolabilidade do sigilo de dados, estatuída no artigo 5º, inciso XII, da CF⁸, complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada, sendo ambas as previsões de defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade, que pretende se assegurar a todo cidadão. Consoante o magistério de Tércio Sampaio Ferraz Jr:

Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde, pois, a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade é o mais exclusivo dos seus direitos⁹.

José Afonso da Silva, por seu turno, considera o direito à privacidade como conexo ao direito à vida, por não constar do *caput* do artigo¹⁰. O

6 Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

7 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

8 XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

9 FERRAZ JR., 1993, p. 439-459.

10 SILVA, 2011, p. 206-210.

jurista também trata de distinguir intimidade de privacidade. Esta é mais abrangente, compreendendo a vida privada do indivíduo como um todo, enquanto aquela, mais específica, versa sobre sigilo de correspondência, segredo profissional e inviolabilidade do domicílio. O próprio doutrinador alega não ser fácil a diferenciação, cujos conceitos costumam ser tratados como sinônimos, mas aborda a importância de distingui-los devido à literalidade normativa que os acompanha. Tratam-se de direitos individuais, que devem ser sempre observados à luz do princípio da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei, cumprindo observar que não se trata de uma igualdade no sentido literal do termo, mas de um tratamento igualitário, segundo o qual se deve buscar igualar os desiguais, de modo condizente com a noção aristotélica de igualdade. Em razão disso, tem-se constitucionalmente garantidas a todos a intimidade e a vida privada. Contudo, a internet, conforme defende o jurista, se apresenta como um elemento potencialmente nocivo a esses direitos:

O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem o seu consentimento¹¹.

Como se vê, o renomado constitucionalista já nos adianta, brevemente, o risco provocado pela rede, afirmando que a própria Constituição traz a devida proteção a esses direitos, mas falta, entretanto, a sua efetivação. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes assinala relevância da privacidade na vida do indivíduo:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria

11 SILVA, 2011, p. 2010.

toda tentativa de auto superação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas¹².

Mendes alude aos princípios fundamentais que, em comparação com o direito americano – no qual a construção jurisprudencial fez com que a privacidade fosse, enquanto direito, expandida, passando a ser um espaço de autonomia sem qualquer restrição dos Poderes Públicos –, afirma que a privacidade deve ser observada restritivamente, pois o excesso hermenêutico seria suplantado por princípios como a proporcionalidade e a liberdade, cumprindo observar, contudo, a orientação ideológica dos estadunidenses, fortes liberais, que primam pela liberdade e, logicamente, pela privacidade.

Nesse passo, cumpre ressaltar, ainda, a oponibilidade *erga omnes* do direito à privacidade, que se impõe contra o Estado e os particulares. Não poderia ser diferente, afinal, conforme o nominado Ministro nos diz, a motivação da dilatação da privacidade no direito estadunidense proveio da ação exagerada da imprensa ao divulgar eventos íntimos de personalidades. Quanto ao Estado, a análise histórica nos permite concluir que o constituinte buscou proteger o cidadão de possíveis abusos a todo custo, ressaltando os direitos e as liberdades individuais, por mais que se defenda hoje a primazia do interesse público, que vem sendo justificativa de um utilitarismo discutível. De modo que se trata de um direito fundamental, previsto em cláusula pétrea do texto constitucional, tem-se a sua limitação somente na interpretação sistemática da Constituição. Valores constitucionais como o direito à informação e liberdade de imprensa, por exemplo, são elementos limitadores ao direito à privacidade.

Nessa linha, entendemos que se deve discutir acerca dos critérios que podem orientar a interpretação desses valores, quais sejam os elementos que possam oferecer ao jurista um paradigma quanto à adequação da valoração da privacidade em detrimento de outros direitos fundamentais. Alexandre de Moraes elenca os interesses sociais protegidos pelo direito à privacidade, que se coadunam perfeitamente com os veículos comunicacionais tratados nesta investigação e abrangidos pela sociedade da informação:

12 MENDES, 2014, p. 267.

Desta forma, a defesa da privacidade deve proteger o homem contra: (a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação; (d) sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e a espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional¹³.

Sem olvidar a existência dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, motivação do nosso estudo, o Marco Civil da Internet nos faz levantar o seguinte debate: se os princípios fossem suficientes, talvez não se tivesse pensado em inovar o ordenamento, repetindo-se diversos elementos já previstos constitucionalmente, mas também acrescentando direitos às pessoas, ainda que não se possa efetivá-los em sua integralidade. Parece-nos que o legislador brasileiro tem por hábito garantir direitos que não são garantidos à população, principalmente à parcela mais pobre dos cidadãos. E há fundamento para este pensamento. Hakan Hydén aponta: “A função do sistema legal é, em certo sentido, de padronizar a política. Por meio do sistema legal, instituições são construídas e regras são postas em ordem para resolver problemas frequentes na sociedade”¹⁴.

Ora, se as leis são resultado de processos legislativos de cuja elaboração participam partidos políticos de diferentes ideologias, certo é que diversos anseios serão nelas compreendidos. Contudo, não há quem negue a importância dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Reconhecida sua necessidade por todos, ainda que com diferentes valorações, os direitos à vida, segurança, saúde e, agora, o acesso responsável à internet, entendemos que encontramos um diapasão comum: a falta de efetividade desses direitos e o reconhecimento expresso de que esta carência é um problema social a ser sanado, aliás, mais um, entre tantos no País. Nesse diapasão, observamos o que aponta Barreto Júnior, acerca da necessidade da inovação jurídica neste novo paradigma informacional:

13 MORAES, 1999, p. 80

14 HYDÉN, 2008, p. 15.

Nesta cena, o estudo da Regulamentação e Efetividade Jurídica da Sociedade da Informação adquire *status* estratégico, uma vez que novas relações sociais, interpessoais e interinstitucionais, muitas vezes travadas em cenário internacional, exige uma nova reflexão sobre paradigmas, teorias e aplicação do Direito que, como fato social, não pode se manter indiferente aos novos arranjos e contornos desse novo modelo de sociedade¹⁵.

Barreto destaca a necessidade da observância jurídica deste novo modelo de sociedade, materializada por meio da promulgação do Marco Civil da Internet, tentativa do legislador de realizar esse controle. Aponta o professor, ainda, para a contundente inobservância de direitos humanos em países como o Brasil, apesar do seu devido tratamento constitucional. É precisamente do que falara o professor Hakan Hydén no curso *Sociology of Constitution*, em Fermo, Itália – o legislador tende a positivizar aquilo que deve ser cumprido, mas não é, buscando meios para assegurar direitos dos quais a sociedade carece, sendo que não haveria, na mesma medida, essa preocupação com direitos já efetivamente garantidos pelo Estado. Vemos esses direitos como os procedimentos efetivados pelo ente público junto aos particulares, não se compreendendo, necessariamente, somente o que seja positivado no texto da lei.

Assim, do mesmo modo que o extenso rol de direitos individuais e sociais da nossa Constituição é resultado do período ditatorial que a precedeu, parece haver um elo entre os graves problemas diariamente enfrentados pelo cidadão brasileiro – a nacionalidade é ressaltada apenas pela competência territorial, pois já se trata de um fato social – e o Marco Civil da Internet, principalmente aqueles relacionados não somente ao acesso à *web*, agora consagrado pela lei, mas, principalmente, ao descontrole e à incapacidade estatal de prover segurança eficaz aos internautas.

4. Conflito entre direito à privacidade e direito à informação

Evidentemente há um conflito entre os direitos à privacidade e à informação. Fala-se, v.g., em direito ao esquecimento, que seria a possibilidade legal de extirpar da rede informações indesejadas tangentes a processos judiciais em andamento, ou mesmo colocações caluniosas, injuriosas etc.

15 BARRETO JÚNIOR, 2012, p.15.

No contexto da internet, surgiram novos meios de marketing. Hoje, após acessar a página de um produto à venda em um site, é possível visualizar diversos anúncios de produtos similares em outros sites. Além disso, todo o histórico de navegação na rede, que não se confunde com o histórico de dados do navegador, traça um perfil do usuário que faz com que a publicidade seja melhor direcionada a ele. Um homem terá mais anúncios de produtos masculinos, por exemplo.

Contudo, mesmo que se admita como legítima esta estratégia publicitária – é plenamente possível dizer que isso é uma afronta à privacidade, pois deveríamos ter o direito de navegar na *web* sem que *softwares* traçassem um perfil de conteúdo –, os mesmos mecanismos podem ser utilizados para outros fins. A possibilidade, nesse sentido, é temerosa. Liliansa Paesani trata do direito à privacidade. Após um breve esboço histórico, em que compara o trato jurídico sobre esta garantia pelo mundo, a autora diz:

As inúmeras e generosas leis que protegem a privacidade ficam esvaziadas perante a agressividade das práticas comerciais ou não, provenientes da circulação de dados informáticos. Em decorrência desses fatos, surge a necessidade da proteção legislativa específica do direito ao controle sobre as próprias informações¹⁶.

Propõe a nominada professora um novo conceito de privacidade, fundamentado no controle sobre os próprios dados. O que enxergamos como desafio é como controlá-los. A partir do momento em algo é publicado na rede, qualquer indivíduo, anonimamente ou não, pode se apropriar disso e reproduzi-lo, que por sua vez poderão fazer o mesmo. É o que permite o funcionamento do *marketing viral*, recurso propagandístico bastante utilizado recentemente, em que se adquire uma explosão de notoriedade a uma marca ou produto graças a um vídeo compartilhado por grande parte daqueles que o visualizam na rede.

Quanto ao anonimato, a professora cita um artigo de Demi Getschko¹⁷, que dá conta da identificação dos dispositivos da rede, de modo que o autor contesta a ideia de que há como não ser identificado na internet. Embora haja diversos meios de ocultação, tais como máscaras de IP, não

16 PAESANI, 2014, p. 37.

17 PAESANI, 2014, p. 37.

contestamos a ideia. Cumpre ressaltar, no entanto, que mesmo que a identificação seja possível, ainda que difícil, ela não é suficiente para coibir a ação de usuários ou puni-los na forma da lei em todos os casos.

Apenas a título de exemplificação, podemos citar uma notícia do portal G1, informando que *hackers* obtiveram os projetos de um caça americano, avaliado em U\$ 300 bilhões¹⁸. A matéria mostra que as autoridades americanas acreditam que o ataque tenha partido da China. É bem provável, conforme o artigo citado por Paesani, que tenham identificado o usuário, mas permaneçam certamente obstáculos para punir o culpado. Trazemos, ainda, uma passagem de Sergio Amadeu da Silveira, que enfatiza não o problema técnico da identificação do usuário, mas sua consequência política:

Quanto mais distribuída é a rede, mais ela depende dos seus protocolos de controle que permitem a interação entre terminais distantes. A possibilidade de interação exige o controle técnico dos pacotes de dados e a localização dos computadores na rede para que possam receber e enviar pacotes de um endereço de IP para outro. O vínculo de um IP com uma identidade civil permite que se vincule todo o rastro digital deixado pela navegação de um IP a uma pessoa. **O anonimato é o que evita a transformação do controle técnico dos pacotes de dados em controle imediato do comportamento e das ações das pessoas**¹⁹.

Ora, o que protege a privacidade é justamente a dificuldade de identificação do usuário. Contudo, a falta de identificação não permite que se responsabilize usuários maliciosos, que invadem a privacidade de outros e cometem diversas formas de delitos. O desafio parece ser encontrar um equilíbrio, um controle responsável. O desafio da regulamentação da Internet é, portanto, maior do que pode parecer à primeira vista. Se por um lado se quer identificar os usuários para que respondam por seus atos na rede, por outro se perde liberdade não apenas no sentido de não mais se agir fora do alcance dos olhos do Estado, mas de lhe deixar à mostra sua atividade, isto é, sua privacidade. Zygmunt Bauman (2001, p.227), em

18 Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL1092884-6174,00-HACKERS+INVADEM+SITE+DO+PENTAGONO+E+ROUBAM+PROJETO+DE+AVIAO+DE+US+BI.html>>. Acesso em 04 jan. 2017.

19 SILVEIRA, 2010, p.75.

referência a Phil Cohen, fala da relação entre liberdade e segurança. Ambas não podem crescer juntas. Quando se eleva uma, reduz-se a outra. São inversamente proporcionais.

5. Marco civil da internet

O Marco Civil da Internet reafirma o alinhamento brasileiro com a internacionalização dos direitos humanos e alude às contradições entre direitos fundamentais e absolutos, ao assegurar a *liberdade de expressão*, parametrizada pela *proteção da privacidade e dos dados pessoais dos usuários da rede*²⁰. Faz-se importante tratar dessa dualidade, inerente à sobreposição histórica entre direitos fundamentais e à potencial elevação dessa dicotomia, provocada pela Sociedade da Informação. Giancarlo Corsi²¹, professor da Universidade de Modena-Regia, nos apresenta um aspecto a ser questionado com relação às constituições: os valores fundamentais. Estes seriam, em regra, intocáveis, no sentido de que não podem ser sequer questionados, quanto mais alterados. É perceptível essa característica na nossa Constituição, cujo artigo 60, § 4º, inciso IV, dispõe que são vedadas as propostas de emenda constitucional (PEC) tendentes a abolir os direitos e garantias individuais. A dificuldade, entretanto, afigura-se no sentido das normas que regulamentam os meios pelos quais o Estado deve assegurar aos seus cidadãos a devida proteção a esses direitos, as quais são, por sua vez, maleáveis, cedentes à orientação política. O que se verifica, portanto, é a impossibilidade da real efetivação das proteções fundamentais ao cidadão. Em seus próprios dizeres:

(...) quando valores mais recentes são inseridos em constituições, novos conflitos podem ser gerados, deixando à lei a difícil (ou impossível) tarefa de encontrar um caminho para criar harmonia entre os novos valores e aqueles que já existiam previamente. Neste caso também, contudo, o fato de que o valor não é específico permite que a política expanda suas possibilidades de oposição planejada e de construção de convergências²².

20 BARRETO JUNIOR, 2015, v. 2, p. 100-127.

21 Sociology of Constitution. Fermo, Itália, 2015. Informação verbal.

22 CORSI, 2016, p. 14, tradução nossa.

O professor ainda aduz que valores constitucionais podem se legitimar porque são eternos, não negociáveis, mas não podem controlar o que será decidido em seu nome. Procedimentos podem se legitimar porque são premissas para tomadas de decisões, mas pagam o preço de serem constantemente negociáveis. E o Marco Civil da Internet é claro exemplo desse raciocínio. Enquanto a garantia do acesso à rede mundial de computadores passa a ser um direito assegurado a todos, a inserção no ordenamento jurídico traz dificuldades quanto à sua regulamentação, devido aos embates políticos dela decorrentes.

Com efeito, o conflito é parte indissociável da democracia. Os diferentes vieses ideológicos pautam as discussões no Legislativo, de modo que entendemos pertinente rememorar as palavras de Sergio Amadeu, já citadas neste estudo, tangentes à concepção liberal do ciberespaço. Ainda não sabemos quais consequências trará o Marco Civil da Internet, questão esta que a doutrina já vem buscando antecipar. Willis Guerra Filho e Henrique Carnio refletem acerca da crescente importância do direito digital e da necessidade de se criar *marcos teóricos macrojurídicos e também extrajurídicos*²³. Os nominados jusfilósofos estimam três pilares que sustentam a Lei 12.965/14: a neutralidade da rede, a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão. Partindo da abordagem do tratamento isonômico exigido pela norma, dizem:

Com relação à proteção da privacidade dos usuários é estabelecido pelo art. 3º que a privacidade ganha o status de ser um dos princípios do uso da Internet no Brasil. Já no art. 7º, dentre os direitos dos usuários temos o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada²⁴.

É notável que a *novatio legis* em comento ratifica valores constitucionais. Conforme a assertiva dos autores, ela deve ser interpretada não como uma *Constituição da Internet*²⁵, como se tem falado principalmente pela imprensa, mas sob a égide da Constituição Federal. É certo que se diga que o Marco Civil da Internet não faz parte da Carta Magna, por conta de sua espécie legislativa, tendo em vista que se trata de norma infraconstitucio-

23 GUERRA FILHO; CARNIO, 2014, p.14.

24 GUERRA FILHO; CARNIO, 2014, p. 24.

25 GUERRA FILHO; CARNIO, 2014, p. 26.

nal, que deve respeitar a hierarquia normativa. Contudo, o caráter diretivo desta lei a torna materialmente diferente das demais.

A bem da verdade, embora se trate de uma lei que esteja abaixo da Constituição, ela acrescenta direitos, que, pode-se sustentar, por sua natureza, estão compreendidos no rol de direitos fundamentais, haja vista a necessidade de o homem evoluir de acordo com o contexto social em que vive. Não se pode negar, outrossim, que a lei ora estudada somente reafirma direitos já consagrados pela Constituição Federal. Há, por exemplo, dispositivos que expressam a aplicabilidade desses direitos à internet, dentre os quais a privacidade e a proteção de informações pessoais. Em que pesem ótimos posicionamentos em sentido diverso, entendemos que isso não seja, de fato, necessário, embora possa ter certa utilidade.

Ora, a Constituição, em cláusula pétrea, nos assegura a privacidade. O legislador, por sua vez, edita uma lei e nos diz que temos este direito também na internet. É o mesmo que dizer que temos o direito à vida também na nossa casa. Não faz qualquer sentido, ao menos sob a lógica jurídico-sistemática, repetir um direito que não pode ser sequer reformado. Nem se diga, quanto a isso, que a jurisprudência, que antes tinha posicionamentos esparsos, passa a ficar adstrita ao texto legal, que agora é expresso e inequívoco, porque o entendimento firmado pelos tribunais é dinâmico e pode caminhar a entendimentos diversos. Portanto, temos que os conflitos entre direitos fundamentais anteriores ao Marco Civil da Internet são agora melhor estudados no ambiente da rede mundial. Se por um lado esta lei resume-se a reafirmar direitos, por outro, havemos de reconhecer que ela traz o enfoque de que precisamos, amenizando as interpretações jurisprudenciais esparsas, que trazem sério temor quanto à segurança jurídica.

A preocupação com a privacidade do usuário é evidenciada no Marco Civil, assim, o inciso VII do artigo 7.º, determina que é vedado o: *“fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; (Lei 12965/2014) ”*. Assim, dados coletados do internauta “não poderão ser repassados a terceiro, salvo se houver a inequívoca autorização para tanto”. Não obstante, é direito do usuário consentir prévia e inequivocamente quanto a *coleta, armazenamento e tratamento dos seus dados*, conforme disciplinam os incisos VIII e IX, do mesmo artigo:

VIII – informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX – consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; (Lei 12965/2014)

(...)

O artigo 7.º da Lei 12965/2014 determinou que o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico para ciência do usuário fosse denominado *opt-in*. Neste modelo, o usuário deverá consentir de forma expressa e inequívoca, quanto ao tratamento dos seus dados pessoais. Por outro lado, o sistema *opt-out* (não adotado em nosso sistema) prevê que o usuário deve manifestar de forma expressa o seu interesse em sair, isto porque, o pressuposto é de concordância automática. Quanto à possibilidade de aceitação do uso de dados pessoais na rede, anotam Lima e Barreto Junior:

Conforme exposto quando da análise do artigo 7.º, da Lei 12965/2014, o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico é denominado *opt-in*, neste modelo, o usuário deverá consentir de forma expressa e inequívoca, quanto ao tratamento dos seus dados pessoais. Por outro lado, o sistema *opt-out* (não adotado em nosso sistema) prevê que o usuário deve manifestar de forma expressa o seu interesse em sair, isto porque, o pressuposto é de concordância automática²⁶.

Entende-se correto o consentimento genuíno do usuário, sobretudo quando *expresso, livre, específico e informado*. É cediço que, conforme asseveram os professores, os prestadores de serviços no ambiente virtual, na maioria das vezes, não proveem a possibilidade de atendimento ao dispositivo. Isso porque a mera condição de clicar em um botão com a legenda “*Li e aceito os termos de uso*”, obviamente, não é suficiente a esta condição.

26 LIMA; BARRETO JUNIOR, 2016, p. 72.

Hoje, aplicativos disponíveis para *smartphones* informam quais dados serão coletados para que o usuário autorize sua instalação. O avanço é inegável, ainda que se entenda que isso não seja suficiente.

O problema, ao nosso olhar, é que há diversos serviços informáticos dos quais todos os cidadãos dependem, a começar pelo acesso à internet, fornecido pelos chamados *provedores*, que geralmente são constituídos pelas empresas de telefonia, sem olvidar os serviços de e-mail, que possuem grande importância nas atividades laborativas desempenhadas em praticamente todas as áreas do mercado. A dependência de tais serviços faz com que seja praticamente indiferente o atendimento ao dispositivo da lei, mesmo que em plena conformidade com os requisitos do consentimento correto. Se o usuário depende do uso de e-mail para trabalhar, muitas vezes será obrigado a abdicar de sua privacidade, pois não há qualquer provedor de correio eletrônico que não exija tanto. Desse modo, o exercício de um direito fica condicionado à cessão de outro. Não se diga, quanto a este posicionamento, que se trata de uma relação privada que, em razão disso, tem total legitimidade para tais exigências. Isso por duas razões: i) não há total clareza de tanto ao consumidor, da mesma forma que ocorre com os contratos de adesão em ambientes físicos; e ii) o Marco Civil da Internet determina que a privacidade de dados e o acesso à rede são direitos dos cidadãos brasileiros.

Diante disso, entendemos ser legítima a exploração de dados dos usuários, mas, de igual modo, acreditamos que a sua forma e destinação devem ser repensadas, isto é, feitas de modo responsável, coadunadas com os preceitos constitucionais e do Marco Civil da Internet. É bastante incômoda a noção de que as iniciativas pública e privada têm conhecimento não apenas de quem somos nós na rede, o que permite a responsabilização de usuários mal-intencionados, mas também de todo o conteúdo que acessamos, por mais íntimo que possa ser, independentemente da respectiva garantia constitucional. Bauman enfatiza uma dupla certeza nesse sentido:

Então minhas conclusões são duas: em primeiro lugar, você nunca encontrará uma solução perfeita para o dilema entre segurança e liberdade. Sempre haverá muito de uma e muito pouco de outra, certo? E a segunda: você nunca irá parar de procurar essa mina de ouro²⁷.

27 BAUMAN apud FRONTEIRAS DO PENSAMENTO, 2011, Momento do vídeo: 25'22".

Necessário, nesse sentido, encontrar meios pelos quais possamos alcançar, ou ao menos nos aproximar, de um equilíbrio entre as garantias constitucionais do direito à privacidade e o acesso, mesmo que consentido, de dados privados dos usuários na internet. A questão, ao que parece, é a dicotomia já mencionada neste estudo, apresentada por Cohen e Bauman: a relação entre segurança e liberdade, a qual acreditamos que seguirá da mesma forma que este dilema oscila nas demais relações humanas, como um pêndulo de um relógio, que ora aponta a um lado, ora a outro.

6. Considerações finais

É inegável a necessidade do estabelecimento de princípios normativos para a proteção da privacidade, dignidade e, por reflexo, dos efeitos da superexposição de dados pessoais que resultam da utilização da internet. Antes do estabelecimento de consensos e da conscientização dos usuários quanto ao uso adequado da rede, surge o marco Civil dotado de relevância, significado e aplicabilidade na solução dos conflitos advindos da sociabilidade humana em meio digital.

A Sociedade da Informação, ao inovar a lógica comunicacional no mundo, a exemplo das transmissões de vídeos ao vivo pelas redes sociais, que vem tomando o lugar dos furos de reportagem, requer do Direito o olhar atento aos conflitos entre garantias como privacidade, liberdade e informação. O legislador brasileiro, atento às demandas jurídicas decorrentes deste contexto, busca ratificar os direitos e garantias constitucionalmente previstos, por meio da Lei 12.965/2014. A desnecessidade da repetição de direitos e da mera subsunção expressa à internet, sob o ponto de vista lógico, sugere o caráter mais político que jurídico da Lei, que aponta a necessidade de tutela jurídica dos fenômenos ocorridos na rede.

Ademais, malgrado o Marco Civil da Internet seja formalmente uma lei infraconstitucional, que deve se pautar pela Constituição Federal, é importante reconhecer seu conteúdo de direitos fundamentais, caracterizado não somente pelo rol constitucional nele compreendido, mas também por seu caráter diretivo, garantidor de direitos. Acreditamos que este estudo sobre a privacidade na Sociedade da Informação, embora discreto, possa contribuir para fomentar a discussão inerente à proteção de dados na internet, tema cuja importância nos provoca a continuar e desenvolver esta pesquisa. É certo que haverá discordâncias, as quais certamente enrique-

cerão este trabalho, pois não há aqui a pretensão de trazer respostas, mas apenas reflexões sobre segurança e liberdade em tempos de turbilhões de informações na rede mundial de computadores, escopo que certamente continuará sendo estudado por muitos nos próximos anos.

De bom tom enfatizar, por derradeiro, que a privacidade e a intimidade, por serem direitos de absoluta grandeza, não podem ser desprezados diante dos avanços tecnológicos, devendo se procurar, sempre e cada vez mais, mecanismos e instrumentos legais para se coibir eventuais transgressões, capazes de afetar sobremaneira a vida em sociedade.

Referências

BARRETO JUNIOR., Irineu Francisco. Dignidade da Pessoa Humana na Sociedade da Informação. In: SIMÃO FILHO, Adalberto *et al* (org e coord). *Direito da Sociedade da Informação: Temas Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto; DE LIMA; Cintia Rosa Pereira. (Org.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 100-127.

_____. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *O Direito na Sociedade da Informação*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____.; CÉSAR, Daniel. Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 12, n. 1 / 2017 p.65-88.

_____. Abordagens recentes da pesquisa jurídica na Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *O Direito na Sociedade da Informação II*. São Paulo: Atlas, 2009.

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

CASTELLS, Manuel. *The Rise of the Network Society*. 2 ed. Reino Unido: Wiley-Blackwell, 2010.

CORSI, Giancarlo. *On paradoxes in constitutions*. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (Eds). *Sociology of constitutions: a paradoxal perspective*. Oxfordshire : Routledge, 2016.

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, nº 01, 1993, p. 439-459.
- FRONTEIRAS DO PENSAMENTO. *Zygmunt Bauman – Fronteiras do Pensamento*. 10 ago. 2011. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>. Acesso em 28 out. 2016, às 15:12.
- G1. *Hackers invadem site do Pentágono e roubam projeto de avião de US\$ 300 bi*. São Paulo, 21 abr 2009. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL1092884-6174,00-HACKERS+INVADEM+SITE+DO+PENTAGONO+E+ROUBAM+PROJETO+DE+AVIAO+DE+US+BI.html>. Acesso em 23 out 2015.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Gaberllini. Metodologia Jurídica Político-Constitucional e o Marco Civil da Internet: Contribuição ao Direito Digital. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coord). *Marco Civil da Internet: Lei 12965 / 2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LIMA, Marco Antonio de; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Marco Civil da Internet: Limites da previsão legal de consentimento expresso e inequívoco como proteção jurídica dos dados pessoais na Internet. In: CONPEDI (org); FREITAS, C. O. A.; CELLA, J. R. G. (coord). *Direito, Governança e Novas Tecnologias*. Florianópolis: Conpedi, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Atlas. 1999.
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PAGNAN, Rogério. *Metade do país acha que 'bandido bom é bandido morto', aponta pesquisa*. Folha: São Paulo, 5 out 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1690176-metade-do-pais-acha-que-bandido-bom-e-bandido-morto-aponta-pesquisa.shtml>. Acesso em 20 out 2015.
- PASQUINO, Teresa. Serviços da Sociedade de Informação: Tutela dos Dados Pessoais e Regras de Conduta. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- RAMOS, Murilo César. Comunicação, Direitos Sociais e Políticas Públicas. In: PERUZZO, Cicilia; BRITTES, Juçara (org). *Sociedade da Informação e Novas Mídias: participação ou exclusão?*. São Paulo: INTERCOM: 2002.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para Formação de um Regime de Dados Pessoais. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú de; AMENI, Cauê S. *Regulamentação da Internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França*. [S. l]: Scielo: 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/2014nahead/0104-5970-hcsm-50104-59702014005000015.pdf>. Acesso em 3 nov. 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVEIRA, Sergio Amadeu. *Cidadania e redes digitais = Citizenship and digital networks*. 1a ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil: Maracá – Educação e Tecnologias, 2010.

Recebido em 12 de abril de 2017.

Aprovado em 10 de abril de 2018.

Constituição, cidadania e trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada na solidariedade

*Constitution, citizenship and labour: premisses for
recognition of a state rationality guided at solidarity*

Jailton Macena de Araujo *

Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa-PB, Brasil

1. Introdução

A necessidade de estruturação de uma atuação estatal pautada na eticidade orienta as políticas públicas segundo a conformação dessas ações ao panorama inclusivo determinado no texto constitucional brasileiro. Essa conformação é a idealização prática dos valores definidos pelo constituinte, identificados com os direitos fundamentais, os quais tratam de uma racionalidade que deve permitir a condução das ações estatais à efetiva promoção da cidadania e do desenvolvimento.

A partir dos valores sociais constitucionalmente estabelecidos, enquanto elemento jurídico vinculante das políticas e ações do poder público, a solidariedade estabelece os vínculos sociais e jurídicos entre os titulares dos direitos sociais e os sujeitos da obrigação social, toda a sociedade e, principalmente, o Estado.

Subjetivamente considerado, o Estado deve reconhecer os valores albergados na ordem jurídica e conciliá-los em torno da sua atuação prática, promovendo a revitalização normativa desses valores e a sua efetividade. É exatamente nesse sentido que se estabelece a compreensão material da Constituição.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: jailtonma@gmail.com

A compreensão material da Constituição liga-se à ideia de Estado Democrático de Direito, apontando as transformações sociais exigidas para que a materialidade axiológica (ou os seus valores) seja posta em prática. Para que seja então realizada, a Constituição deve se instrumentalizar o Estado, através de suas políticas públicas, na busca dos escopos apontados pelo seu texto.

A partir de uma avaliação teórica, de base constitucional, pretende-se lançar luzes sobre os elementos que compõem a racionalidade e a eticidade constitucional que orienta as bases normativas para as ações públicas do Estado brasileiro. As razões que levaram a ordem jurídica a acolher e positivizar determinados direitos é determinada por essa racionalidade, pautada na solidariedade, a qual orienta a as mais variadas esferas da vida pública.

Para tanto, parte-se de uma abordagem teórico-normativa pautada na análise axiológica da Constituição Cidadã de 1988, de modo a estabelecer, dedutivamente, a premissa normativa da solidariedade como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro que assenta a sua eticidade e, portanto, a racionalidade normativa, na não economicidade, mas na solidariedade.

2. Da necessidade de estruturação de uma ética racional pautada na solidariedade

A título de definição inicial, é necessário que se apresente a compreensão de racionalidade utilizada no presente trabalho, compreendida e identificada com a ideia de razão (científica) acerca do entendimento do próprio mundo.

Para Weber¹, a ideia de racionalidade supera a mera compreensão das coisas alcançando uma revelação sobre a própria compreensão do mundo ao redor. No contexto social do Ocidente a racionalidade foi instituída sobre a ideologia capitalista, que tem como elemento de ordem a dominação. A dominação como característica primordial da racionalidade econômica determina que tudo o que há deve ser sujeitado e servir ao homem para a satisfação de necessidades. O outro é um competidor na busca por mais e melhores lucros.

Apresenta-se, nessa medida, uma proposta diversa da racionalidade econômica, na qual a ideia de solidariedade, como objetivo normativo e

1 WEBER, 2005, p. 46.

intersubjetivo, é levada em consideração. O outro é encarado como sujeito de direitos, cuja realização conta com o comprometimento de todos os demais sujeitos sociais.

A ampliação e reforço de uma racionalidade econômica que tem se colocado cada dia mais fortemente nas estruturas sociais brasileiras tem limitado a realização dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais. O que ocorre é que deve haver uma guinada no sentido contrário dessa racionalidade econômica no sentido de que haja a superação do paradigma da exploração capitalista.

O direito e o Estado devem desempenhar um papel de reestruturação dos valores sociais que tenham na cidadania e na participação social sua base. Semelhante formulação decorre da compreensão da função central das políticas sociais, que é a melhoria das condições de vida dos cidadãos brasileiros. A principal característica da proteção dos direitos sociais é o reconhecimento da hipossuficiência da grande maioria de cidadãos pobres que se encontram à margem da economia e da realização dos direitos sociais, que tem no trabalho a sua origem.

O mínimo para a existência digna do cidadão é a garantia de desenvolvimento, ante a reprodução das medidas econômicas que tencionam tão somente o crescimento, relegando o valor humano do trabalho da centralidade indispensável que deve possuir. Nessa medida, deve-se reconhecer que há sistemas que integram o plano normativo-constitucional, a saber, os aspectos políticos, econômicos, sociais, financeiros, tributários etc. Cada uma dessas estruturas é entendida como um “conjunto de elementos que entre si se correlacionam e se implicam de modo a representar dado campo unitário de significações”² e que compreendem, de modo muito simplista, as várias funções que o direito exerce. Essas estruturas implicam a pluralidade de elementos que compõem a ideia de desenvolvimento, determinada pela atuação estatal.

Por sua vez, a solidariedade se caracteriza pela ideia de coesão e adesão entre os sujeitos sociais em torno de um fim comum, consolidando uma responsabilidade compartilhada. A solidariedade tem a função de integrar as diversas instâncias estatais em uma única direção que é a concretização dos valores e objetivos constitucionalmente assegurados.

2 REALE, 1994, p. 5.

A solidariedade, ainda, deve ser invocada como uma substituição do individualismo, sustentando a evolução de uma ética privatista para uma publicista, que fundamente e respalde toda a atuação estatal. Constrói-se, nessa perspectiva uma eticidade solidária que fundamenta as ações humanas. Em razão da ética solidária, estabelece-se a determinação de sujeição dos interesses individuais ao interesse comum, de modo a orientar o regime de direitos e obrigações contidos na Constituição.

O Estado, pautado num argumento ético-jurídico, acaba por definir os objetivos estratégicos que devem ser alcançados na sua atuação. Essa definição estratégica não deve ser aleatória. Ao contrário: a definição da estratégia estatal para alcançar os seus objetivos deve ser orientada por uma racionalidade, compreendida por uma política clara de atuação, na qual são definidas as metas e as ações que devem ser desenvolvidas para o seu atingimento.

É, pois, substancial que se passe a tratar da definição da racionalidade constitucional brasileira, a partir das premissas normativas contidas na Carta de 1988, e o seu papel fundamental na adoção das políticas assistências como fator de desenvolvimento e emancipação social.

3. Das premissas normativas para a definição de uma racionalidade constitucional brasileira

No que se refere à atuação estatal na busca do objetivo de plenitude de realização da pessoa humana, é a Carta Maior que apresentará os valores necessários à coerência do sistema. Os valores definidos no texto constitucional possibilitam que os conflitos sociais e normativos, mesmo que decorrentes de omissão (normativa ou fático-empírica) sejam superados, como supedâneo para a preservação do sistema.

Os princípios constitucionais, uma vez reconhecida sua normatividade, na perspectiva do neoconstitucionalismo, condicionam o comportamento social, assim como as regras que orbitam na ordem jurídica posta. A dualidade que se estabelece entre os mecanismos de reflexão sobre o direito, estabelecidos pelos valores nele contidos, e o rigor técnico assentado nos procedimentos desenvolvidos na sua prática não é ocasional, mas o resultado de complexa digressão pratico-teórica a respeito da racionalidade normativo-social definida pelos objetivos do conjunto social.

A partir dessas digressões, muitos elementos das ciências naturais, inclusive, são albergados pela teoria da instrumentalidade do direito.³ É fato que tais compreensões associadas e implementadas em conjunto na hermenêutica jurídica estabelecem algumas perspectivas que fomentam a cientificidade, possibilitando a verificação prática das realizações do objeto jurídico.

A atuação do conjunto social passa a ser definida e orientada por esses valores, no sentido de que a legitimidade dessas ações apenas será possível com a atuação consoante essa carga axiológica. O que para Luhmann⁴ é expresso na positivação do direito como fenômeno segundo o qual todas as valorações, normas e expectativas de comportamento na sociedade têm de ser filtradas através dos processos decisórios antes de poder adquirir validade.

É clara a heterogeneidade do ordenamento jurídico enquanto sistema que apresenta distinções em suas estruturas no que se referem aos elementos que o compõem. Notadamente as normas jurídicas são as responsáveis por contrapor os fatos, os interesses e as ideias, no sentido de promover soluções a partir do “[...] imperativo axiológico de coerência do ordenamento como um postulado de convivência social”.⁵ É nesse contexto de opções sócio-políticas que são definidos o norte normativo e a execução prática do projeto constitucional que eleva o conjunto axiológico definido pela sociedade como o ponto central à estabilização do sistema social.

A principal razão de existência desse aporte normativo e coerente axiologicamente com a liberdade de atuação dos sujeitos sociais decorre da gravitação do processo democrático que exige da experiência jurídica soluções plurais e coerentes com o cerne do sistema jurídico, que é representado pela Constituição.

As reflexões de Hesse seguem nesse sentido, especialmente, quando assevera que a Constituição não é apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser, que exige eficácia:

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Ela não é apenas determinada pela rea-

3 STEIN, 2008, p. 29-40.

4 LUHMANN, 1987, p. 141,

5 REALE, 1994, p. 91

lidade social, mas também determinante em relação a ela. Desse modo, a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem até ser diferenciadas, mas não definitivamente separadas ou confundidas.⁶

É através do texto constitucional que se originam os veios que fundamentam as experiências jurídicas que devem ser postas em prática. A pretensão de eficácia da materialidade axiológica constitucional deve ser a força determinante para condicionar a realidade e a normatividade em torno dos principais valores abrigados no sistema jurídico.

É nesse sentido que se extrai que o desenvolvimento passa a ser o vetor do processo de realização da dignidade da pessoa humana, conferindo materialidade às ações estatais e ao ordenamento jurídico. Desse modo, a estratégia de desenvolvimento para o Brasil deve ser informada por duas facetas: (1) qual o ponto de chegada pretendido pela sociedade rumo ao intento de desenvolvimento? e, (2) qual o percurso econômico a ser realizado, o qual deve facilitar a plena qualidade de vida para todos?

A correlação entre os dois questionamentos, embora pareça improvável, segundo uma “ética” de mercado, revela a expressão determinada pelos valores impregnados no texto constitucional brasileiro.

Quanto à primeira questão, não se pode afastar a ideia de desenvolvimento insculpida na Carta de 1988, que não seja afeta à ideia de solidariedade e de cidadania, valores sobre os quais repousa a ideia de desenvolvimento focado nas pessoas, ou, nas palavras de Sen⁷, de um “desenvolvimento como liberdade”, capaz de promover uma “liberdade igualitária”.⁸

A compreensão de desenvolvimento, centrado nas pessoas e nos valores cidadania e solidariedade (nos termos do objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária), é determinante para definir o ponto de chegada do desenvolvimento que se pretende. O desenvolvimento pretendido pela sociedade brasileira é aquele cujos benefícios sejam solidariamente partilhados entre todos os cidadãos, com vistas a atingir um padrão de bem-estar e justiça sociais da forma mais abrangente possível.

Quanto ao segundo questionamento (após a constatação de que o ponto de chegada do desenvolvimento pretendido pela sociedade é aquele que

6 HESSE, 1991, p. 15.

7 SEN, 2005.

8 DELA VOLPE, 1982.

permita a realização para as pessoas de um padrão mínimo de bem-estar e justiça social que possibilite a realização de uma liberdade igualitária e includente), não se pode negar que para que se atinja o ponto de chegada do desenvolvimento, o percurso deve ser coerente e direcionado para esse objetivo.

Desse modo, o percurso econômico a ser realizado, no sentido da realização de um desenvolvimento centrado nas pessoas, o qual deve facilitar a plena qualidade de vida para todos, deve ser aquele em que os mesmos preceitos de cidadania, solidariedade se expressem de modo concreto, através de ações também centradas nas pessoas.

O percurso econômico centrado nas pessoas deve promover uma conformação sólida da atuação estatal ao valor social do trabalho de modo a permitir a integração econômica dos sujeitos socialmente mais débeis, garantindo oportunidades e meios para a participação democrática na economia. Talvez por essa razão a conclusão no sentido de que “extraordinário é que a economia deve, supostamente, tratar de pessoas reais”⁹ seja tão surpreendente para a sociedade do capital.

Sen¹⁰ afirma que há um “surpreendente [...] contraste entre o caráter não-ético da economia moderna e o fato de que ela evoluiu historicamente como uma derivação da ética”. Segundo o autor, a derivação ética da economia teria se perdido, restando apenas uma mera justaposição teórica, de natureza histórica. A tendência humana de agir sempre direcionada a uma motivação que, tendencialmente, é avaliada quanto aos fins que se pretende alcançar, é expressa por um “comportamento humano” que não se liga às questões éticas, assim, “Quanto aos fins, supõe-se, sem mais, que sejam dados; o objeto da reflexão é definir os meios mais adequados a alcançá-los”.¹¹

Essa expressão de determinação de meios para se atingir determinados fins, muito mais do que uma “reflexão” ética, é a expressão de uma engenharia humana que determina a condução das opções econômicas de uma sociedade, preocupada muito mais com questões práticas relacionadas à prosperidade material. A “ética” do mercado é, portanto, o atingimento dos seus fins, a maximização dos lucros e a redução dos custos de produção.

9 SEN, 1992, p. 104.

10 SEN, 1992, p. 104.

11 SEN, 1992, p. 106.

Em face desta acepção, que tem imperado ao longo da história, Sen (1992, p. 107) afirma “[...] que as profundas questões levantadas pela visão ética da motivação e do bem-estar social têm de assumir um lugar importante na economia moderna [...]”, para mais adiante constatar que “[...] é impossível não perceber a recusa da análise normativa profunda, e o desprezo da influência de considerações éticas na caracterização do comportamento humano real”¹², os quais têm levado a profundos abismos sociais que ampliam a reificação do homem, reduzindo a mero objeto do mercado.

O bem-estar deve ser a finalidade maior da ética social, de modo a promover uma alteração da racionalidade social em função dos valores e necessidades humanas, pautadas na solidariedade. Evidentemente, há de se reconhecer que especificamente podem ocorrer, na dinâmica social da vivência do Direito, implicações mútuas dos valores dignidade e desenvolvimento, envolvendo contrastes, antinomias e projeções axiológico-normativas contínuas.

Devem ser levadas em consideração, pois, as lacunas de normatividade e, principalmente, de efetividade dos direitos sociais e a sua repercussão econômica. Esses conflitos podem aparentar certa ambiguidade no que se refere à eficácia real dos valores diante de uma ideologia econômica centrada no capital (e não nas pessoas). Contudo, deve-se compreender que se está diante de um processo normativo que envolve aspectos históricos e sociais abertos e que transcorrem, no percurso do tempo, de forma lenta – mas que ainda assim exigem eficácia.

A atuação estatal (através da implementação, execução, acompanhamento e avaliação das políticas públicas) deve, necessariamente, integrar o plano do desenvolvimento, sob pena de tornar falaciosa a materialidade axiológica constitucional, o que tenderia a tornar fracassado o projeto político delineado para o Estado brasileiro desde 1988. Assim, o percurso e o ponto de chegada pretendido devem ser o fio-condutor dos processos sociais e econômicos, congregando todos os fatores, mesmo os mais contraditórios.

As múltiplas variáveis exigem do sistema jurídico uma solução que reconheça as estruturas jurídicas dos direitos sociais do modo mais plural possível, mesmo inserido no modo de produção capitalista. Por essa razão pode-se afirmar que as contraposições normativas aparentes devem

12 SEN, 1992, p. 108.

ser superadas a partir do manejo de processos interconexos, dialéticos e complementares. É nessa medida que se reconhece o importante papel da Constituição como Lei Maior e fundamento de validade de todos os sistemas e subsistemas.

É saber: o sistema jurídico se estabelece como uma construção, que embora múltipla, retira de sua fonte de validade e fundamento os elementos que possibilitarão a realização dos valores primordiais à realização da pessoa humana. Essa carga axiológica tem o papel, no contexto constitucional brasileiro, de gerar dignidade a partir do desenvolvimento, o que repercute, consoante Reale, no ordenamento jurídico nos seguintes termos:

[...] o ordenamento jurídico configura-se mais como um ecossistema complexo e variegado, que abrange uma multiplicidade de sistemas e subsistemas normativos que se escalonam uns distintos dos outros, em função de diversos campos de interesse, muito embora todos eles se situem e se insiram no âmbito do comum horizonte de validade da Constituição de cada povo (Direito Interno) ou, então sob o horizonte de coexistência universal pela *comunitas gentium* para sobrevivência e desenvolvimento dos povos em igualdade de direitos (Direito Internacional).¹³

A afirmação de Reale acima transcrita apresenta a necessidade de realização do complexo normativo orientada pela carga axiológica constitucional. O complexo normativo decorre dos valores definidos internamente no plano normativo constitucional, mas também está assentado no *comunitas gentium*, sendo inserido no direito interno, com o intuito de promover uma ética comum que tenha a pessoa humana como centro dos processos normativos. É nesse sentido que o conjunto de direitos adotado pela ordem jurídica se influencia mutuamente e se estabelece como um campo normativo comum definido pela Constituição em torno da carga axiológica por ela abrigada.

No caso da Constituição Federal brasileira de 1988, fica claro o campo normativo que abriga a materialidade axiológica, definido pelos direitos sociais. Os direitos sociais proporcionam a tônica da unidade na realização dos direitos essenciais à cidadania solidária, determinando uma centralidade normativa que confere unidade ao sistema jurídico.

13 REALE, 1994, p. 95.

Em decorrência dessa centralidade normativa dos direitos sociais, deve-se operar uma racionalidade que sustente o normativismo constitucional capaz de promover as transformações emancipatórias, as quais vinculem a atuação do aplicador do direito aos valores materialmente consagrados na Constituição. À luz dessa compreensão normativa centrada na Constituição se estabelece a ideia de constitucionalismo definidor das estruturas sociais e normativas que devem ser orientadas pelos valores nela definidos.

Nessa esteira, os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sociais devem ser utilizados, eficazmente, como mecanismos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente do texto constitucional. O que Reale¹⁴ denomina “pressuposto lógico-axiológico da unidade do sistema” determina a introdução no sistema normativo vigente de um conjunto de valores que tende a resolver os problemas relativos à disciplina das ações estatais, definidas por uma racionalidade. Essa racionalidade autoriza, através do recurso aos princípios primordiais albergados no sistema constitucional, o estabelecimento de metas e de meios para que os objetivos sociais (estatais) sejam alcançados.

Os direitos com as quais as ações e políticas públicas estatais se identificam são, obviamente, os direitos sociais que são guiados pelo princípio da igualdade, sob a perspectiva da equidade e da solidariedade, permitindo à sociedade exigir ações positivas do poder público, no sentido de transformar aqueles valores em realidade. Decorre daí o papel de provedor, garantidor e regulador do Estado no suprimento das necessidades decorrentes das exigências dos direitos sociais.

A essencial realização do desenvolvimento tendente à emancipação exige que os valores fundamentais tornem possível a unidade do ordenamento jurídico como um imperativo social de conformidade das políticas estatais à ordem constitucional vigente. A definição de uma necessária efetividade da ação estatal estabelece um dever de desenvolvimento que se fundamenta num núcleo normativo que define o papel estatal e a relevância de sua atuação.

Não se pode considerar razoável que a inefetividade constitucional seja o padrão normativo comum e normal da realidade social brasileira. Como bem arrazoa Streck¹⁵, a força normativa constitucional não pode ficar a

14 REALE, 1994, p. 100.

15 STRECK, 2003, p. 199.

mercê do cumprimento seletivo dos seus dispositivos considerados “menos significativos” na Lei Maior, enquanto que aquilo que é o seu núcleo essencial fundamental é sistematicamente descumprido. E esse núcleo essencial é determinado pelos direitos sociais. E os direitos sociais, como direitos humanos que são, exigem uma atuação intervencionista do Estado, no sentido do cumprimento do núcleo social do Estado Democrático de Direito definido na Constituição.

4. Solidariedade e a materialidade axiológica constitucional brasileira

Os direitos sociais devem ser instrumentalmente promovidos consoante os valores que são definidos no texto da Lei Maior. Nessa medida, não se pode olvidar que a carga axiológica determinada pela Constituição Cidadã de 1988 é assentada na realização da dignidade.

Realizar a dignidade dos cidadãos brasileiros, especialmente dos que se encontram em situação de desamparo ou de hipervulnerabilidade, é converter em ações os princípios de erradicação da pobreza, com a redução das desigualdades sociais, de modo a se reduzirem as desigualdades regionais e sociais.

Mencionados valores, até pela conformação normativa que detém, acabam por se converter em objetivos a serem alcançados em face de uma racionalidade expressamente demonstrada na Constituição. Fica claro então que esses objetivos estão assentados numa carga axiológica maior e mais abrangente que define e orienta todas as ações sociais pautadas na materialidade constitucional, cuja carga axiológica é claramente assentada na solidariedade.

A solidariedade acaba por se colocar como o centro dos objetivos constitucionais, de modo a conduzir a efetivação dos direitos, funcionando como a síntese da materialidade constitucional que se deseja alcançar. A solidariedade passa a ser considerada valor e objetivo declarados na Constituição Federal de 1988. Sua expressão ocorre, a um só tempo, na determinação de “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como na “redução das desigualdades regionais e sociais”, e na determinação de “erradicação da pobreza e da marginalização” objetivos definidos no artigo 3º.

A densificação normativa da solidariedade impõe deveres sociais ao Estado, numa acepção vertical de garantia de direitos e também horizontal

ao determinar as ações a serem desenvolvidas pelo Estado. Para Martínez¹⁶, a solidariedade abrange três critérios ou vertentes principais: (1) a solidariedade social, que abrange os membros da sociedade entre si, na perspectiva socioeconômica, alcançando os membros mais vulneráveis segundo sua situação econômica, social e física ou psíquica; (2) a solidariedade na perspectiva inter-geracional, de modo que a realização do bem-estar da geração atual não comprometa o bem-estar das gerações futuras, quanto ao uso dos recursos naturais ou das riquezas produzidas pela sociedade; e, (3) a solidariedade na perspectiva global, a qual norteia o surgimento de uma cultura solidária que liga grupos genéricos de homens ou cidadãos em torno de uma ideia cooperativa ou transnacional entre povos e nações.

Essas ações, fundadas no valor solidariedade, estabelecem benefícios aos cidadãos, especialmente os mais vulneráveis determinando uma melhoria nas condições de vida e na realização da dignidade dos sujeitos pobres. Manter a ideia de solidariedade restrita à compreensão tradicional, embora determinante de ações sociais, supõe a distribuição dos benefícios sociais sem qualquer tipo de contrapartida social. Contudo, encarar a solidariedade como uma determinante normativo-objetiva confere a obrigatoriedade de se postular a existência de um contrato social firmado por toda a sociedade.

4.1 A perspectiva do Estado Democrático Solidário de Direito

Como decorrência do contrato social pautado na solidariedade, cada cidadão que receba os benefícios e usufrua do desenvolvimento é também responsável pelo conjunto de direitos e deveres a ele relacionado. É exatamente nesse sentido que são consideradas, por exemplo, as ações da assistência social brasileira, como as condicionalidades do Programa Bolsa Família¹⁷.

16 MARTÍNEZ, 1999, p. 180.

17 As condicionalidades podem se identificadas como reforço ao exercício dos direitos sociais básicos nas áreas de saúde e educação, por meio do cumprimento de ações legalmente definidas, no intuito de contribuir para que as famílias pobres, beneficiárias do Programa Bolsa Família, consigam romper o ciclo da pobreza entre gerações. As condicionalidades são relacionadas à implementação dos direitos sociais, associadas à distribuição do benefício pecuniário, no intuito da promoção da justiça social. Para terem acesso aos benefícios do PBF, as famílias têm de cumprir as condicionalidades determinadas pela legislação do programa, tais como manter a frequência escolar de 85% das aulas para alunos dos 6 aos 15 anos; de 75% para adolescentes de 16 e 17 anos; observar o calendário de vacinação infantil e acompanhamento do pré-natal dentre outras medidas.

Essas ações condicionadas da solidariedade impõem uma correlação entre a ação de todos os sujeitos sociais envolvidos na relação jurídica da assistência social, que corresponde a uma perspectiva de deveres fundamentais, correlatos aos direitos fundamentais. A ideia de deveres fundamentais apresentada por Nabais¹⁸ é verificada como uma decorrência da solidariedade enquanto dever de comprometimento, na qual a liberdade é contraponto das responsabilidades correspectivas.

Os deveres fundamentais apresentam-se como obrigações aos indivíduos, correlatos e integrantes do exercício dos direitos. Assim, se os direitos se apresentam como decorrência da titularidade jurídica dos cidadãos sobre os bens sociais, exercidos em face do Estado; aos cidadãos cabem também deveres, como uma contrapartida, em face do Estado e da sociedade.

Nas palavras de Nabais¹⁹, os deveres fundamentais têm como fundamento, por um lado, (1) uma razão lógica, como expressão da soberania fundada na dignidade da pessoa humana; e, por outro lado, (2) a sua previsão constitucional, uma vez que são assentados na base sobre a qual repousa o Estado (Democrático) de Direito cuja primazia é a dignidade da pessoa humana.

É evidente, pois, que cada cidadão individualmente considerado tem importância nas ações em prol da solidariedade e essa relação jurídica é determinada pelo protagonismo Estatal, como promotor da racionalidade solidária. O Estado é o único detentor dos meios capazes de promover a articulação social em torno dos valores determinados na materialidade axiológica constitucional garantindo os meios para a promoção do desenvolvimento.

O Estado Democrático de Direito delineado na Constituição Federal de 1988 é o ponto convergente dos valores sociais em torno da solidariedade. No contexto socioeconômico de pobreza e desigualdades no qual está inserido o Brasil, o Estado Democrático de Direito, definido no texto constitucional, apenas é capaz de apreender a amplitude da solidariedade e da promoção do bem-estar se houver uma atuação positiva que ponha os seus valores em prática.

Embora a sedimentação das desigualdades e das violações aos direitos fundamentais, pareça não mais afligir as instituições políticas e sociais é a

18 NABAIS, 2007.

19 NABAIS, 2001, p. 6-7.

superação a esses obstáculos que definem a materialidade axiológica constitucional. Essa materialidade axiológica estrutura-se pela força normativa da Constituição, nos direitos sociais, no valor social do trabalho e, principalmente, na solidariedade.

A materialidade axiológica, que tem como núcleo os direitos sociais, passa a definir o se pode chamar de “Estado Democrático Solidário de Direito”, o qual decorre da opção do legislador constituinte pela constituição da República Federativa do Brasil sob o manto do “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, CF/1988). Entretanto, a expressão “Estado Democrático Solidário de Direito” é aqui empregada como uma forma de chamar atenção para a centralidade dos direitos sociais e valores sociais assegurados no texto da Constituição Federal de 1988, a partir da revelada importância do objetivo da República de construção de uma sociedade, livre, justa e solidária.

Embora no Brasil, ainda sejam fortes as características oriundas do Estado Liberal, o Estado (pretensamente) Social tem cada vez mais assumido o papel de protagonista nas mais diversas áreas, as quais inclusive eram destinadas ao setor privado. Na verdade, as características do Estado Liberal e do Estado Social, tem se sobreposto, sem, necessariamente, superar um ao outro.

O Estado Democrático Solidário de Direito retoma as promessas do Estado de Bem-Estar Social, identificado pelo “[...] conjunto de intervenções públicas visando à promoção de bem-estar e envolvendo (algum grau de) redistribuição de renda”²⁰, reconfigurando os objetivos do Estado, em consonância com a racionalidade e a cidadania solidárias, ampliando e identificando essas ações com uma corresponsabilização de todos em prol do atingimento daqueles objetivos.

Como aduz Kerstenetzky²¹, a constituição de um sistema minimamente coerente não é uma tarefa fácil, exigindo do conjunto das ações estatais a maximização do potencial redistributivo e desenvolvimentista. Não se pode negar o protagonismo do Estado nessas ações de solidariedade, as quais assumem, hodiernamente, múltiplas formas: provisão direta, financiamento, regulação, controle democrático etc.

O distanciamento dessa raiz normativa social deve ser superado, com a construção de premissas claras que apoiem a realização dos objetivos

20 KERSTENETZKY, 2012, p. 447.

21 KERSTENETZKY, 2012a, p. 276.

constitucionais e a atuação conformada com essas premissas normativas. Especialmente em razão das complicações decorrentes da crise econômico-financeira atual, as possibilidades históricas, aventadas para o Estado Social clássico, têm se perdido diante da degradação das contas públicas e da necessidade de substituição do Estado Providência por uma compreensão mais ampla da cidadania.

É nesses termos que a superação dos problemas enfrentados mundialmente, graças à globalização em todas as suas dimensões, exige uma atuação solidária entre as pessoas e entre as gerações. A igualdade de oportunidades que se admite como objetivo do Estado Democrático Solidário de Direito rememora as raízes do Estado Social, que se pauta na realização de uma “liberdade possível – e, portanto, necessária” que “não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por justas que sejam, a alcançar no futuro”.²²

A raiz social do Estado brasileiro deve ser determinante para a demarcação de atitudes positiva e socialmente coerentes com a axiologia material da Constituição. O Estado Democrático Solidário de Direito estrutura-se, pois, (1) na ideia nuclear da democracia, a qual é instrumentalizada pela cidadania, como mote primordial de inserção dos seus sujeitos sociais; (2) na legalidade em sentido amplo, característica determinante da sua conformação, por funcionar como mecanismo de garantia da ordem e da segurança jurídica; e, (3) na abrangência da carga valorativa determinada pela solidariedade, como elemento axiológico que orienta e define as ações sociais e estatais em prol do desenvolvimento e da melhoria de vida de todos os cidadãos.

A solidariedade passa a constituir um fator político determinante para a superação dos obstáculos impostos pela realidade, dominada pelo modo de produção capitalista. Isso quer dizer, que não se pode falar em desenvolvimento, em erradicação da pobreza, em redução das desigualdades regionais e sociais e em promoção do bem de todos se não se estabelecer a solidariedade como mote primordial e fio-condutor da atuação do Estado.

A solidariedade funciona como o alicerce dos direitos fundamentais, os quais decorrem dos princípios constitucionais, em especial do direito às prestações materiais essenciais à garantia de um mínimo para a existência digna. A par dessa configuração fundamental, a solidariedade passa a orien-

22 MIRANDA, 2011, p. 3.

tar também uma forte conotação política, servindo de norte para a regulação social apta a abrir a sociedade a sua própria correlação intersubjetiva.

A representação política da solidariedade conforma a própria convivência social e a atuação institucional do Estado, cujo papel primordial é, estando atento aos avanços na prática dos direitos sociais, evitar os refluxos sociais diante das circunstâncias atuais de instabilidade, incertezas e múltiplas contradições da denominada sociedade de risco.

Não se pode olvidar que a prevalência da solidariedade é também instituída dentre os princípios da ordem econômica, ao tratar especificamente da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e sociais. No caso do Brasil, a nuance econômica da solidariedade deve ser traduzida através de uma atuação concreta, como uma diretriz indispensável à conceituação, construção e implementação de políticas econômicas socialmente responsáveis pela promoção da cidadania de milhares de pessoas pobres.

A opção constitucional por objetivos de cunho social, que têm a solidariedade como seu fundamento, é a demonstração lógico-normativa da vontade da Constituição. Essa opção racional deve corresponder, portanto, à franca conformação da atuação do Estado aos objetivos sociais abrigados no texto da Constituição.

É considerar que o texto constitucional determina a relevância dos seus valores enquanto norte de racionalidade da atuação estatal nas esferas política, econômica, jurídica e social. Consoante as reflexões de Sen²³, a “[...] escolha racional tem de responder a alguma exigência, pelo menos, no que diz respeito à correspondência entre o que se quer e o que se faz para obtê-lo”. Desse modo, a escolha racional pela solidariedade deve determinar que as ações do Estado e da sociedade sejam no intuito de promover esse fim, numa clara conformação entre os fins e os meios para a sua obtenção.

A solidariedade, encarada como princípio constitucionalmente fundado, é compreendida no núcleo axiológico do Estado como um dos *ethos* a ser seguido na idealização de uma racionalidade solidária. A compreensão acerca do pertencimento a um grupo social acaba por impor o compartilhamento de benefícios e a responsabilidade nas dificuldades, revitalizando o ideal revolucionário da “fraternidade”.

23 SEN, 1992, p. 113.

A ideia defendida é de que o direito vá além de suas fronteiras, estabelecendo um parâmetro material que favoreça transformação pela absorção das necessidades sociais, a partir do estabelecimento dos mecanismos procedimentais que permitam a efetividade (facticidade) e a execução desses mesmos direitos. O que é afirmado na premissa de que Estado Democrático Solidário de Direito se propõe a oferecer oportunidades iguais de acesso ao bem-estar.

A função social do direito deve ser assentada racionalmente nos valores e termos reconhecidos no plano constitucional. Para tanto, o Estado (reconhecido como instituição fundamental ao lado do direito) precisa ser configurado de acordo com um esquema fundamentado na perspectiva nuclear dos sociais estabelecidos na Constituição. Assim, todos (cidadãos e instituições) estão condicionados à ideia de solidariedade.

A solidariedade apresenta-se como uma válvula de transmissão das melhorias nas condições de vida das pessoas e na ampliação das possibilidades. A partir do aumento das oportunidades concretiza-se, na vida dos cidadãos, a ampliação das disponibilidades sociais e econômicas que promovem inserção – isto colocado como algo que deve ser constantemente melhorado e ampliado para o maior número de pessoas possíveis.

Nesse ponto, julga-se oportuno remeter às reflexões de Romão, para quem:

Toda vez que a Constituição utiliza um verbo no *modo imperativo futuro* para enunciar uma ação ou comportamento a ser adotado está instituindo um dever de progredir do *status quo* (ser), social ou normativo, ao *modo-de-ser* desvelado por um *dever-ser* inscrito na norma.²⁴

Essa compreensão de um dever de desenvolvimento progressivo²⁵ decorre da determinação de uma racionalidade voltada para a solidariedade, na qual se exige sempre um aumento, um avanço ou a intensificação do

24 ROMÃO, 2009, p. 92

25 O dever de desenvolvimento progressivo é consagrado no artigo 26 do Pacto de San Jose da Costa Rica, nos seguintes termos: “Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

patamar social anterior. O Estado, como o responsável pela condução dos processos sociais e econômicos deve atuar no sentido de constituir os sujeitos sociais mais vulneráveis das condições para a ampliação, avanço e melhoria do patamar social.

A ampliação normativo-constitucional orienta a eficácia e a concreção dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, irradiando efeitos para todo o sistema jurídico. Impõe-se, pois, o dever de reestruturação das ações estatais em consonância com os eventuais avanços percorridos em todas as searas. Os determinantes da ideologia liberal devem ser superados paulatinamente em função da ampliação da eficácia da estrutura social determinada pela solidariedade. Solidariedade que é assentada no dever ser de ampliação e melhoria que possibilita um dever de desenvolvimento progressivo.

Como se pode vislumbrar, o conceito de desenvolvimento foi incorporando à ideia de aumento de bem-estar, satisfação das necessidades primárias e secundárias e melhoria das condições de vida. A confluência do desenvolvimento em torno da ideia de melhoria é determinante de um arcabouço institucional e instrumental que possibilite que ações sejam implementadas pelos poderes públicos e pelos atores internacionais no sentido de colocar em prática os direitos através do manejo de recursos econômicos e meios técnicos para promover as mudanças sociais necessárias.

Nessa medida, não se trata de mudar a legislação em si, mas de reconhecer, no contexto sistêmico da legislação, os fundamentos básicos do ordenamento jurídico. O conjunto de possibilidades que tenciona as transformações sociais, a partir dos valores assegurados, deve ser capaz de adaptar a realidade atual (de concepção de mercado e de supervalorização da mercadoria) a uma “nova” concepção de solidariedade esboçada no próprio texto constitucional.

Os conceitos, princípios e costumes interagem e se remodelam, à medida que absorvem os novos comandos legais, de modo a servirem de base a uma sociedade pautada na solidariedade social, que vá de encontro à sociedade de consumo sob o comando da acumulação capitalista.

O processo de legitimação das atividades desenvolvidas em cada seara (política, social, econômica), voltadas para uma finalidade, torna-se um componente do sistema jurídico que favorece a institucionalização de uma racionalização social que esteja em consonância com os objetivos definidos constitucionalmente – que devem ser alcançados. Daí decorre a necessida-

de de uma compreensão material dos direitos civis, sociais, econômicos e culturais relacionados à solidariedade.

A solidariedade é sobreposta num contexto muito específico que determina a inserção social como norte do processo de construção racional. A necessidade solidária de inserção, capaz de promover cidadania, assume o papel primordial para a efetivação da materialidade normativa definida na Constituição de 1988. Partindo dessa premissa, configura-se na prática social, a tensão que existe entre a validade e a facticidade da norma.

A validade das normas implica o assentimento racional motivado de todas as esferas atingidas, através de todo o arcabouço principiológico que orienta a realização dos direitos sociais (como um bloco essencial à realização do desenvolvimento). Isso expressa uma identidade de realização dos direitos que orienta e condiciona a implementação das políticas públicas a partir da imposição de valores que afastam posturas desviantes do Poder Público.

Combinando esse ponto de vista às reflexões de Santos¹, parece mais evidente a impossibilidade de uma verdadeira emancipação social pela via legal. Nas suas próprias palavras: “parecia (e parece) bloqueada a via legal para a emancipação social”. O capitalismo levado a cabo pelos Estados liberais naturalmente polariza e provoca tensões entre a acumulação do capital e a redistribuição social, o que mitiga a capacidade transformadora do direito.

A regulação estatal acaba, na realidade, por provocar uma “padronização” de anseios, na qual os direitos são concedidos de “cima para baixo” arrefecendo quaisquer perspectivas de luta. Os movimentos sociais são, nessa medida, o ponto de resistência às incursões cada vez mais atrozés do capitalismo sobre o ideal de solidariedade. Nas palavras de Gohn², os movimentos sociais têm o papel de contribuir para a construção de outra rede de globalização pautada na solidariedade e na luta pelos direitos humanos.

A racionalidade que se estabelece normativamente na Constituição tem condições de produzir efeitos sociais que são encetados nessas lutas políticas por emancipação, em especial por se tratar de uma ideia de comprometimento. Os sujeitos que elaboram e implementam as políticas públicas têm que se apropriar do escorço jurídico que fundamenta a realização do desenvolvimento como fim e como meio de realização da dignidade pautada na

1 SANTOS, 2003, p. 6.

2 GOHN, 2011, p. 339.

emancipação social, e que é pauta das lutas enfrentadas pelos movimentos sociais em escala mundial, as quais exigem, na esteira da cidadania social, a participação de cada sujeito social em benefício de todos os demais, especialmente os hipervulneráveis, socioeconomicamente mais débeis.

A inclusão do valor solidariedade na prática e realização de políticas e ações estatais representa a integração sistêmica da interface da racionalidade que possibilita a concretização dos objetivos do sistema jurídico. As dimensões do conteúdo desses valores estabelecem a concepção social e integradora do direito, determinando a prevalência moderna da função social e integradora do Estado constitucional.

Para legitimar essa função social e integradora do direito são definidos juízos que orientam a racionalidade estatal, conduzindo decisões consistentes, que ao conferirem eficácia àqueles valores são dotadas de legitimidade. Por essa razão, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões políticas que não devem se limitar com a continuidade de um processo existente, mas devem ser fundadas em uma racionalidade, em uma busca de realização de fins sociais claros, através de medidas coerentes ao fim almejado.

A grande questão é como essa racionalidade deve ser manejada em torno de objetivos delimitados na própria ordem jurídica. Os objetivos do Estado são delineados no âmbito da Constituição, erigindo uma hermenêutica própria que se inicia num processo valorativo, pautado na relação entre a norma e as situações postas.

Nessa medida, é a realidade social de desigualdades sociais e marginalização que impõe a forma e a legitimação das políticas públicas que levam em consideração a solidariedade como norte da racionalidade. É nesse sentido que se afirma que a materialidade axiológica constitucional deve orientar a racionalidade estatal.

4.2 Boaventura Santos e a reconstrução da cidadania: Solidariedade e trabalho como norte para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária

A racionalidade estatal definida pelos valores constitucionais exige que a solidariedade seja reconhecida como o instrumento de luta pela realização da cidadania de todos os sujeitos sociais. O trabalho é então o modelador ou o moderador de uma compreensão ampla da sociedade e da economia

que tornará possível a emancipação dos cidadãos mais pobres, fornecendo-lhes a base para uma relação justa e uma vida digna.

No intuito de (tentar) reduzir ao máximo o hiato entre a prática cotidiana e os princípios e normas que incorporam interesses generalizáveis, voltados para o desenvolvimento, reconhece-se o trabalho como valor orientado à concretização dos objetivos constitucionais. O trabalho é estabelecido como síntese dos fundamentos constitucionais na ordem econômica e social brasileiras, essencial à reconstrução da cidadania.

Como pressuposto da reconstrução da cidadania, Boaventura Santos³ reduz o elemento econômico do trabalho, dotando-o de valor no que se refere à dignidade humana, estabelecendo quatro condições que possibilitam esse aporte.

A primeira condição é partilhar democraticamente o trabalho. A redistribuição global das forças produtivas, estabelece no âmbito interno medidas que proporcionem o maior acesso ao trabalho (tais como a redução da jornada de trabalho e a fixação de direitos mínimos, como salários dignos) de modo a garantir uma correlação cada vez mais próxima entre o trabalho e a cidadania. Desta feita, não se pode aceitar que, no processo legislativo, haja a produção de normas jurídicas cujo teor é oposto às conquistas históricas asseguradas pelos valores éticos do trabalho.

A segunda é o reconhecimento do polimorfismo do trabalho. Deve-se admitir que o trabalho, na modernidade, assume diversas formas de exercício. O Estado deve recentralizar o trabalho no contexto dos direitos de ordem pública, de modo a se proporcionar que ele seja democrático. Na medida em que cria, em cada uma dessas (novas) formas de trabalho, um patamar mínimo de inclusão, o Estado acaba por garantir, qualquer que seja as suas circunstâncias de realização daquele trabalho, a promoção da qualificação profissional e o acesso aos benefícios sociais que geram desenvolvimento.

A terceira condição apresentada por Santos é a separação entre o trabalho produto e economia real, por um lado, e o capitalismo financeiro ou a economia de cassino, por outro. O que se pretende é o afastamento das formas de desenvolvimento econômico pautadas no trabalho, daquelas que são estabelecidas a partir da especulação e dos ganhos financeiros, de modo que as crises pelas quais esteja submetida, não sejam capazes

3 SANTOS, 2010, p. 377.

de prejudicar a economia produtiva real e a condição de estabilidade dos trabalhadores.

Santos apresenta ainda uma quarta condição que consiste na “[...] redescoberta democrática do movimento operário e, portanto, do sindicalismo” que é uma condição particularmente importante, porque é uma “pré-condição para que qualquer das outras condições venham a ter vigência prática.⁴ É exatamente nesse sentido, ao tratar dos parâmetros ético-jurídicos para a proteção dos direitos sociais, que Sarmento⁵ anota que “o mais eficiente remédio para a correção dos desvios da democracia brasileira [...] é o maior envolvimento do próprio cidadão na esfera pública”.

É evidente, que essas condições ressignificam a cidadania, uma vez que estabelecem um padrão mínimo que toma o trabalho como elemento de dignidade. Estabelecem-se os parâmetros mínimos para que se reconheçam na ordem jurídica os elementos que configuram a valorização do trabalho humano a partir do que se pode denominar uma nova utopia da solidariedade.

A utopia que se afirma é assentada na possibilidade de se rechaçar a continuidade dos problemas comuns à realidade vigente e aspirando uma sociedade melhor. Os valores definidos pela solidariedade e pelo trabalho devem ser postos em prática. Para tanto, é essencial que haja verdadeira conformação das funções das políticas sociais no contexto normativo brasileiro, pautada na instrumentalização da solidariedade e do trabalho.

O desenvolvimento, nesse particular, é definido como um processo de conquistas históricas que se acumulam a partir, fundamentalmente, de um projeto coletivo da sociedade, capaz de articular democraticamente a ação estatal, a estabilidade econômica e o crescimento com o acesso aos direitos sociais. É nessa medida que o valor social do trabalho e a solidariedade confluem para um ponto comum.

Dessa forma, a compreensão de solidariedade, trabalho e cidadania se entrelaçam, num esforço de apropriação pelo Estado de Solidariedade, no sentido de se colocarem em prática as determinações sociais de cunho constitucional e que devem orientar a atuação do Poder Pública. No contexto de crise (s) social, econômica e política, a solidariedade aponta como valor agregador e determinante de uma agenda pública de conciliação. Re-

4 SANTOS, 2010, p. 380

5 SARMENTO, 2009a, p. 151.

conhecer esse papel político da solidariedade talvez seja o grande desafio para se realocarem os esforços em torno da superação dos grandes desafios que se colocam na realidade brasileira e mundial.

5. Considerações finais

A avaliação proposta, como se pôde vislumbrar, decorre da perspectiva racional dos valores materializados na Constituição Federal de 1988, centrada no Estado Democrático Solidário de Direito, cuja vontade cidadã é alcançar a utopia solidária de uma sociedade livre e justa.

Deve haver, nessa medida, equilíbrio na realização dos direitos, sob o manto de uma proteção democrática que afaste a possibilidade de se instituir um Estado puramente liberal ou um Estado Social (meramente figurativo) sem que haja a democracia. Assim, a atuação do poder público, que objetiva a realização da solidariedade, deve ser elaborada a partir de um agir racional que a tome como referência – para que se possa transpor a carga axiológica economicista e claramente insuficiente.

Como decorrência da determinação dos mecanismos sociais que pleiteiam a concretização da superação da(s) crise(s) social, econômica e política que é enfrentada no Brasil, não se pode desconsiderar, nesse percurso, a importância da reconstrução da ideia de cidadania, que determina a implementação do desenvolvimento como elemento que deve ser racionalmente considerado na materialização das ações estatais.

O trabalho como elemento de transposição dos valores normativamente reconhecidos para a ação do poder público, deve ser o fio-condutor dos processos sociais para o estabelecimento da ética solidária, com a partilha democrática do trabalho, com o reconhecimento de suas inúmeras formas e meios de realização, determinando a superação da barreira da virtualidade econômica do capital financeiro e, principalmente, recolocando as pessoas como centro dos processos sociais.

Nessa medida, os movimentos sociais têm o papel promover a construção de outra rede de globalização pautada na luta pelos direitos humanos e na efetivação de uma racionalidade que produza efeitos sociais, com a busca pela emancipação e pelo comprometimento pelo trabalho. A ideia de centralização do trabalho como forma de estabelecer a racionalidade solidária parte do esforço em se alcançar o equilíbrio social que favoreça a superação da racionalidade meramente economicista, e que obviamente

colocou o mundo em crise.

A racionalidade solidária é, então, a chave para a elevação do padrão humano, pautado no trabalho, com a promoção da autonomia social, da defesa dos direitos de liberdade, da prestação dos direitos sociais, da participação mediante os direitos políticos e do usufruto dos direitos econômicos e culturais. É, pois, nessa medida que se insere, de modo claro, a solidariedade como mecanismo de realização da vontade constitucional, em busca de uma ética que promova a emancipação social, como elemento essencial do desenvolvimento humano.

Referências

- DELLA VOLPE, Galvano. *Rousseau e Marx: a liberdade igualitária*. Lisboa: 70, 1982.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado de Bem-Estar Social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- _____. Sobre a “crise” do Estado de Bem-Estar: retração, transformação fústica ou o quê? *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 2, 2012a, pp. 447 a 485.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, 1. vol. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1987.
- MARTINEZ, Peces-Barba Gregório. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 1999.
- MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, a. 9, p. 181-197, 2011.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: Os deveres e os custos dos direitos. *Revista da AGU*, Brasília, v.1, 2001. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/15184/14748>>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- _____. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudo sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

- _____. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROMÃO, Douglas Bernardes. Da vedação de retrocesso e dever de progresso no direito pós-moderno. In: CAMPOS, Amini Haddad. *Constituição, democracia e desenvolvimento, com direitos humanos e justiça*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 83-104.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*. 65, maior 2003, p. 3-76
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. Col. Para um novo senso comum, 4. vol., 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: ARRUDA, Paula (coord.). *Direitos humanos: questões em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a, p. 141-182.
- SEN, Amartya K. Comportamento econômico e sentimentos morais. *Lua Nova*, 25, p. 103-130, 1992.
- _____. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. M. Irene Szmrecsányi e Tamás Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

Recebido em 27 de junho de 2016.

Aprovado em 30 de março de 2018.

Autolimitação administrativa e segurança jurídica

Administrative self restraint and legal security

Juliano Heinen*

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS, Brasil

1. Introdução

O presente trabalho pretende analisar as premissas lógico-dogmáticas do instituto da autolimitação dos atos administrativos discricionários no Brasil, propondo critérios para a sua operacionalidade. Aqui, dar-se-á ênfase aos mecanismos que podem gerar a dita autolimitação. Para tanto, tomar-se-á em consideração o instituto em pauta como gênero, da qual seriam espécies, ou seja, são mecanismos para aplicação: (a) a *teoria da autovinculação administrativa*; (b) a *teoria dos atos próprios*; (c) a *autorregulação*. Contudo, por uma questão de limitação de espaço e foco, pretendemos evidenciar somente a autolimitação administrativa, que, como dito, é congênere dos demais institutos citados.

Destacamos, por oportuno, que se está a tratar de tema deveras contemporâneo, e pouquíssimo abordado no âmbito da dogmática jurídica brasileira. Aliás, não temos dúvida de que tal assunto deverá ser enfrentado novamente no curso dos tempos, para ganhar atualizações eventualmente devidas.

Para tanto, pretende-se demonstrar a aplicabilidade do instituto da autolimitação de modo objetivo e direto, expondo uma lista de pressu-

* Doutorando em Direito (UFRGS); Mestrado em Direito (UNISC). Professor de graduação e de pós-graduação (Faculdade FMP, UNISINOS, UNISC, Escola Superior da Magistratura Federal do RS, Fundação Escola do Ministério Público, Universidade de Caxias do Sul). Ex-Defensor Público do Estado do RS. Atualmente, desempenha as funções Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Site: www.julianoheinen.com.br. E-mail: julianoheinen@hotmail.com.

postos para a operacionalidade de cada uma de suas facetas. São itens que devem ser implementados para que a autolimitação tenha eficácia. Significa dizer que o leitor, caso concorde com o nosso entendimento acerca do tema, contará com uma radiografia exata e operacional para o uso do instituto ora abordado.

Antes disso, é claro dissertar-se-á acerca dos fundamentos jurídico-dogmáticos da autolimitação administrativa, conferindo-se ênfase à segurança jurídica. É certo que, neste aspecto, cada vez mais a insegurança social perpassa o mundo moderno. E esta situação tem como uma das causas a intensa e veloz mutação da realidade (vista em seus vários aspectos) que experimenta a sociedade contemporânea; exemplo disto pode ser visto nos fenômenos de massificação das coisas que vêm ocorrendo como corolários da adaptação da lógica das relações econômicas fugazes à vida social. A complexidade das conexões humanas passa a ser cada vez maior. Neste contexto, cresce a importância do direito como ferramenta de regulamentação da coletividade, conferindo, aos seus membros, certa carga de previsibilidade, de estabilidade etc. Esta consequência ofertada pela mencionada regulação deveria diminuir a contingência.

Contudo, não raras vezes, a mesma regulação causa uma insegurança ainda maior, especialmente quando são utilizadas expressões dúbias ou as regras são despidas da melhor técnica. De outro lado, as relações sociais estão justamente a reclamar uma ordenação precisa. Eis um dos grandes desafios do direito: evitar o descrédito na sua própria normatividade.

Sendo assim, o sistema jurídico vem se esforçando em ofertar mecanismos para se conseguir uma maior segurança jurídica, a fim de minimizar a contingência e o risco que a ausência de confiança pode gerar. Esta busca por mecanismos que criem maior previsibilidade pode explicar o debate tão agudo sobre o tema, especialmente frente a atos administrativos discricionários.

Por variados fatores, a discricionariedade (que era compreendida de forma abstrata pelo legislador), diante de uma situação concreta, pode vir a desaparecer, restando, para tanto, apenas uma opção passível de ser tomada. Neste caso, a possibilidade de se escolher entre uma ou outra forma de atuação não mais se verifica, tendo, pois, desaparecido (*Ermessensreduzierung auf Null*)¹.

1 PEINE, 2008, p. 53-54.

Dessa forma, tanto a realidade pode ter reduzido a discricionariedade, como a regulação infralegal. Nestas situações, a margem de atuação, prevista abstratamente, é reduzida ou eliminada. Sendo assim, mostra-se relevante o estudo das maneiras pelas quais a autolimitação administrativa é aplicada, bem como os elementos dogmáticos do instituto, conferindo-se, pois, sistematicidade neste sentido.

Releva notar, por fim, a falta, no Brasil, de uma teoria do controle da discricionariedade, a começar pelos critérios de autolimitação aqui apresentados. Logo, é importante pensar na estruturação de balizas e parâmetros de controle neste sentido, fato que geraria, antes de tudo, uma arquitetura da própria noção de discricionariedade administrativa. Especialmente quando se propõe a responder quais seriam os critérios, no Brasil, para a aplicação da autolimitação dos atos administrativos discricionários, focando, claro, nas suas principais manifestações.

Logo, diante da realidade que se processa, pensamos ser imprescindível perfazer uma pesquisa científica específica ao tema trazido a lume, propondo parâmetros objetivos no controle dos atos administrativos discricionários em relação ao instituto da autolimitação administrativa. Espera-se, com isto, que também a coletividade possa receber uma resposta suficientemente segura e uniforme, ao menos em termos de metodologia decisória, até para permitir o controle destas mesmas decisões (v.g. administrativas e judiciais).

2. Segurança jurídica

Como dito, a segurança jurídica tem sido objeto de muitas monografias nos últimos anos. Os motivos para a existência desse *frenesi* são de difícil comprovação. Investigar as causas da grande relevância do assunto em destaque é, nos dias atuais, tarefa que renderia, no mínimo, um livro inteiro. De qualquer sorte, arrisca-se, neste sentido, a diagnosticar alguns fatores peculiares que, com certeza, impulsionam a necessidade de se criar regras garantidoras do princípio em questão.

Ao que parece, o direito, que deveria justamente fornecer uma maior segurança jurídica, vem a deixar as relações entre os cidadãos mais contingentes ainda, sobretudo quando não oferta mecanismos reais de pacificação; ou quando multiplica as demandas judiciais, em vez de eliminá-las; ou, ainda, quando induz a uma maior quantidade de interpretações (mui-

tas vezes até contraditórias entre si), ao invés de reduzi-las, etc.² Poder confiar um no outro é fundamental em uma sociedade organizada, com corolário da cooperação entre os homens. Sem isto, a paz jurídica jamais será alcançada³. E o que não é a própria vida senão a busca pelo equilíbrio entre a mudança e a permanência? Esta dicotomia, aliás, é refletida no direito, que eternamente oscila tentando harmonizar a tensão entre a ruptura e a estabilidade, entre a inovação e a manutenção, entre a redefinição e a definição. Enfim, esta permanente dialética, que perpassa a noção de tempo, transpassa a noção de segurança jurídica.

No Brasil, quando Miguel Reale apresentou a sua *Teoria tridimensional do direito*, de certo mundo, lançou importantes bases dogmáticas à segurança jurídica. Afirma o autor que o complexo de regras pode gerar um entendimento subjetivo, enfim, um sentimento ou uma atitude psicológica nos sujeitos que são tutelados pelo ordenamento. Contudo, não se deve confundir o “sentimento de segurança” gerado pelo ordenamento, em relação ao complexo de normas como tal, o qual fornece um conjunto de providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia⁴.

Para o autor, sua teoria jamais poderia se descolar dos aspectos históricos e sociológicos, o que é uma diretriz essencial de sua filosofia cultu-

2 E isto é agravado, muitas vezes, pela **discrepância das múltiplas e fugazes interpretações** fornecidas às regras e aos princípios – fatores que serão objeto de uma mais abrangente exposição, a seguir disposta. Este sentimento pode ser bem percebido a partir do trecho do voto do Ministro do STJ, Humberto Martins: “Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.” (STJ, REsp. nº 382.376-SC, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, j. 08/10/2003).

3 LARENZ, 1985, p. 91. Ora, “[...] o princípio da segurança jurídica é, assim, tão valioso, que sua violação compromete toda a instituição que o transgride, ao trair a confiança geral, cimento das civilizações, e a boa-fé dos que deveriam ser protegidos pela ordem jurídica.” (MOREIRA NETO, 2006, p. 275).

4 REALE, 1994, p. 87. De certa forma, o autor vai retomar o tema tempos depois em outra obra: REALE, 1980.

ralista. A partir deste aspecto, a segurança jurídica ganha peso justamente pelos câmbios causados pela própria história. A teoria tridimensional de Reale demonstra que o direito também é uma realidade dinâmica, justamente para tentar garantir a estabilidade social: nos acordos, nas decisões judiciais etc. Assim, garante a própria historicidade humana, ou seja, os “modelos de conduta” como “devem ser”⁵.

Tempos depois, especificamente no âmbito do direito administrativo, os escritos de Almiro do Couto e Silva sobre o tema podem ser considerados fonte científica por deveras importante na matéria em pauta. Significa dizer que o autor trouxe dados substanciais ao cenário jurídico brasileiro, no que se refere ao estudo dos elementos dogmáticos da segurança jurídica. No ano de 1987 é publicado um dos primeiros artigos do doutrinador a explorar a matéria, o qual é intitulado de: “O princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo.”, publicado na *Revista de Direito Público*⁶. Nele, Almiro do Couto e Silva parte do pressuposto de que a noção de legalidade deveria ser remodelada, especialmente quando se passa a dar ênfase ao Estado social e democrático de direito⁷, e não somente ao Estado de direito⁸. A partir daí, Almiro do Couto e Silva trata da segurança jurídica nos direitos francês, grego, alemão e italiano, para chegar a certas indagações:

- (a) Saber quais seriam as diferenças entre o sistema de nulidades do direito administrativo e o sistema de direito privado;
- (b) Fixar um prazo para o exercício do direito de extinguir o ato administrativo acometido de uma nulidade; e
- (c) Saber se a autotutela seria uma faculdade ou um dever.

5 REALE, 1994, p. 75-76.

6 SILVA, 1987.

7 “O Estado Social ou o Estado-providência foi o ambiente ideal para o desenvolvimento e o surgimento, respectivamente, dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, em razão da situação de dependência em que, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal Burguês, ficaram as pessoas relativamente ao Poder Público, especialmente no tocante aos serviços e prestações por este realizados, direta ou indiretamente, conforme bem conhecida observação de Forsthoff.” (SILVA, 2004, p. 275).

8 Aliás, o próprio padrão democrático somente pode ser aceito a partir da segurança jurídica. Mesmo no próprio processo democrático devem ser aceitas as premissas de previsibilidade e segurança, sendo que o cidadão-eleitor deve ter clara e presente como será a forma de escolha dos seus governantes. “[...] no processo democrático eleitoral, as regras deveriam ser previsíveis e justas, sob pena de minarem as condições de legitimidade do regime democrático.”. (STF, MS nº 32.033-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 12 e 13/6/2013).

Por fim, conclui que a legalidade extrema, na sua ótica, seria, já para aqueles tempos, anacrônica. Portanto, a noção conferida pelas Súmulas nº 346 e 473 do STF⁹ mereceria a devida revisão, o que já tinha sido feito, à época de seus escritos, em alguns julgados citados por ele. A partir de então, o autor retoma o tema no bojo de vários periódicos, dando ênfase a um ou a outro nuance¹⁰. Podemos dizer que parte de suas ideias foram consolidadas na redação dos textos dos arts. 54 e 55, ambos da Lei nº 9.784/99 (*Lei do Processo Administrativo Federal*).

Portanto, o tema da segurança jurídica no direito administrativo traz a reboque a necessidade, muitas vezes precedente, de conferir precisão teórica aos conceitos e tipos que lhe dão base. O certo é que a aparência de legalidade que os atos administrativos conservam refletiu a importância em se compreender a segurança jurídica com mais rigor nas relações jurídico-administrativas¹¹.

O princípio da estabilidade das relações jurídicas, também chamado de princípio da segurança jurídica¹² serve de base a um dado domínio do ser, que pode se tratar de uma teoria ou de um conjunto de conhecimentos¹³, ao ponto de ser considerado elemento nodal no Estado de direito¹⁴. O direito em geral procura-se com a segurança das relações jurídicas, e em variados ramos há exemplos neste sentido. Estas ferramentas previstas no ordenamento jurídico visam dar ao sistema sua própria eficiência¹⁵. Até

9 STF Súmula nº 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”; STF Súmula nº 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”.

10 Muitos deles podem ser encontrados na edição especial da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado – Cadernos de direito Público*, de 2004.

11 BÉNOIT, 1968, p. 568.

12 Optamos por mencionar o termo “princípio” pela sua capacidade de delimitar uma **situação de coisas que seria ideal** – ÁVILA, 2004, p. 249-250.

13 E, então, a segurança jurídica é fundamento a um conjunto de proposições das quais esses conhecimentos se deduzem (CALMES, 2001, p. 166).

14 O **Estado de direito** possui as seguintes características: (a) existência de mecanismos de participação no procedimento de formação do ato administrativo; (b) imperiosa motivação do ato administrativo; (c) dever de informação; (d) existência de recursos e de (e) notificações do cidadão – ciência do ato ou decisão administrativa (CORREIA, 2001, p. 10). No mesmo sentido: STF, MS nº 24.268-MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 05/02/2004; STF, AgR no RE nº 358.875, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 23/10/2007.

15 Cf. reunião do Conselho de Estado francês, de 24 de março de 2006, (KPMG); ou conforme a consulta nº 288.460, publicadas no *Recueil Lebon*.

porque, um sistema jurídico despido de segurança tem grandes chances de entrar em colapso, justamente porque estaria despido da sua própria razão de ser¹⁶.

Se pensarmos a “segurança jurídica” a partir do texto da CF/88, entenderíamos que sua natureza jurídica seria de norma-princípio, porque idealiza proteger uma série de situações, muitas delas normatizadas expressamente. Para tanto, estabelece padrões deontológicos mínimos¹⁷:

- (a) Há a necessidade de o indivíduo conhecer – ou ter capacidade de ter ciência – minimamente um padrão de conduta ou uma situação de coisas. Significa que o cidadão, para deter segurança, precisa conhecer ou poder conhecer a relação jurídica que lhe afete. Tal elemento refere-se à noção de transparência administrativa¹⁸, no sentido formal (publicidade para dar ciência do que a administração faz), bem como no sentido material (necessidade de motivação, para saber o porquê a administração agiu daquela forma). Em outras palavras, está-se a tratar do vetor da acessibilidade do administrado, que se baseia no patamar, como dito, da transparência da ação administrativa, que pode ser:
- (a1) Formal, exigindo a publicidade dos atos administrativos, enfim, que o administrado tenha ciência deles;
- (a2) Material, impondo a motivação dos atos administrativos.
- (b) Há a necessidade de o sistema normativo ofertar confiabilidade, a fim de que ao menos se presuma – expecte-se – uma dada situação futura. Esta face-ta prevê a necessidade de que o sistema jurídico proporcione estabilidade às condutas estatais ou aos efeitos das condutas estatais. Então, entende-se que a segurança jurídica deve revelar a *estabilidade* das relações jurídicas, fundada na proteção da confiança¹⁹;

16 Poder-se-iam citar inúmeros exemplos em variados campos do Direito. Contudo, restringir-se-á a apenas alguns deles: (a) em **direito civil**, como um dos “baluartes” do código, tem-se a positivação da **boa-fé objetiva** (arts. 113, 187 e 422); em **direito penal**, a segurança jurídica é manifestada na **proibição da criminalização de fatos pretéritos à vigência da lei penal** (art. 5º, inciso XXXIX, CF/88), entre outros; no **controle de constitucionalidade**, um exemplo marcante é a **declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade** (art. 27 da Lei nº 9.868/99); em **direito tributário**, encontram-se muitos exemplos, como as **regras de anterioridade** e de **noventena** (art. 150, inciso III, alíneas *a* e *b*, da CF/88), ou diante das **regras de aplicação da legislação tributária** (arts. 105 e 106 do CTN).

17 CALMES, 2001, p. 158-161. Aqui, novamente, podemos tomar também por base a obra de ÁVILA, 2011, p. 250 e ss., sobre o tema.

18 CF/88, art. 5º, inciso XXXIII; e Lei nº 12.527/11 – *Lei de acesso à informação*.

19 O **princípio da proteção da confiança legítima** é entendido como a demonstração do **sentido subjetivo da segurança jurídica**, sendo um subproduto do gênero segurança jurídica. CHAPUS, 2001,

(c) O sistema jurídico-normativo deve fornecer padrões mínimos de calculabilidade, a fim de que se possa avaliar, minimamente, as consequências que o direito ou sua mudança possam produzir na esfera de cada sujeito²⁰. Então, a segurança jurídica determina a necessidade de que se possa prever como serão as relações jurídicas. Na Alemanha, por exemplo, a segurança pode ser medida quando se consegue objetivar o resultado da ação jurídica.

3. Autolimitação administrativa – definição e requisitos

Entende-se que a doutrina nacional avançou muito pouco no tema. Raros são os trabalhos que se ocuparam especificamente sobre a matéria, como já anunciamos na introdução. Normalmente o assunto em pauta surge transversalmente: em regra quando se está a tratar da discricionariedade administrativa. Logo, a autolimitação ganha relevo no limiar deste instituto²¹.

E não seria diferente, porque, frente a atos administrativos vinculados, sequer se pode falar em “autolimitação”, tendo em vista que não se está à frente de uma margem de liberdade. O administrador público, por força legal, não possui mais de uma alternativa para prática de determinado ato, ou para a prolação de determinada decisão em que possa justificar uma opção. A lei já limitou o gestor, dizendo “quando”, “como” e “o quê” fazer. De modo que a prática de atos administrativos discricionários pode sofrer limitações que têm por base, entre outros fatores, questões ligadas à segurança das relações jurídicas – como vimos na primeira parte do trabalho – item “2”.

Vale dizer, por oportuno, que o termo “autolimitação” não é muito usual na Administração Pública. Por vezes podem ser encontradas, ainda, expressões como “atovinculação administrativa”. Optamos por adotar o termo “autolimitação administrativa” como gênero das medidas adotadas

p. 99. O autor faz uma exposição objetiva sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica na França nas p. 105-107. No mesmo sentido, podemos citar, ainda: “O princípio da segurança jurídica, em verdade, decorre de uma confluência qualificada das noções de certeza, estabilidade, previsibilidade, confiança [...]” (MAFFINI, 2006, p. 48-49). Sobre as bases dogmáticas da face subjetiva da segurança jurídica (v.g. proteção da confiança legítima), consultar: PÉREZ, 2009, especialmente p. 55-60.

20 Trata-se, aqui, de se conseguir uma espécie de “cálculo prévio” (*Vorausberechenbarkeit*), que não se confunde com a ideia de previsibilidade (*Voraussehbarkeit*). Cf. CALMES, Sylvia. 2001, p. 158-159.

21 Vamos a um exemplo: matéria pode receber o devido destaque quando dá cabo de tratar da possibilidade de se *revogar* um ato administrativo diante de certa conjuntura, enfim, se ainda existe uma tal “discricionariedade” para a extinção do ato administrativo por esta via.

pelo Poder Público que a ele próprio geram contenções²². Sabemos, é claro, que parcela da doutrina prefere utilizar somente o termo “autovinculação”, como um instituto do qual derivam vários mecanismos de autocontenção da discricionariedade administrativa. Como visto, atribui-se a este sentido o termo “autolimitação”.

Então, intenta-se deixar claro que autolimitação é gênero, do qual são espécies – dela derivam ou são suas manifestações – vários mecanismos, dentre eles, a “autovinculação”. Este último termo, aqui, significará um mecanismo de autolimitação, quando o poder público estabelece uma conduta que, pelo princípio da igualdade, acaba reduzindo a discricionariedade à zero²³. Pretendemos, também, evidenciar que esta significação dos termos deriva de uma opção pessoal, apesar de justificada e oportuna.

Então, o próprio caso concreto poderá limitar a discricionariedade, ao ponto de reduzi-la a zero²⁴. Logo, terá a possibilidade de revelar uma só opção a ser tomada, apesar de a legislação, abstratamente, ter conferido múltiplas alternativas de atuação ao gestor público. Neste específico caso, já não mais se terá, diante de si, conveniência e oportunidade²⁵.

Além disso, a autolimitação não se confunde com a heterolimitação administrativa, porque, neste último caso, a vinculação das ações do Poder Público advém de mecanismos externos a ele, como, por exemplo, por meio da Constituição, das leis, das súmulas vinculantes, dos efeitos de uma ADI ou de uma ADC etc²⁶. No primeiro caso, a contenção da atuação administrativa é feita pelo próprio ente, que acaba por “limitar a si próprio”, ou seja, “autolimitar-se”.

Vamos a um exemplo: a Administração Pública possui, em alguma situação, discricionariedade (normativa ou administrativa). E, então, decide praticar um ato usando desta discricionariedade, e, pode bem, com isto, ela própria eliminar essa liberdade de ação e se tornar vinculada ao regramento do ato editado. Ou, ainda, termos o seguinte caso: a Administração Pública possui discricionariedade, e usa esse espaço de ação conferido pelo legis-

22 Assim como fazem, por exemplo: SADDY, 2013, p. 233-261; OTERO, 2003.

23 O tema é detalhado na obra: SADDY, 2016, p. 205.

24 A teoria da “redução da discricionariedade a zero” opera quando as circunstâncias do caso concreto eliminam as possibilidades de escolha que a lei ofertava, de modo que, em uma determinada situação, esteja-se frente a uma única opção.

25 Veja que a discussão sobre este tema é feita por: SADDY, 2016, p. 192.

26 CARVALHO, 2015, p. 116.

lador de um dado modo; logo, para casos similares futuros e por força da igualdade, o Poder Público deve se comportar do mesmo modo. O resultado deste conjunto pode configurar a redução à zero da discricionariedade²⁷.

Como visto nos tópicos anteriores, o legislador pode optar por não regular exaustivamente (de forma “fechada”) a atuação dos agentes estatais. Está autorizado, de forma legítima, a deixar a estes sujeitos a livre opção para escolher os motivos e/ou o objeto do ato administrativo. Diante desta “liberdade”, o administrador público, por atos ou decisões, em certos momentos, acaba, ele mesmo, reduzindo esta “margem de liberdade”, deixando-a, portanto, menor. Ou, o que é ainda mais extremo, ela é reduzida completamente, produzindo uma vinculação às próximas atuações ou decisões, o que, originalmente, não existia. Logo, por variados fatores, ainda que a discricionariedade possa ser compreendida de forma abstrata²⁸, diante de uma situação concreta ela pode ter desaparecido ou ter sido reduzida, restando, para tanto, um número menor de opções passíveis de serem tomadas²⁹.

Contudo, como dito, a margem de atuação conferida pelo direito, por vários fatores, pode não mais existir no momento em que se considera o ordenamento jurídico de forma global, se relacionado à determinada realidade. Neste caso, a possibilidade de se escolher entre um a ou outra forma de atuação não mais se verifica, tendo, pois, desaparecido (*Ermessensreduzierung auf Null*)³⁰.

Dessa forma, tanto a realidade pode ter reduzido a discricionariedade, como o próprio ordenamento considerado como um todo. No primeiro caso, a margem de livre atuação do gestor, prevista abstratamente na legislação, não mais existe. Exemplo: a Administração Pública dispõe de três engenheiros aptos, em iguais condições, a fornecer um parecer para subsidiar a construção de uma obra. Contudo, antes da escolha de um deles, dois se aposentam, o que acaba por reduzir a discricionariedade a uma única opção.

27 Até porque, aqui, a igualdade é vista de modo dinâmico, tendo em vista que os casos e situações que se compararam não são analisados necessariamente no caso concreto, mas ao longo do tempo, e de maneira análoga. Assim, a abordagem reclama um padrão coerente no que se refere às decisões administrativas (MODESTO, 2013, p. 2).

28 Perceba que o instituto da discricionariedade é pautado pela lei, a fim de viabilizar o desempenho das funções estatais.

29 SADDY, 2016, p. 191.

30 PEINE, 2008, p. 53-54.

No segundo caso, o ordenamento administrativo pode ser regido por normas outras que não tratam especificamente sobre o regime de direito público, mas que podem limitar o campo de discricionariedade. Imagine o caso em que uma norma de direito civil traga limitações tais ao regime jurídico administrativo, ao ponto da liberdade original ser resumida a uma única opção. Exemplo: por Emenda à Constituição Federal, aumentam-se as garantias do administrado, o que acaba por reduzir a margem de atuação da Administração Pública. Ou quando normas de outros campos (civil, penal, tributário etc.) normalizam certa matéria de tal forma, que já não mais se pode perceber qualquer discricionariedade, outrora existente. Para fechar: imagine que um Município tenha editado uma lei que confere poderes aos Secretários para que, motivadamente, atribuam caráter sigiloso a todo o documento que esta autoridade julgar inoportuna a divulgação, desde que não fira normas constitucionais ou legais pertinentes. Com o advento da Lei nº 12.527/11 (*Lei de Acesso à Informação*), especialmente diante do disposto nos arts. 22, 23 e 31, esta discricionariedade conferida pela norma municipal fica severamente reduzida³¹.

Aliás, toda vez que uma norma administrativa que confira um determinado espaço de liberdade for interpretada conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), pode ser que se tenha a redução desta discricionariedade. Poderá, neste caso, ser percebido que os direitos fundamentais ou as tarefas impostas ao Estado pela Constituição já não sustentam a tal margem de liberdade.

Assim, a autolimitação é gerada pela conduta do gestor público ou pela edição de regulamentação infralegal, quando estas condutas possuem efeito reduzir a discricionariedade originariamente conferida pelo direito³². Tal “autorestrição” é realizada por um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que pretendem, em verdade, assegurar a razoabilidade, a coerência e a isonomia no tratamento conferido pela Administração Pública em relação aos cidadãos³³.

Em verdade este instituto, seja qual for o nome que a ele se atribua, é uma clara manifestação pragmática da segurança jurídica, porque permite

31 Sobre esta espécie de limitação, conferir o que Agustín Gordillo chama de “**regulação indireta**” GORDILLO, 2004, p. X-13 a 14).

32 A autolimitação administrativa ocorre quando o Poder Público fixa uma série de pautas decisórias que provêm do seu próprio âmbito de atuação (CARVALHO, 2015, p. 116).

33 ARAGÃO, 2008, p. 552.

que a Administração Pública estabeleça padrões decisórios, conferindo previsibilidade neste sentido. De outro lado, a autolimitação condensa uma proibição a que o Poder Público possa vir a atuar contra este padrão, especialmente quando ele mesma gerou esta situação jurídica específica.

Dentre as formas de autolimitação, podemos apresentar, sinteticamente, pelo menos três delas, que nada mais são do que desdobramentos do instituto em pauta:

- (a) A *Teoria da autovinculação administrativa*, que atua por meio de condutas ou da aplicação da *Teoria dos precedentes administrativos*. Aqui se estabelece um padrão originado a partir de decisões ou de comportamentos reiterados.
- (b) A aplicação da *Teoria dos atos próprios* no âmbito do regime jurídico-administrativo;
- (c) A autorregulação administrativa como forma de autolimitação;

Pode-se afirmar que muitas destas teorias são complementares, ou que possuem elementos dogmáticos imbricados. Até porque todas elas possuem um fundamento principal diferente, mas não único. E os pressupostos e o conteúdo de cada qual apresentam nuances muito peculiares, assim como sua base jurídica³⁴.

Retomando: percebeu-se que tais mecanismos possuem diferentes fundamentos. Veja que a *Teoria da autovinculação administrativa* tem por base jurídica a igualdade. Já a *Teoria dos atos próprios* está fundada na boa-fé objetiva³⁵ ou na proteção à expectativa legítima. Por fim, a *Teoria da autorregulação* teria por base a *legalidade administrativa*. Em resumo:

34 Há quem considere que a “teoria dos atos próprios” nada mais é do que um desdobramento da “teoria da autovinculação da Administração”, de certa forma, positivada em nosso ordenamento jurídico pátrio, no art. 2º, “caput” e parágrafo único, inciso XIII, e arts. 50 e 54, todos da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo federal. Para tanto, conferir os comentários a tais artigos em: HEINEN; MAFFINI; SPARAPANI, 2015, p. 526 e ss.

35 A boa-fé objetiva não enfatiza o estado anímico do sujeito, mas sim, se em certa circunstância a pessoa colocada naquela condição agiria de boa-fé. Assim, os efeitos jurídicos do instituto passam a determinar uma conduta que deveria ser praticada. Logo, é norma vinculada a determinada perspectiva ética. Então, a ideia de **boa-fé objetiva** centra-se na **lealdade** e na **confiança**. O instituto exige que o sujeito pautar sua conduta com base na confiança legítima que se espera do comportamento alheio.

TEORIA	BASE JURÍDICA
(a) <i>Teoria da autovinculação</i>	<i>Igualdade</i>
(b) <i>Teoria dos atos próprios</i>	<i>Boa-fé objetiva</i> ou <i>proteção à expectativa legítima</i>
(c) <i>Teoria da autorregulação</i>	<i>Princípio da legalidade</i>

Esta diversidade de fundamentos, em verdade, deixa de ser teórica, porque justamente passa a ser a base jurídica de eventual pretensão formulada com base em uma ou outra teoria. Então, a causa de pedir de eventual demanda judicial seria completamente diferente, espelhando, pois, bases normativas ou fáticas diversas. E, claro, a linha argumentativa seria intensamente diferente em um ou em outro caso.

Por exemplo, a *Teoria dos atos próprios* manifesta-se diante de decisões manifestamente contraditórias, exaradas pela Administração Pública. Ou a citada contradição poderia, ainda neste caso, decorrer de uma perspectiva mais abrangente, por meio de precedentes contraditórios³⁶, momento em que se estaria diante da violação de um padrão, apesar de não necessariamente se violar um direito subjetivo criado pela atuação em determinado sentido.

Em verdade, todos estes fundamentos (exemplo: segurança jurídica, igualdade, boa-fé etc.) são parâmetros de obrigatoria observância e indisponíveis. Logo, afetam a margem de apreciação discricionária do agir administrativo. Gera-se, assim, uma espécie de “efeito externo indireto” às decisões administrativas³⁷.

Contudo, todos os mecanismos de autolimitação possuem fundamento último na segurança jurídica, no sentido de se preservar um apoio seguro aos destinatários da função administrativa³⁸. Mas não se pode negar que os fundamentos específicos referidos se prestem à fundamentação diversa dos institutos, nos termos mencionados.

36 A doutrina do precedente cria o que MODESTO, 2013, p. 7, chama de “autovinculação involuntária” ou “não-intencional”, porque ocorre de forma não deliberada pela Administração Pública.

37 Expressão cunhada por MAURER, 2001, p. 37. ABREU, 1987, p. 175-178, quando trata da *autorregulação*, afirma que se estaria, assim, conferindo “diretivas à discricionariedade”.

38 Para tanto, conferir a exposição feita no segundo tópico do trabalho.

Poderíamos indicar, também, outra manifestação da autolimitação: quando Hely Lopes Meirelles³⁹ alude às “permissões a termo” ou “a prazo”, o autor admite uma autolimitação de um ato notadamente discricionário, que se torna vinculado ao se impor a ele uma condição ou termo. Seriam os casos de uma autorização para, em prazo fixo, explorar uma mina, ou quando se concede uma isenção tributária por determinado lapso de tempo a uma empresa, a fim de que esta perfaça investimentos em determinada região etc.

A autolimitação administrativa pode advir, também, de um acordo entre a Administração Pública e o particular, ou mesmo entre dois entes ou dois órgãos da Administração Pública. Estabelece-se, assim, um consenso entre ambos, concebendo-se, neste aspecto, a vivência de uma administração pública consensual, ou o que se denomina de “contratualização das relações administrativas”. Esta perspectiva rompe com aquele estigma autoritário que era tipicamente concebido pelo direito administrativo clássico. Cada vez mais a Administração Pública busca espaços de consenso, perfazendo uma aproximação entre o primeiro e o segundo setor, ou entre a cadeia de relações que se forma no interior do Estado. Estas relações não podem ser mais percebidas nos limites da imperatividade. A composição de interesses visa a promover relações jurídicas harmoniosas. Os acordos geram inúmeros benefícios, como a maximização da segurança jurídica e da previsibilidade.

Por meio desses exemplos, percebemos que do instituto em pauta se originará um padrão vinculante ao Poder Público, seja advindo de uma decisão administrativa, de um ato normativo, de um acordo etc. E, por consequência imediata do poder hierárquico, esta autolimitação vinculará também os subalternos⁴⁰. Aliás, cabe justamente ao agente público de hierarquia superior definir e harmonizar as condutas dos subalternos, podendo, para tanto e por meio deste poder, relativizar a discricionariedade destes⁴¹.

Importante dizer, ainda, que, quando a lei faculta ao administrador público a prática de uma determinada conduta potestativa, não há que se falar em autolimitação. No caso, a lei abre a possibilidade ao administrador

39 MEIRELLES, 2001, p. 180-181 – tanto que o autor se vale justamente do termo “autolimitação”.

40 MODESTO, 2013, p. 20, menciona que, neste caso, estar-se-ia diante de uma “autovinculação unilateral abstrata”.

41 OTERO, 2003, p. 852.

(como assim o faz em relação aos particulares, em inúmeras hipóteses) de efetuar unilateralmente uma mudança de padrão, sem que um particular possa alegar violação à sua expectativa, porque sabia da precariedade da relação. Para deixar claro: quando a lei expressamente permite que, a qualquer tempo, o Poder Público possa instabilizar a relação jurídica mantida, não se pode falar que exista surpresa ou violação à expectativa legítima em relação a qualquer dos polos da mencionada relação. Em outros termos, não se pode alegar violação à confiança depositada na relação, quando se conhecia previamente todos os riscos e peculiaridades dela⁴².

Portanto, a autolimitação administrativa pode ser:

- (a) Unilateral, individual e concreta: como ocorre quando se aplica a *Teoria da autovinculação*, o sistema de precedentes, a *Teoria dos atos próprios* etc.;
- (b) Unilateral, geral e abstrata: como ocorre quando se expedem atos normativos de autocontenção, ou seja, perfaz-se uma autorregulação; por fim a autolimitação ainda pode ser:
- (c) Bilateral, individual e concreta: a qual se manifesta a partir de acordos (v.g. negócios jurídicos) feitos entre o cidadão e o Poder Público, sendo fonte de uma autocontenção.

Especificamente quanto ao item “(c)”, é possível que a autolimitação administrativa possa ser feita por meio de negócios jurídicos específicos, como acordos que estabeleçam padrões de conduta. Um exemplo marcante desta “autovinculação administrativa” é o *contrato de gestão*⁴³ – art. 37, § 8º, da CF/88 – que permite a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, desde que estes cumpram com um manancial de metas de desempenho.

42 O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito: “A exigência de prévio procedimento administrativo, assegurado o amplo direito de defesa, é incompatível com a hipótese específica do inciso XII do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, que admite a rescisão unilateral do contrato administrativo com base em razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato.” (STJ, REsp. nº 1.223.306-PR, Rel. originário Min. Mauro Campbell Marques, Rel. para o acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, j. 8/11/2011). No caso, a corte, de forma expressa, interpretou que o art. 78, inciso XII, da *Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos* permite a rescisão unilateral, a qualquer tempo. E, no caso, não se poderá alegar qualquer das teorias aqui apontadas para o fim de manter íntegro o contrato administrativo. Seria, nas palavras do Ministro-relator, permitir “[...] o restabelecimento da relação contratual contrariamente ao interesse público.”

43 MODESTO, 2013, p. 1-41.

Ainda que tal acordo confira maior autonomia em determinadas áreas, condiciona o ente contratante a certos padrões de eficiência⁴⁴.

Conclusões

A partir das premissas lógico-dogmáticas expostas neste trabalho, pode-se concluir que:

- (a) A autolimitação administrativa opera diante de atos discricionários, de conceitos jurídicos indeterminados ou de termos técnicos previstos na legislação;
- (b) Tem por fundamento o princípio da segurança jurídica;
- (c) A autolimitação é gerada por conduta do gestor público, pela edição de norma jurídica, por um acordo com o cidadão etc., e tem por efeito reduzir a discricionariedade originariamente conferida pelo direito;
- (d) É concretizada por um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que possuem diferentes fundamentos. Veja que a *Teoria da autovinculação administrativa* tem por base jurídica a igualdade. Já a *Teoria dos atos próprios* está fundada na boa-fé objetiva ou na proteção à expectativa legítima. Por fim, a *Teoria da autorregulação* teria por base a *legalidade administrativa*.

Referências

- ABREU, José Manuel Coutinho. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas atos próprios confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, v. 24, n. 5, mai. 2008, p. 552-561.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre a permanência, mudança e realização do direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁴ A administração pública consensual é um fenômeno de importância ímpar no direito administrativo contemporâneo (BAPTISTA, 2003, p. 261-293).

- BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.
- CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.
- CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Procedentes administrativos no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, t. 1, 2001.
- CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: F.D.A., t. 1, 2004.
- HEINEN, Juliano; MAFFINI, Rafael; SPARAPANI, Priscilia. *Comentários à lei federal do processo administrativo – Lei nº 9.784/1999*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo – fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.
- MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MODESTO, Paulo. Autovinculação convencional da administração pública: o contrato de gestão no interior da administração pública brasileira. *Revista Internacional de Contratos Públicos*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público - IBDP, n.1, fev. 2013, p. 1-41.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PEINE, Franz-Joseph. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Heidelberg, München, Landsberg, Berlin: C. F. Müller, 2008.
- PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas/Thompson Reuters, 2009.
- REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, 1987, p. 46-63.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 237, 2004, p. 1-48.

SADDY, André. A administração pública e códigos de conduta. *Revista de direito administrativo*. São Paulo: FGV, nº 262, abr. 2013, p. 233-261.

SADDY, André. *Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Recebido em 28 de fevereiro de 2017.

Aprovado em 28 de novembro de 2017.

O recrutamento de magistrados e a inclusão de pessoa com deficiência: uma reflexão à luz da teoria da justiça

The judge's recruitment in the Brazilian judiciary and the inclusion of the disabled person: a reflection in the light of the theory of justice

Luciano Athayde Chaves*

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

1. Introdução

O recrutamento dos magistrados sempre ocupou um lugar importante no desenho da organização do Poder Judiciário no Brasil, inclusive pela relevância que esse tema desperta nas interações entre o judiciário e a sociedade, mas também naquelas entre o judiciário e a política. Não é por outra razão que, até hoje, os critérios de seleção dos juízes, mesmo em relação à composição da Suprema Corte, constituem objeto de debates e críticas.¹

O desenvolvimento das instituições republicanas, por seu turno, implicou, em princípio, em uma consideração teleológica no sentido de que, pelo menos para a *magistratura profissional de carreira*, os juízes deveriam ser escolhidos dentre os melhores candidatos submetidos a um concurso, o qual, estruturado em diversas fases, teria, pelo menos em tese, a condição de revelar a meritocracia dos escolhidos. Isso sucede nomeadamente naqueles modelos organizacionais de forte influência francesa², como se vê no modelo adotado no Brasil.³

* Doutorando em Direito Constitucional (UNIFOR) e mestre em Ciências Sociais (UFRN). Professor do Departamento de Direito Processual e Propedêutica da UFRN. Juiz do trabalho. E-mail: lucianoathaydechaves@gmail.com.

1 ZAFFARONI, 1995, p. 141 e ss.; DALLARI, 1996, p. 21 e ss.

2 GARAPON, 1999, p. 57

3 cf. art. 93, Constituição Federal.

Essa realidade, ainda que não completamente alterada, sofreu importantes mudanças, nomeadamente com a introdução de regras assecuratórias de uma participação diferenciada de pessoas com deficiência (PcD), seguindo-se uma tendência contemporânea de se garantir oportunidades a esse estrato social. Nesse sentido, apontam normas internacionais e internas, as quais delineiam uma série de instrumentos de inclusão para a PcD no mercado de trabalho, constituindo-se em políticas públicas que atuam de forma positiva, com perfil, portanto, de ações afirmativas, produzindo uma discriminação que representaria uma justa medida para as incapacidades que a PcD teria para disputar vagas no mercado de trabalho.

No cenário brasileiro, como acentuam Antonia Maria Gimenes et al,⁴ as estatísticas oficiais (Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) apontam existir, em 2010,⁵ 45,6 milhões de pessoas que declaram possuir alguma deficiência, nada menos do que 23,9% da população brasileira, constituindo-se um grande desafio a inclusão desse contingente, de forma adequada, no mercado de trabalho.

É preciso, contudo, refletir como essas ações afirmativas se ajustam ao valor de *igualdade* (inclusive de oportunidades) que se apresenta como substrato fundamental nas sociedades democráticas e, por outro lado, se os referenciais teóricos que lidam com o problema da justiça distributiva confirmam ou negam essa dimensão das ações afirmativas na seleção de servidores públicos, em especial dos juízes.

A questão é relevante se levarmos em conta que essas políticas públicas ainda recebem críticas, as quais se fundam, precipuamente, no princípio da igualdade, a partir da ideia de meritocracia. E mais: no caso da magistratura, pelas importantes funções que desempenha na vida social, em especial na composição dos conflitos, que critérios de *discriminação inversa* ou *reversa*⁶ seriam justos e apropriados para assegurar o pleno exercício dessa profissão, dadas suas peculiaridades.

4 GIMENES et al, 2015, p. 3

5 Esses dados do Censo de 2010, do IBGE, estão disponíveis em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm. Acesso em: 14 mar. 2018.

6 Adota-se esse conceito no sentido que lhe emprega Paulo Gustavo Gonet Branco (2003, p. 133): “A discriminação reversa implica selecionar, previamente, uma categoria de pessoas para receber certos bens, que, de outro modo, seriam disputados por uma coletividade mais ampla. A discriminação reversa envolve decisão de beneficiar um segmento da população, no momento de distribuir cargos, vagas em universidades, contratos com governos, promoções no serviço público. Esses bens e interesses ficam subtraídos do alcance dos não-beneficiados pela política em causa”.

O presente artigo se propõe a pensar sobre essas questões, a partir do aporte teórico oferecido por Ronald Dworkin, John Rawls e Amartya Sen, os quais se destacam por suas contribuições no campo do liberalismo político e da justiça distributiva e cujas linhas principais se constituem o esforço empreendido na primeira parte.

A partir desses referenciais, o presente esforço apresenta, na segunda parte, as principais fontes e características das políticas públicas sobre o acesso diferenciado da PcD no mercado de trabalho privado e no setor público, com especial destaque para aquelas aplicáveis ao Poder Judiciário, a partir das deliberações do Conselho Nacional de Justiça.

Ao final, faz-se um contraste entre essas regras e os aportes teóricos estudados, com o propósito de demonstrar se tais políticas se ajustam ao que a teoria da justiça admite como *discriminação inversa* para oferecer justa oportunidade àquelas PcD, ainda que se trate de função tão complexa e específica como a magistratura.

2. A justiça distributiva como uma questão fundamental em um ambiente democrático e os fundamentos para a aceitabilidade de ações afirmativas

Nas sociedades contemporâneas, em especial nas democráticas, o problema da justiça distributiva assume especial relevância porque os recursos e as oportunidades não atendem, em igual medida, a todos. Assim, é a escassez um problema a ser enfrentado por qualquer agrupamento social que tenha na igualdade entre os indivíduos um valor estruturante da ordem política, social e jurídica.

No caso das sociedades capitalistas, o problema da escassez de oportunidades de trabalho é estratégico para o sistema de reprodução do capital, na medida em que a abundância de postos de trabalho poderia comprometer a curva de rentabilidade do modo de produção, dada a inversão da *mais-valia*, que pressupõe a existência de um *exército de reserva*.⁷

Nessa ambiência, em que a igualdade assume uma pretensão de universalidade, o problema da justiça se relaciona com os critérios de distribuição dos recursos, justificando ou não as eventuais diferenças. Assim, a questão não é, em linha de princípio, admitir que exista a desigualdade, ponto que já se constitui lugar comum. O desafio teórico e prático é o de

7 MARX, 1996, p. 41

se estabelecer parâmetros aceitáveis e universais para que a eventual diferença no tratamento de indivíduos – que deveria ser, *a priori*, igualitário – recebe argumentação bastante para a sua defesa no espaço da política, onde os acordos e os consensos devem ser construídos em um regime de democracia.

Na abordagem liberal, que pressupõe essa igualdade como *regra de ouro*, uma alegoria tem sido bastante utilizada como ponto de partida para a reflexão sobre justiça distributiva. Trata-se da fábula de Esopo que narra os diferentes comportamentos de uma formiga e uma cigarra.⁸

Na fábula, a formiga se dedica durante todo o verão ao trabalho intenso, ao passo em que a cigarra apenas se ocupa de frivolidades. Com a chegada do inverno, contudo, somente a formiga está devidamente preparada para enfrentar as dificuldades da estação, alimentando-se de tudo o que foi cuidadosamente armazenado nas longas jornadas empreendidas nas estações pretéritas. A cigarra, não tendo adequadamente se preparado, passa por dificuldades, privada até do alimento, já que não teria se preparado para os dias de necessidade. Este dever de se preparar para os momentos difíceis constitui a lição moral da narrativa ficcional, ao mesmo tempo em que traça as linhas do papel que a *responsabilidade* assume dentro do paradigma da igualdade.

Nada obstante, a ortodoxia que essa moral distributiva aponta resulta considerar que todos os indivíduos possuem as mesmas condições de escolhas ou mesmo estão em um mesmo patamar de realização de seus projetos, o que nem sempre sucede. Por isso, o *liberalismo político*, na abordagem, por exemplo, de Ronald Dworkin, sublinha que o papel do Estado deve ser considerado para que as condições eventualmente discrepantes entre as pessoas sejam, de alguma forma, levadas em conta nos critérios de distribuição dos recursos. O problema, contudo, reside na forma e na intensidade como o Estado intervém no terreno da liberdade e da igualdade. Este, talvez, seja o ponto sensível do problema da justiça.

Nessa linha problemática, apresenta Ronald Dworkin suas ideias de igualitarismo liberal, assentando alguns princípios de justiça distributiva que procuram harmonizar a ortodoxia da igualdade distributiva estrita e da liberdade com as demandas e características de uma sociedade complexa.

8 FERRAZ, 2007, p. 243.

O primeiro princípio é o de que o Estado deve tratar a todos com *igual respeito e consideração*, isto é, deve tratar a todos como iguais em atenção e respeito.⁹ Essa postura do Estado em relação aos indivíduos constituiria, aliás, a sua *virtude soberana*.¹⁰ Mas, o que implica, na prática, esse princípio? Como todo pensamento filosófico, não é possível estabelecer limites precisos e estanques para uma ideia de igualdade de respeito e consideração, como a trabalhada por Dworkin.¹¹ No entanto, é possível afirmar que esse princípio sugere que o Estado respeite as escolhas e os projetos de vida de cada um, emprestando a todos eles idêntico respeito, isto é, não impondo ao tecido social uma forma única de vida, de escolhas e de opções.

Disso resulta compreender que o Estado democrático não é um Estado de fins, isto é, “não tem por finalidade a consecução de alguma moral, religião ou filosofia específica a ser imposta às pessoas nas suas relações privadas”.¹² De outro lado, essa mesma concepção dialoga com algumas das linhas ortodoxas do liberalismo, ao assimilar a ideia de que ao indivíduo deve ser assegurada a liberdade para que ele faça as escolhas possíveis para a construção de seus projetos de vida,¹³ mas igualmente assuma a responsabilidade por essas escolhas. Nesse sentido, as diferenças resultantes dessas escolhas e da responsabilidade de exercê-las não seriam, em princípio, injustas.

Essa ênfase na liberdade/igualdade resulta na concepção da igualdade de recursos como sendo aquela possível de ser empreendida, já que, partindo os indivíduos de uma mesma porção de recursos, os diferentes resultados seriam o reflexo das suas diferentes escolhas, o que justificaria, como critério de justiça, as diferenças econômicas. Para ilustrar sua tese, Dworkin¹⁴ propõe um cenário ideal onde todos receberiam as mesmas condições de compra e teriam a liberdade para investir naquilo que

9 DWORKIN, 2005b, p. 283.

10 DWORKIN, 2005a.

11 FERRAZ, 2007, p. 244.

12 POMPEU, SIQUEIRA, 2013, p. 620.

13 Em sua obra “*Justice for hedgehogs*”, indica Dworkin (2011) que deve haver um componente ético para o desenvolvimento desse projeto de vida que livremente abraça o indivíduo: “We have a responsibility to live well, and the importance of living well accounts for the value of having a critically good life” (DWORKIN, 2011, p. 196). Assim, não há um modo de vida melhor que outro. “Cada pessoa tem a igual liberdade e responsabilidade de construir um modelo de vida coerentemente aos seus valores mais relevantes e basilares” (POMPEU, SIQUEIRA, 2013, p. 617).

14 2005a

efetivamente valorizam. Somente assim, haveria a superação do “teste da cobiça”, já que as disputas (leilão) seriam o resultado das convergências de preferência e não de uma escolha arbitrária do Estado ou de outra fonte qualquer de poder. Assim, o mercado justificaria os resultados, seja pelas escolhas, seja pelos talentos¹⁵ no manejo dos recursos disponíveis.

Para os objetivos deste trabalho, sobressai-se um segundo princípio de justiça desenvolvido por Dworkin,¹⁶ segundo o qual a igualdade de tratamento, que se exige do Estado, também alcance as oportunidades, que são heterogêneas, dependendo de situações ou condições particulares de certos indivíduos. Neste ponto, deve-se compreender que, “às vezes, tratar as pessoas igualmente é a única maneira de tratá-las como iguais, mas, às vezes, não”.¹⁷ É nesse ponto que o liberalismo se abre, segundo o autor, para admitir que as limitações¹⁸ da PcD podem comprometer não somente a obtenção de um bom emprego, lucrativo e produtivo, mas também pode prejudicar a eficiência dos recursos de que eventualmente disponha. Essas desigualdades, que o mercado sozinho não equilibra, parece ser o terreno das ações afirmativas patrocinadas pelo Estado por onde se enfatiza a igualdade de oportunidades,¹⁹ aspecto que aproxima as ideias desse autor com as de John Rawls.

A justiça como equidade, defendida por Rawls,²⁰ parte da crítica ao utilitarismo,²¹ mas dela se afasta para alcançar uma matriz contratualista, que se revela no pacto fundante por meio do qual os indivíduos constituem as estruturas da sociedade. Assim, um panorama de justiça teria que se basear na posição de igualdade – equidade²² – de que todos desfrutariam nesse momento de eleição das escolhas dos direitos e deveres de uma

15 Sobre o tema, assinalou Dworkin: “Os talentos não são distribuídos igualmente, de modo que a decisão de uma pessoa de trabalhar numa fábrica e não em um escritório de advocacia, ou de simplesmente não trabalhar, será governada, em boa parte, mais por suas capacidades que por suas preferências de trabalho e lazer” (DWORKIN, 2005b, p. 291-2)

16 DWORKIN 2005b

17 DWORKIN, 2005b, p. 284.

18 Esse aspecto da capacidade é explorado, com maior ênfase, em Amartya Sen (2011).

19 DWORKIN, 2005b, p. 300.

20 BITTAR, ALMEIDA, 2015, p. 489.

21 O utilitarismo, que tem como principal expoente teórico o filósofo Jeremy Bentham (1748-1832), constituiu-se um pensamento muito influente na justificação moral da atuação do Estado na promoção de medidas tendentes à realização do bem-estar comum ou felicidade coletiva, isto é, úteis.

22 Logo se percebe que equidade, aqui, assume uma semântica diferente do que a utilizada na tradição aristotélica (BITTAR, ALMEIDA, 2015, p. 489, nota 5).

sociedade. Para tanto, Rawls desenvolveu a ideia da posição original, a partir da qual, sob um véu de ignorância, isto é, sem ter conhecimento das particularidades de cada um (preferências, interesses, concepções de vida etc.), os indivíduos fariam suas escolhas em relação a instituições sociais básicas,²³ o que implica considerar que tal condição ofereceria um particular cenário para a equidade. Isso porque, sob o véu da ignorância, as opções seriam um *a priori*, isto é, independentemente de um porvir histórico, construindo, assim, um cenário no qual ninguém poderia se beneficiar de uma regra arbitrária para seus particulares interesses.

Assim, esse momento de equidade – manifestado na estrutura da posição original – vem marcado pela noção de que existem consciência e liberdade para deliberar sobre direitos e deveres, selecionando-se o que se julga melhor para compor o quadro institucional, princípios que serão respeitados e seguidos por todos.²⁴

Em Rawls, o pacto proporcionado pela posição original implica dois princípios de justiça: (i) o *princípio da igualdade* e (ii) o *princípio da diferença*. O primeiro reza que: “cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdades para todos”.²⁵ O tecido das *liberdades básicas* compreenderia as liberdades políticas e de associação, bem como a liberdade e integridade da pessoa, além dos direitos e liberdades protegidos pelo Estado de Direito. Esse rol de liberdades será defendido por Rawls a partir de dois critérios. O primeiro é histórico, isto é, leva-se em conta a trajetória das sociedades democráticas, identificando-se as liberdades nelas protegidas pelos respectivos regimes constitucionais. Trata-se, portanto, de uma categoria histórica. O segundo critério consiste na consideração daquelas liberdades que permitem o desenvolvimento adequado e o pleno exercício das faculdades da personalidade moral.

O princípio da diferença, por seu turno, sustenta que as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições: a) devem ser ligadas a funções e posições abertas a todos, em condições de justa igualdade de oportunidade; e b) devem proporcionar o maior benefício aos membros mais desfavorecidos na sociedade.²⁶

23 SEN, 2011, p. 84-5.

24 BITTAR, ALMEIDA, 2015, p. 494.

25 RAWLS, 2002, p. 144.

26 RAWLS, 2002, p. 144-5.

Neste ponto, percebe-se a complexidade da concepção de justiça em Rawls. A justiça como equidade implica considerar sua questão estrutural, baseada nas liberdades básicas e em acordo com o procedimento que conduz à seleção dessas liberdades, a partir da posição original. Nesse momento, as particularidades dos indivíduos não devem ser consideradas, pois todos são, *a priori*, iguais.²⁷

Os princípios de justiça informam as regras da *razão pública*, que é, de acordo com Rawls,²⁸ a razão de cidadãos iguais, os quais, como um corpo coletivo, exercem recíproco poder político estrito e coercitivo, aprovando leis e melhorando sua Constituição. Essa razão pública se relacionaria apenas com aqueles bens essenciais (essências constitucionais), que delineiam questões fundamentais, isto é, valores políticos, tais como: sistema eleitoral, o papel da religião, a propriedade e como garantir uma igualdade de oportunidades. Quanto a este último aspecto, a teoria rawlseana se abre para considerar, a partir do princípio da diferença, a questão da justiça material, como forma corretiva da justiça distributiva.

Se são compatíveis com a ideia de justiça desigualdades sociais e econômicas, resultantes do exercício de funções e posições abertas a todos, mediante justa oportunidade de acesso, também é de se considerar que diversos fatores, inclusive materiais, impedem o exercício dessa liberdade, especialmente se ausente a justa oportunidade.

De outro lado, esse mesmo princípio da diferença é temperado com a consideração de que certos indivíduos, diante de particulares situações (mais desfavorecidos), como a decorrente da própria deficiência física (que, via de regra, implica bloqueios ao progresso econômico do sujeito em faixa etária economicamente ativa), podem ser destinatários de maior benefício ou de diferenciada condição de acesso a oportunidades que têm o potencial de geração de renda e, portanto, de autonomia da pessoa.

Essas medidas de correção devem ser colocadas na esfera da política, porque não se pode, *prima facie*, estabelecer de modo arbitrário como essas correções serão feitas, até mesmo porque a justiça é uma categoria histórica. Assim, assegurar a justa oportunidade e oferecer maior benefício aos

27 Essa noção estrutural de igualdade pode ser observada na cabeça do art. 5º da Constituição Federal, ao anunciar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, garantindo-se a todos o direito de exercer direitos e liberdades básicos, como a vida, a igualdade, a segurança, a liberdade de pensamento, a religiosa, dentre outros.

28 RAWLS, 1996, p. 249

desfavorecidos, aspectos filosóficos centrais na questão das ações afirmativas, têm a ver com o debate político, mas, em linha de princípio, estão em acordo com a teoria da justiça em Rawls.

A questão da *aptidão ou capacidade do indivíduo* para realizar seu projeto de vida e desfrutar da liberdade proporcionada por uma sociedade com pretensão igualitária é um aspecto que ocupa papel de destaque na *Ideia de Justiça*, de Amartya Sen,²⁹ constituindo o “foco informacional” da sua teoria. Ao analisar a relação entre capacidades e recursos, pondera esse autor que “uma pessoa com grave deficiência não pode ser considerada em maior vantagem apenas porque tem maior renda ou riqueza do que um vizinho forte e são³⁰”.³¹

Segundo esse autor, a questão importante para a justiça distributiva, traduzida na igualdade de recursos (Dworkin) e de bens primários (Rawls) não asseguraria as oportunidades reais. Por isso, defende o deslocamento do foco de atenção da questão da justiça para o problema da capacidade, porquanto “pessoas diferentes podem ter oportunidades completamente diferentes para converter a renda e outros bens primários em características da boa vida e no tipo de liberdade valorizada na vida humana”.³² Nesse desiderato, articula quatro variações de contingências que prejudicam a conversão de renda e tipos de vida que as pessoas podem levar. A primeira diz respeito às *heterogeneidades pessoais*, relacionadas com as características físicas díspares, como idade,³³ gênero, deficiência, propensão a doenças etc., o que torna suas necessidades extremamente diversas e, dependendo do grau de limitação, totalmente incorrigível.

O problema nessa espécie de contingência tem a ver com o critério para estabelecer quais as necessidades especiais, decorrentes das inaptidões físicas, que devem ser tuteladas mediante ações corretivas. E, neste aspecto,

29 SEN, 2011.

30 Uma mostra ficcional dessa afirmação pode ser percebida no filme *Intocáveis* (*Intouchables*, França, 2011, dir. Oliver Nakashe), que descreve a construção de uma (improvável) amizade entre um milionário francês, tetraplégico, e seu enfermeiro. Nessa narrativa, percebe-se que os recursos de que dispõe o milionário tetraplégico não aplacam as fortíssimas limitações de que padece para realizar minimamente as tarefas mais básicas de um indivíduo. Nessas condições, necessitando de auxílio de um assistente ou enfermeiro a todo o momento, muitas liberdades básicas são comprometidas, apenar da diferença econômica positiva.

31 SEN, 2011, p. 287.

32 SEN, 2011, p. 289.

33 Sobre as dificuldades da inserção das pessoas com mais idade (ou, como prefere a autora, envelhecidas) no mercado de trabalho, cf.: CHAVES (2006).

resulta a crítica à capacidade como foco da justiça, já que as inaptidões são de tipos diversos e de diversas intensidades. Se há, como acentua Sen, menor espaço para discussão quando se trata de determinadas situações de acentuada limitação (como a cegueira), o mesmo não sucede quanto à pletera de possibilidades que o problema da deficiência – e de seus variados graus – pode envolver.³⁴

A segunda variação envolve a *diversidade no ambiente físico*, influenciada por questões ambientais, como as climáticas ou mesmo acesso ou deslocamento. Essa variação pode justificar, por exemplo, o aporte de maior renda para pessoas que desenvolvem atividades em locais de difícil acesso ou inóspitos.

As *variações no clima social* também se constituem, de acordo com Sen, uma contingência para a questão da justiça material, tendo em vista a influência que as condições sociais, como saúde pública, estrutura de ensino gratuito, níveis de criminalidade exercem sobre os projetos de vida dos indivíduos.³⁵

Por fim, temos as *diferenças de perspectivas relacionais*, que se prendem aos padrões de comportamento, inclusive estéticos, de uma sociedade, que pode implicar maior demanda por bens – e renda para obtê-los – para que a igualdade possa ser plenamente exercida, sem os constrangimentos de convivência social com uma ostensiva apresentação de desigualdade.³⁶

Sublinha Sen que essas circunstâncias contingentes – e de grande influência no estudo das capacidades – podem não aparecer de forma isolada, já que possível existir ‘acoplamento’ entre elas. Por exemplo, a desnutrição gerada pela pobreza associada à privação do trabalho em razão da desnutrição.

Essas considerações justificariam, na visão desse autor, a adoção de políticas públicas com foco assistencial, em ordem a oferecer a esses grupos a possibilidade de ‘reconversão’, ou seja, a utilização de bens adicionais, em especial de renda, para a superação dessas contingências.

34 Essa questão será retomada na próxima seção deste trabalho, onde se procurará explorar a complexidade das ações afirmativas de inclusão da PcD no mercado público de trabalho, em especial nos quadros da magistratura.

35 SEN, 2011, p. 289.

36 Essa contingência apresentada por Amartya Sen se mostra ainda mais complexa, se considerarmos o elevado grau de consumo nas sociedades modernas, bem como a considerável taxa de banalização de mercadorias e de mudança dos padrões estéticos.

Seria possível objetar que uma teoria da justiça baseada na capacidade não teria o potencial de se constituir em abordagem estrutural de justiça, principalmente porque seria difícil a construção de consensos sobre a diversidade de capacidades. Assim, a valorização de algumas diferenças de talentos reflete situações que somente podem ser administradas pelo mercado (Dworkin), não sendo um problema estrutural, portanto.

Nada obstante, pode-se sustentar que o estudo da capacidade é importante para as formulações de correção substancial no panorama da justiça distributiva, ainda que, como sustentam Pompeu e Siqueira,³⁷ constitua-se critério relevante para a realização da justa oportunidade, esta sim elementar à justiça.

Nessa linha, a contribuição de Sen pode ser considerada como um diálogo com as teorias de Dworkin e Rawls, em especial no aprofundamento dos critérios de correção e nas justificativas para a formulação de políticas públicas (como as ações afirmativas), que esse autor busca apresentar de forma mais detalhada.³⁸

Veja-se, por exemplo, o que sucede com o estudo das inaptidões físicas, de especial relevo para este trabalho. Explorando as *heterogeneidades pessoais*, Sen apresenta uma especial consideração quanto a essas incapacidades, indicando que, no mundo, há aproximadamente seiscentos milhões de PcD e que não apenas sofrem com a baixa renda, mas também pelo fato de que sua liberdade para uma vida boa está comprometida de muitas maneiras diferentes. Nada obstante esse quadro, afirma ser surpreendente como a maioria das sociedades seja tão passiva e autocomplacente em relação à preponderância do injusto fardo das inaptidões.³⁹

Em síntese, pode-se observar que a teoria da justiça, examinada a partir de referências teóricas de ampla aceitação, sustenta ações afirmativas que

37 POMPEU E SIQUEIRA, 2013, p. 12.

38 Percebe-se esse diálogo entre Sen e Rawls, por exemplo, na seguinte passagem da obra de Sen: “De fato, Rawls recomenda corretivos especiais para as ‘necessidades especiais’, como as inaptidões e as deficiências, ainda que não seja parte de seus princípios de justiça. Essas correções não acompanham o estabelecimento da ‘estrutura institucional básica’ da sociedade na ‘fase institucional’, mas aparecem mais tarde, por ocasião do ‘uso’ das instituições já estabelecidas, particularmente na ‘fase legislativa’”. Um pouco antes, Sen sublinha: “Ainda que os princípios de justiça de Rawls se concentrem nos bens primários, em outro lugar ele se ocupa da necessidade de corrigir esse foco nos recursos para se ter uma melhor apreensão da liberdade real das pessoas. A ampla simpatia de Rawls pelos desfavorecidos está abundantemente refletiva em suas obras” (SEN, 2011, p. 295).

39 SEN, 2011, p. 293-4.

objetivam promover a correção das desigualdades entre indivíduos, decorrentes das diferentes condições de oportunidade ou de particulares contingências. Isso não torna o problema da justiça material ou substancial menos complexo. Pelo contrário, considerar a possibilidade da existência de políticas públicas que promovam a desigualdade de condições para realizar a igualdade substancial, em regimes democráticos, desloca o problema para a arena política, onde essas questões devem ser institucionalizadas, mediante o debate e a legitimação das medidas eventualmente adotadas.

Nesse contexto, por exemplo, repousa o debate se a *justa oportunidade* se realiza quando se amplia a diversidade do acesso ao sistema educacional (sistema de cotas) ou se, somado isso, também essa solução afirmativa se projeta sobre cargos e funções, para cujas ocupações a meritocracia deveria ser o critério mais igualitário, em ambiente no qual é assegurado um horizontal acesso à educação de qualidade.

No Brasil, o debate sobre as ações afirmativas ganhou outro significado e relevo com a política de adoção de cotas (raciais e/ou sociais) para ingresso nas universidades públicas, quando as correntes de pensamento ficaram mais evidenciadas na arena política, até mesmo no âmbito do Poder Judiciário, como se pode observar do julgamento (conjunto) da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186⁴⁰ e Recurso Extra-

40 “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – **O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.** III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o **quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnicorraciais e sociais em nosso País**, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnicorraciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas

ordinário n. 597.285, que foi precedido, inclusive, de audiência pública, realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) entre os dias 3 a 5 de março de 2010.⁴¹

É interessante notar a consideração histórica que a decisão faz da política de cotas, no sentido de que não pode ser ela, na particular condição de oportunidade oferecida, algo que se pense como permanente, pois pode se mostrar desnecessária diante da alteração da situação social levada em conta na construção política da ação afirmativa. Por outro lado, de acordo com Pompeu e Siqueira, a análise da polifonia do julgamento, decorrente das manifestações dos ministros do STF, indica que a justa oportunidade foi o critério que prevaleceu, majoritariamente, na legitimação das políticas de cotas para admissão no ensino superior.⁴²

As ações afirmativas de correção para as PcD são experiências levadas a cabo no Brasil há algum tempo, embora só recentemente tenham sido adotadas para a formação dos quadros na magistratura. Sobre essas políticas públicas, trata a seção a seguir.

3. O regime constitucional brasileiro e as ações afirmativas de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho

O regime constitucional brasileiro absorveu, explicitamente, a proteção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho. A Constituição Federal dispõe, no art. 7º, que são direitos dos trabalhadores, dentre ou-

pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente” (STF, ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012). (Grifos acrescidos)

41 Sobre o potencial de influência das audiências públicas nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e seu alcance na consecução de uma abertura do processo constitucional, cf. LEITE, 2015, p. 489 e ss.

42 Neste ponto, há que se considerar o peso que essas autoras dedicam à alteridade na avaliação da justa oportunidade. A questão étnico-racial resulta em assunção de preferências que podem ser até exterior ao sujeito que nega a oportunidade, se nele se projeta, como uma discriminação socialmente objetivada, a inconveniência de oferecer igualdade de oportunidade àquele indivíduo de determinada raça ou cor (POMPEU, SIQUEIRA, 2013, p. 632).

tros, a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (inciso XXXI). Logo, ao lado do preceito da igualdade, estatuído no art. 5º, a Constituição assume posição de tutelar a PcD como forma de promover a correção substancial dessa igualdade, atribuindo uma regra aberta, com *pretensão de eficácia*,⁴³ para a realização de políticas públicas (que defina os critérios e, portanto, os graus de limitações) de inserção dessa força de trabalho portadora de deficiência.

Diversas outras passagens do texto constitucional cuidam do tema. Os arts. 23 e 24, que tratam da competência legislativa, comum e concorrente, dos entes federativos, cogitam, respectivamente, da “proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, inciso II) e da “proteção integral das pessoas portadoras de deficiência” (art. 24, inciso XIV).

No capítulo da Administração Pública, surge a expressa previsão para a reserva de vagas para PcD em concursos, ao estatuir o art. 37, VIII: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”, deixando, contudo, as peculiaridades dessa ação afirmativa para o debate político posterior,⁴⁴ estruturando-se o resultado por meio de legislação ordinária, que será objeto de análise mais adiante.

43 HESSE, 1991, p. 15.

44 Adianta-se que, nesse debate político, ficaram de fora as Forças Armadas, onde parece trilhar o consenso na direção da impossibilidade de se admitir ações afirmativas inclusivas das PcD. Nesse sentido, destaque julgado: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONCURSO PÚBLICO. FORÇAS ARMADAS. RESERVA DE VAGAS PARA DEFICIENTES FÍSICOS. REGRAMENTO CONSTITUCIONAL ESPECIAL. A Constituição Federal conferiu tratamento específico e em capítulo próprio às Forças Armadas, tendo em conta as diferenças entre a natureza das ocupações civis e militares, optando por não alcançar às Forças Armadas a garantia de acesso dos deficientes a cargo público (art. 142, VIII) prevista em relação aos cargos civis. Não é possível interpretação extensiva do texto constitucional a fim de garantir a reserva de vagas a portador de deficiência física para ocupação de cargos nas Forças Armadas, quando a própria Constituição diferencia a referida instituição quanto aos demais servidores civis e quanto direitos sociais e trabalhistas” (TRF 4ª. Região. Proc. 5000806-50.2014.404.7100/RS, Rel. Candido Leal Junior, julg. 26.05.2015). Essa posição da jurisprudência, em linha de princípio, é bastante discutível, e até mesmo criticável. A Constituição Federal, ao estabelecer uma diretriz, na forma de um preceito fundamental, no sentido da inclusão da PcD (art. 7º, XXXI), por certo não olvidou quanto às especificidades das atribuições que o emprego, cargo ou função estão a demandar. Por isso, o art. 37, inciso VIII, produziu norma parcialmente em branco, permitindo que a lei defina critérios de admissão. Nessa pisada, mesmo no setor militar, onde muitas funções são civis, seria possível cogitar, por exemplo, uma porta de entrada para PcD nas atividades burocráticas, ainda que em menor extensão do que se verifica no serviço público civil. Essa abertura seria até mesmo interessante para o desenvolvimento de atividades que pudessem também incorporar o militar reabilitado, após trauma ou acidente no exercício de suas relevantes funções, dado que o trabalho não é somente fonte de renda, mas irradiador de identidades sociais.

Ainda no mesmo capítulo, mas, agora, tratando do regime próprio de aposentadoria, a Constituição assenta, como regra geral, a proibição de requisitos ou critérios diferenciados entre os servidores, ressalvados alguns poucos casos, dentre os quais, os relacionados a servidores portadores de deficiência (art. 40, § 4º).⁴⁵ Esse mesmo critério também passou a reger uma discriminação positiva no regime geral de Previdência, como se vê do art. 201, § 3º.

O problema do acesso à renda, como medida de correção do critério de justiça baseado na distribuição dos recursos, pode ser percebido no capítulo atinente à assistência social, ao se assegurar “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (art. 203, inciso V).

Sobre a oportunidade de acesso ao sistema educacional regular, mediante atendimento especializado, cuida o art. 208, inciso III. Já o art. 244 traça um preceito geral, a ser regulamentado por lei, para garantir a acessibilidade dos portadores de deficiência à logradouros, edifícios e transporte público.

As múltiplas referências que a Constituição Federal faz ao tratamento diferenciado às PcD parecem ser compatíveis com a extensão que essa condição particular se faz presente na população brasileira. Com efeito, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),⁴⁶ a partir das informações do Censo de 2010, aproximadamente 46 milhões de brasileiros declararam possuir algum tipo de deficiência.

Também o regime constitucional se mostra alinhado com o ordenamento internacional. A *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 2006, estatui, no seu art. 27, o compromisso dos Estados-Nação subscritores de promover o direito da PcD à igualdade de oportunidades com as demais pessoas no mercado de trabalho, inclusive quanto à remuneração. O item ‘g’ dessa norma explicita o compromisso de “empregar pessoas com deficiência no setor público”.⁴⁷

45 Note-se que esse dispositivo não fazia parte do texto original da Constituição Federal, tendo sido acrescido pela Emenda Constitucional n. 47/2005.

46 Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>. Acesso em: 4.12.2015.

47 A *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* foi promulgada pelo Decreto n. 6.949/2009, após ter sido submetida ao exame do Congresso Nacional, de acordo com o procedimento previsto no art.

No que se refere ao Poder Judiciário, percebe-se que não há uma expressa disposição constitucional sobre cotas para PcD nos concursos para a magistratura. O art. 93, que dispõe sobre o ingresso na carreira, nada menciona sobre critérios diferenciados de admissão, o que, por si só, não se constitui um bloqueio, porque as normas aplicáveis à Administração Pública, no que couber, são igualmente pertinentes ao Poder Judiciário.

3.1. Algumas políticas públicas federais de alcance geral

Para refletir sobre a reserva de vagas em concursos específicos, como o da magistratura, é importante ter presente, ainda que em linhas mais gerais, a evolução das ações afirmativas em favor dos portadores de deficiência no atual regime constitucional, notadamente no âmbito do tecido normativo federal.⁴⁸

A Lei Federal n. 7.853/1989 estabeleceu normas gerais de exercício de direitos para as PcD, dispondo, como vetor interpretativo e de aplicação de seus dispositivos legais, que sejam levados em consideração, dentre outros valores básicos, a igualdade de tratamento e oportunidade. O Decreto n. 3.298/99, que regulamenta essa lei, traz um importante elemento para a concretização das ações afirmativas, qual seja fixa, em seu art. 4º, critérios mais específicos para caracterizar a deficiência, diretriz que passa a ser observada na aplicação das regras de discriminação positiva ou *discriminação inversa*⁴⁹ inclusive no Poder Judiciário.

Quanto ao setor privado, o preceito do art. 7º, inciso XXXI, da Constituição Federal, já referido anteriormente, foi regulamentado pela lei dos benefícios da seguridade social (Lei n. 8.213/91), que determina às empresas com mais de cem empregados a obrigatoria admissão de empregados reabilitados ou portadores de deficiência, observada uma relação proporcional entre número de empregados da empresa e percentual de pessoas naquelas especiais condições a serem contratadas.⁵⁰

5º, § 3º da Constituição Federal. Assim, a referida norma ostenta, no panorama do bloco de constitucionalidade, o status equivalente a uma emenda constitucional.

48 Como já enfatizado, a Constituição Federal admite competência comum e concorrente dos entes federativos na matéria, o que implica dizer que o estudo atinente à tutela legal diferenciada em favor das PcD poderia ser ampliado para contemplar um horizonte amostral bem maior, tomando-se, igualmente, em conta as políticas públicas municipais e estaduais. Para os limites deste estudo, é considerada apenas a legislação federal.

49 DWORKIN, 2005b.

50 O art. 93 da Lei 8.213/91 estabelece um percentual que varia entre 2% a 5% de pessoas reabilitadas

A pretensão de eficácia dessa política pública não raro encontra limites na falta de trabalhadores portadores de deficiência disponíveis para a ocupação de vagas em certas localidades, o que tem levado à judicialização da questão, em função da atuação dos órgãos fiscalizadores, tendo o Poder Judiciário, por meio do Tribunal Superior do Trabalho, fixado a tese de que não se pode penalizar a empresa que buscou cumprir com a obrigação, mas ressentiu-se de interessados para ocupar as vagas disponíveis.⁵¹ A hipótese aponta que o consenso em torno de políticas públicas não implica sua completa adequação ou sucesso, porquanto a eficácia depende de certas condições reais que somente se verificam na experiência das ações afirmativas.

No setor público, a Lei n. 8.112/90 assegura a reserva de até 20% das vagas oferecidas nos concursos para PcD, observada a compatibilidade entre a deficiência de que é portadora e as atribuições do cargo a ser preenchido pelo certame.

ou portadoras que deve ser contratado pela empresa, observando-se a seguinte proporção: entre 100 e 200 empregados, 2%; entre 201 e 500, 3%; entre 501 e 1000, 4%; de 1.001 em diante, 5%.

51 Reflete essa posição da jurisprudência o seguinte julgamento: “AUTO DE INFRAÇÃO. ANULAÇÃO. NÃO ATENDIMENTO AO PERCENTUAL MÍNIMO DE EMPREGADOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA OU REABILITADOS ESTABELECIDO NO ARTIGO 93 DA LEI Nº 8.213/91 POR FALTA DE INTERESSADOS. O artigo 93 da Lei nº 8.213/91 fixa os percentuais (2% a 5%) de reserva de cargos a portadores de deficiência ou reabilitados que toda empresa com mais de cem empregados deverá observar. Na hipótese dos autos, concluiu o Regional que a empresa conseguiu comprovar ter feito o que estava ao seu alcance para cumprir a legislação, bem como a dificuldade para contratar profissionais portadores de deficiência ou reabilitados. Registrou que foram juntadas aos autos solicitações à agência do Sistema Nacional de Emprego em Alagoas (SINE-AL) para que fossem enviados currículos de profissionais naquela situação, bem como recortes de classificados de jornais de grande circulação na tentativa de atrair futuros empregados, mas que, apesar do esforço, não recebeu nenhum encaminhamento do SINE-AL nem tem conseguido êxito em contratar a totalidade do número de empregados exigidos por lei. Consignou que o próprio SINE-AL reconheceu a escassa disponibilidade de profissionais portadores de deficiência, conforme Ofício nº 007/09 enviado à empresa recorrida, em que se reconheceu a existência de grande demanda por parte das empresas para contratação de portadores de deficiência física, mas que, dos 34 (trinta e quatro) empregados cadastrados no banco de dados do SINE-AL, a maioria não tinha interesse em ocupar vaga oferecida pela empresa, pois alguns estariam recebendo benefício; outros, trabalhando, e o restante seria convocado para ver se estavam disponíveis. Assim, o Tribunal Regional considerou que, tendo a recorrente comprovado a realização de esforços para a contratação de empregados portadores de deficiência ou reabilitados, bem como que não houve demonstração de que a empresa não reservou as vagas nem elas deixaram de ser preenchidas por recusa da empresa, não há como penalizá-la pelo não preenchimento da totalidade de vagas destinadas por lei aos portadores de deficiência ou reabilitados. Desse modo, por depreender-se da lei que a reserva dessas vagas não é para qualquer portador de deficiência, e sim para aqueles trabalhadores reabilitados ou os portadores de deficiência que possuam alguma habilidade para o trabalho, ou seja, cuja deficiência permita o exercício de uma atividade laboral, e sendo certo que a empresa reclamante empreendeu todos os esforços ao seu alcance necessários ao atendimento do comando legal, não há falar que a decisão da Corte *a quo* tenha afrontado os artigos 7º, inciso XXXI, da Constituição Federal e 93 da Lei nº 8.213/91. Recurso de revista não conhecido (TST, RR-505-97.2012.5.19.0007, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25/03/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015).

Aqui, as ações afirmativas em favor da PcD também têm encontrado um grau importante de judicialização,⁵² mercê da insuficiência que qualquer regulamentação pode apresentar. É o que se vê, por exemplo, no Decreto n. 3.298/99, ao relacionar, em *numerus clausus*, as deficiências físicas qualificadas a oferecer direitos subjetivos aos PcD, previstos nas diversas políticas públicas acopladas ou conectadas ao seu conteúdo.

3.2. As cotas para pessoas com deficiência nos concursos para ingresso na magistratura nacional

A força normativa dos dispositivos constitucionais que cuidam da inclusão das PcD no mercado de trabalho, e, em especial, as normas específicas para a Administração Pública (art. 37, VIII) também se projetaram nos certames para o recrutamento de magistrados, tendo como fonte de maior densidade normativa o contido no art. 5º, § 2º da Lei 8.112/90, que estabelecera o limite de reserva de 20% das vagas oferecidas no concurso.

Diante da autonomia administrativa conferida aos tribunais pela Constituição Federal, inclusive para promover os concursos de provimento de cargos de juiz de carreira (art. 96, inciso I, alínea 'c'), alguns deles começaram, a partir dos anos 2000, a incluir a reserva de vagas nos respectivos editais. Contudo, esse movimento se mostrou assimétrico. Nem todos os tribunais assim procediam e havia discrepância de critérios entre eles, o que levou o tema ao Conselho Nacional de Justiça, que deliberou por uniformizar a matéria, forte nas suas atribuições regulamentares (art. 103-A, § 4º, inciso I)⁵³ com a edição de um enunciado administrativo⁵⁴ que, mais

52 No portal do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a busca na base de jurisprudência, utilizando as palavras-chave “concurso + portador + deficiência”, resultou em: 1 súmula, 94 acórdãos e 1.159 decisões monocráticas. A súmula em questão é a de n. 552, assim redigida: “O portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos”. Note-se que essa pesquisa junto ao STJ é meramente exemplificativa e amostral, vez que é possível um número muito maior de processos que tramitam(ram) perante as Seções Judiciárias e Tribunais Regionais Federais. Há, ainda sobre o tema, a Súmula n. 377, do mesmo STJ: “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes”. Esta súmula fundamentou decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no sentido de assegurar ao portador de visão monocular a inscrição nos concursos da magistratura (cf.: Pedido de Providências n. 0003775-33.2012.2.00.0000, Rel. Cons. Reis de Paula, 16.10.2012).

53 É de se sublinhar que ao CNJ é assegurada a prerrogativa de edição de ato regulamentar, dentro do âmbito de sua competência, atividade que foi considerada como normativa primária, ou seja, com a mesma força de lei, pelo Supremo Tribunal Federal (cf. Ação Direta de Constitucionalidade n. 12, Rel. Min. Ayres Britto, 16.02.2006).

54 “Em todos os concursos públicos para provimento de cargos do Poder Judiciário, inclusive para ingresso

adiante, seria incorporado a uma resolução mais ampla, destinada a regulamentar os concursos públicos (Resolução n. 75/2009).

Do processo administrativo que resultou na edição do referido enunciado, colhe-se uma expressa preocupação com um sentido de igualdade material, que justificaria uma política pública diferenciada em favor das PcD, nomeadamente diante de suas inaptidões manifestas e das oportunidades que a sua inserção num cargo público poderia lhes proporcionar, minimizando o que Amartya Sen denominou de “desvantagem de renda”,⁵⁵ com todas as irradiações sociais que essa questão implica. De outro lado, também se percebe a preocupação com a *justa oportunidade*, que somente seria concretizada se consideradas as diversas capacidades dos candidatos. Merece transcrição trecho significativo dessa abordagem:

Observa-se, assim, que, em atendimento ao princípio constitucional da igualdade, a referida legislação institui política pública de proteção à pessoa portadora de deficiência, na qual há diretrizes claras sobre a inserção no mundo do trabalho.

A reserva de vagas em concursos públicos **é parte dessa política mais ampla de inclusão da pessoa portadora de deficiência nos diversos contextos sociais. É inquestionável a importância que as possibilidades de trabalho e de exercício profissional assumem nas histórias de vida de todas as pessoas. O trabalho é imprescindível não apenas por questões financeiras, mas por ser um enlace social que conforme parte essencial da biografia de todos. A chance de integração às carreiras públicas e, de forma especial, ao exercício da magistratura é oportunidade que deve ser garantida a todos, na medida das exigências das funções e das possibilidades pessoais dos envolvidos** (CNJ, PP n. 200810000018125, Rel. Cons. Rui Stoco, Julg. 9.09.2008).⁵⁶ (grifos acrescentados)

na atividade notarial e de registro, será assegurada reserva de vagas a candidatos com deficiência, em percentual não inferior a 5% (cinco por cento), nem superior a 20% (vinte por cento) do total de vagas oferecidas no concurso, vedada a incidência de 'nota de corte' decorrente da limitação numérica de aprovados e observando-se a compatibilidade entre as funções a serem desempenhadas e a deficiência do candidato. As listas de classificação, em todas as etapas, devem ser separadas, mantendo-se uma com classificação geral, incluídos os candidatos com deficiência e outra exclusivamente composta por estes” (Precedente: Pedido de Providências nº 200810000018125 - 69ª Sessão - julgado em 9 de setembro de 2008).

55 SEN, 2011, p. 292.

56 Essa mesma decisão adotou, como fundamento, argumento desenvolvido em pronunciamento anterior do CNJ (PCA n. 200810000004280, Rel. Rui Stoco), considerando a discriminação positiva como uma

A partir de 2009, portanto, com a edição da Resolução n. 75/2009, a questão da reserva de vagas para PcD nos concursos para a magistratura assume caráter mais geral, uniforme e cogente. O Capítulo X dessa Resolução estabelece o direito de participação das PcD nos certames na razão de, no mínimo, 5% das vagas oferecidas, mas condiciona seu preenchimento ao requisito da compatibilidade da deficiência com as atribuições do cargo.

Para o enfrentamento do difícil problema da caracterização da deficiência, o CNJ preferiu adotar o rol já estabelecido no mencionado Decreto n. 3.298/99, que classifica a deficiência em quatro modalidades: física, auditiva, mental e múltipla, esta última como sendo o resultado de associação de duas ou mais deficiências.

A inscrição do candidato está condicionada à prévia indicação da deficiência, com a juntada de sua documentação comprobatória, e também à sua submissão, antes das provas, à avaliação de uma equipe multidisciplinar, formada por médicos e outros profissionais, que aferirá a compatibilidade da deficiência com as funções inerentes ao cargo de juiz. Eventual descaracterização da deficiência não elimina o candidato, permitindo-se que prossiga no concurso, mas para disputar as vagas destinadas à ampla concorrência.

O concurso, de outro lado, deve oferecer as condições de acessibilidade e adaptabilidade para que as PcD possam realizar as provas em condições adequadas, providenciando, ainda, a elaboração de duas listas de classificação,⁵⁷ sendo uma delas para relacionar os candidatos portadores de deficiência, que somente concorrem entre elas às vagas reservadas pelo edital. Nesta classificação, não haverá nenhuma distinção de critérios avaliativos.

Como se pode observar, conta hoje com ampla aceitação e aplicação a ação afirmativa alusiva à inclusão, por regramento especial, de PcD nos concursos para a formação de quadros na magistratura nacional de carreira.

forma de assegurar a igualdade material aos PcD: “a proteção de minorias, como a dos deficientes físicos ou portadores de necessidades especiais é uma imposição constitucional que deriva de uma correta interpretação do princípio da igualdade. Um Estado de Direito fundado no respeito aos direitos individuais e no princípio democrático precisa garantir proteção às minorias. O tratamento diferenciado que a Constituição garante aos portadores de necessidades especiais é resultado da interpretação do princípio da igualdade que impõe que os diferentes sejam tratados de forma diferenciada, na proporção exata das desigualdades. Portanto, ao contrário do que se vem afirmando, os Tribunais do País quando estabelecem tal proteção estão, em *ultima ratio*, efetivando o princípio constitucional da igualdade”.

57 Interessante notar que os candidatos portadores de deficiência também devem integrar a lista geral dos aprovados.

Seguindo essa mesma tendência, o mesmo CNJ aprovou, em junho de 2015, a Resolução n. 203, assegurando a reserva 20% das vagas nos concursos do Poder Judiciário (exceto STF) para negros, política pública que observou o precedente do STF, já citado (ADPF 186), inclusive quanto à duração no tempo, eis que prevista para perdurar até junho de 2024, período de vigência da Lei Federal n. 12.990/2014, que prevê a ação afirmativa de reserva de idêntica cota no âmbito do Poder Executivo. Este tema, apesar de escapar aos limites deste trabalho, indica que a adoção de políticas públicas inclusivas é movimento muito recente em nosso regime constitucional e merece ser aprofundado quanto aos seus fundamentos teóricos e práticos.

4. Algumas questões em aberto

Quando se cogita de ações afirmativas inclusivas no mercado de trabalho, público ou privado, uma primeira questão que costuma aparecer, como ferramenta de objeção, é o da *meritocracia*. É dizer, determinadas funções e cargos devem ser ocupados por aqueles melhores qualificados, aqueles que, em ampla concorrência, mostram-se mais aptos para o seu exercício.

Nesse sentido, o princípio fundamental da ideia de meritocracia é o de que se devem preencher os cargos com as pessoas mais qualificadas, pois a qualificação é um caso especial de mérito.⁵⁸ Sucede que, como já apresentado nos capítulos anteriores deste trabalho, a questão da justiça distributiva, e de seus princípios de correção, coloca a meritocracia num panorama de abordagem mais complexo, sem desmerecê-la.

Essa questão foi enfrentada por Dworkin,⁵⁹ ao refletir sobre o caso *Universidade da Califórnia v. Bakke*.⁶⁰ Esse autor reconhece essa objeção como sendo “argumento popular” contra a discriminação inversa, a ponto de considerar como *arbitrário* o critério do mérito como sendo o único a justificar a ocupação de vagas (em universidades, sobre as quais versava o caso), na medida em que o uso de testes padrão de aptidão despreza outros elementos, inclusive a capacidade ou determinada necessidade especial considerada pela sociedade.

58 WALZER, 2003, p. 184.

59 2005b, p. 445.

60 *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

Da análise desse caso, Dworkin aponta, em arremate, que “ninguém em nossa sociedade deve sofrer porque é membro de um grupo considerado menos digno de respeito, como grupo, que outros”,⁶¹ conclusão que vai ao encontro de seu princípio geral de justiça, no sentido de que todos devem ser tratados pelo Estado com igual respeito e consideração.⁶²

Pelo menos em relação ao reconhecimento da injustiça decorrente das condições em que se encontram, em geral, as PcD, a percepção de violação ao critério meritocrático não se mostra tão presente.⁶³ Nada obstante, a questão simbólica envolvendo essa inclusão, mediante políticas públicas, ainda precisa aguardar a depuração do tempo para uma reflexão mais precisa. Isso porque, diferente do que sucede nas funções burocráticas mais comuns, a atividade da judicatura envolve uma carga simbólica mais complexa,⁶⁴ dado que a legitimação de suas decisões passa pela presunção de diferenciada qualificação de seu protagonista. Nesse contexto é que se apresenta um certame mais demorado, com várias etapas, inclusive exames orais, além de um estágio probatório, para aquisição de vitaliciamento, mais rigoroso, como sucede em outros países.

Assim, a meritocracia, conquanto tenha seu lugar onde a teleologia da ocupação de vagas e oportunidades de trabalho seja possível, não se mostra foco informacional adequado quando se trata de assegurar a justa oportunidade às PcD.

Outra questão em aberto, considerando a reserva de vagas em estudo ainda é muito recente, é o desafio institucional – e estatutário – de se

61 DWORKIN, 2005b, p. 450.

62 Essa mesma abordagem aparece em Michael Walzer (2003), ao apresentar a reserva de cargos a determinados grupos sociais como um problema de justiça nas sociedades democráticas, acentuando se tratar de uma questão política que tem, como eixo, o axioma da igual consideração que todos merecem ter. Nesse sentido, deve haver um objetivo moral importante a ser atingido quando se “viola os direitos sociais dos candidatos”. Assim, em diálogo com o pensamento de Dworkin, sugere que a meritocracia deve ser tomada em confronto com objetivos inclusivos, perseguidos pela reserva de vagas, o que implica admitir um vínculo mais frouxo entre os cargos e as qualidades dos candidatos para o seu exercício. Nada obstante, reconhece esse autor que o tema é polêmico, além de ser objeto, inclusive no contexto norte-americano, de muitas fraudes (WALZER, 2003, p. 206-7).

63 “A igualdade material mais comum e mais respeitada é em relação ao atendimento preferencial aos portadores de deficiência, aos idosos, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo. O aspecto mais interessante desta discriminação positiva se dá fato de que as pessoas leigas juridicamente conseguem até mesmo perceber discriminação do Estado no caso das cotas [raciais], mas são incapazes de questionar a mesma discriminação quanto a essas pessoas protegidas por esta lei [Lei n. 10.048/2000]” (SILVA, 2015, p. 37).

64 Sobre as questões simbólicas e a magistratura, cf. GARAPON (1999).

ajustar o exercício do cargo às inaptidões físicas das PcD, porquanto não se mostra razoável ignorar eventuais diferenças de produtividade dessas pessoas no panorama do conjunto dos magistrados, até mesmo porque possuem necessidades especiais, que devem ser consideradas nas *institucionalidades formais* (legais, em sentido estrito) e *informais* (costumes).

A Resolução n. 75/2009, ao dispor sobre a reserva de vagas a PcD, nada cogita sobre a forma como a inserção do magistrado recrutado nessas condições repercutirá no desenvolvimento da carreira. Serão adotados os mesmos critérios para aferição de merecimento? A produtividade a ser considerada será a mesma?

Conquanto esses questionamentos não invalidem ou enfraqueçam a ação afirmativa de inclusão das PcD, são questões que sugerem que essa política de discriminação inversa carece de complementação, sob pena de irradiar, negativamente, sobre o magistrado portador de deficiência, uma condição de inferioridade, no confronto com os demais juízes.

Outro aspecto bastante controverso nas políticas públicas de ação afirmativa ou discriminação positiva é a relativa generalidade de alguns critérios definidos na fonte normativa que a respalda. Essa questão também foi abordada por Dworkin,⁶⁵ ao sublinhar o problema do uso de expressões que não asseguram a delimitação adequada do grupo a que se pretende oferecer a efetiva tutela de discriminação inversa.

Nesse contexto, tem-se a genérica a questão da compatibilidade entre a deficiência de que a pessoa é portadora e as funções do cargo público, traduzida no § 1º do art. 73 da Resolução CNJ n. 75/2009, que incorporou, por expressa remissão, o rol de deficiências contido no Decreto n. 3.298/99. Trata-se de aspecto com *relevante potencial litigioso*, isto é, gerador de litígios, porquanto desloca muitas vezes para a comissão multiprofissional e, em última análise, à comissão central do concurso deliberar se a deficiência é ou não incompatível com o exercício do cargo.⁶⁶

65 DWORKIN, 2005b, p. 447.

66 Diga-se, a propósito, que esse problema não está apenas presente na reserva de vagas para ingresso na magistratura, como indicam os seguintes julgados: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POSSE. CANDIDATO QUE NÃO SE QUALIFICA COMO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. REVISÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Consigne-se que, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, cabe ao magistrado valorar acerca da necessidade de complementação do material probatório. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, foi expresso no sentido de que o recorrente não se qualifica como portador de deficiência, apresentando

Soma-se a essa dificuldade a própria imprecisão do conceito de deficiência, adotado pelo mencionado Decreto, como sendo “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano” (art. 3º, inciso I).

Reflete esse problema o que de decidido, especificamente quanto a certame para a magistratura, pelo Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal n. 324. Na hipótese, a Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região (SP) e a Secretária do concurso foram denunciadas pelo Ministério Público Federal por terem supostamente praticado atos de discriminação contra candidato portador de deficiência, em razão do indeferimento de sua inscrição definitiva. O tribunal concluiu pela rejeição da denúncia, por entender que ficou comprovado que a deficiência do candidato, portador de sequelas, decorrentes de uma parcial paralisia cerebral, não se mostrava compatível com o exercício do cargo a que postulava, já que presentes limitações de motricidade, funções nervosas e musculares, além de problemas de fala, que se constituíam óbice para o acesso ao cargo de juiz do trabalho.

tão somente deformidade estética. A revisão deste entendimento esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido” (AgRg no REsp 1552076/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015, DJe 20/11/2015); “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. VAGA DE CONCURSO PÚBLICO RESERVADA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. SURDEZ UNILATERAL. EXCLUSÃO. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - O acórdão recorrido está em confronto com o entendimento desta Corte, no sentido de que a surdez unilateral não garante a seu portador o direito de concorrer a vaga de concurso público reservada às pessoas com deficiência, tendo em vista a alteração promovida pelo Decreto n. 5.296/04, o qual conferiu nova redação ao art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99, passando a estabelecer, de forma objetiva, o grau a ser considerado para o reconhecimento de deficiência auditiva. II - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. III - Agravo Regimental improvido” (AgRg no REsp 1246016/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 05/11/2015); “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. SEQUELAS DECORRENTES DE HANSENÍASE COMPROVADAS POR LAUDO PERICIAL. PROVIMENTO NEGADO. 1. Nos termos do art. 3º, I, do Decreto n. 3.298/99, “considera-se deficiência toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. 2. Incapacidade para o desempenho de atividades dentro do padrão considerado normal para o ser humano, em decorrência de sequelas causadas pela hanseníase, comprovada por laudo pericial. 3. Eventual conclusão em sentido diverso do que foi decidido, relativamente à comprovação da deficiência física, dependeria do reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 7 do STJ. 4. “A deficiência física ostensiva não é a única que autoriza o candidato a concurso público a se valer do regime do Decreto nº 3.298, de 1999; também tem direito a ele quem sofre limitações resultantes de doença” (REsp 1.307.150/DF, DJe 11/4/2013). 5. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1132884/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015).

Assim, pode-se perceber que, embora já dispensado tratamento legal para as ações afirmativas de inclusão de PcD nos quadros da magistratura, por meio de políticas públicas permanentes, o desenho dessas ações ainda oferece as dificuldades próprias de lidar com a discriminação inversa em função das capacidades.

5. Conclusões

A escassez de recursos é o problema-chave que, em qualquer sociedade, contextualiza o problema da justiça. E a ideia de escassez é ampla, em ordem a também considerar que as oportunidades, melhor ainda, as boas oportunidades de empregos ou cargos também se revelam um bem não acessível a todos, nomeadamente nas sociedades capitalistas, onde a presença de um exército de reserva é uma condição essencial para a sua sustentação como modo de produção.

O acesso aos cargos na magistratura nacional, pelo grau de seletividade que o envolve e pela reduzida oferta de vagas, em contraste com o universo de interessados, não poderia ser um ambiente distinto do mercado de trabalho para o fim de consideração como um problema distributivo, na perspectiva da teoria da justiça.

As teorias igualitaristas de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen constituem um referencial teórico importante para assentar que a igualdade de respeito e consideração, que deve ser dispensada pelo Estado a todos, deve conviver com alguns princípios de correção, já que não há um modelo ideal que elimine, por completo, as diferenças entre as pessoas, nomeadamente as diferenças de aptidões. Assim, ainda que a desigualdade de talentos e de capacidades não constitua em si uma injustiça, em especial quando as oportunidades estão, em igual condição, abertas a todos, determinados grupos sociais, por suas características e diferenças de capacidade, podem – e devem – receber tratamento distinto, dada suas particulares situações. É o que sucede com as PcD, as quais, diante de suas heterogeneidades pessoais, ostentam dificuldades para concretizar projetos de vida condizentes com a razoabilidade.

Assim, pode-se concluir que não viola os princípios gerais de justiça a proteção às PcD, por se constituir mecanismo de correção da justa oportunidade quanto a ocupações no mercado de trabalho, nomeadamente quando as incapacidades desse grupo social constituem o foco informacional do princípio da diferença.

Dentro do debate político que deve conduzir as definições das políticas públicas em sociedades democráticas, foram sendo construídas, progressivamente, ações afirmativas, tendentes à concretização dos preceitos constitucionais previstos nos arts. 7º, inciso XXXI e 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que se projetaram sobre todos os ramos dos Poderes, sendo incorporadas pelo Poder Judiciário, em relação à reserva de vagas nos concursos para a magistratura nacional, por meio da Resolução n. 75/2009, que estabilizou a posição do Conselho Nacional de Justiça sobre o tema.

Nada obstante a conformação dessa ação afirmativa também no panorama do recrutamento dos juizes, algumas questões ainda estão em aberto, como o problema da compatibilidade entre a deficiência e as funções do cargo, a meritocracia que se exigiria para o exercício de uma função tão especializada e de legitimação simbólica e as questões de adaptabilidade do regime institucional e estatutário da magistratura para considerar, ao longo do exercício dos recrutados portadores de deficiência, as suas incapacidades, dado que não se mostra condizente com a razoabilidade que o princípio da diferença, que sustenta a política de reserva de vagas, possa desaparecer por completo após a investidura do candidato no cargo.

Referências

- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ação Afirmativa e Direito Constitucional. *Revista Direito Público*, n. 1, p. 131-139, jul.-ago,-set. 2003. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/viewFile/1402/870>>. Acesso em: 14 mar. 2018.
- CHAVES, Daniela Lustoza Marques de Souza. *Mercado de trabalho e discriminação etária: a vulnerabilidade dos trabalhadores 'envelhescentes'*. São Paulo: LTr, 2006.
- DALLARI, Dalmo. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.
- _____. *Justice for hedgehogs*. Harvard Press: Cambridge/London, 2011.

- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para formigas e cigarras. *Novos estudos - CEBRAP* [online], São Paulo, n.77, pp. 243-253, 2007.
- GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Piaget, 1999.
- GIMENES, Antonia Maria et al. A dificuldade da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. *Revista Eletrônica S@ber*, v. 28, 2015. Disponível em: https://www.inesul.edu.br/revista/arquivos/arq-idvol_33_1426199840.pdf. Acesso em: 14 mar. 2018.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. As audiências públicas no STF: mero instrumento de legitimação formal? In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Editora Nova Cultural, v. I, 1996.
- POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. Realização da justiça, oportunidade e capacidade: da igualdade formal à igualdade material no que concerne ao acesso à educação superior dos negros por meio do sistema de cotas nas universidades. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (orgs.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *El liberalismo político*. Tradução: Antoni Domènech. Barcelona: Crítica, 1996.
- SILVA, Marcel Régis Valente da. *Cotas raciais em concurso público: análise de sua constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br>. Acesso em 06.12.2015.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- WALZER, Michel. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo Martins Fontes, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Recebido em 05 de março de 2016.

Aprovado em 10 de março de 2018.

Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro

Ne bis in idem: fundamental constitutional right applicable in the relationship between criminal law and the sanctioning administrative law

Sirlene Nunes Arêdes*

Faculdade Milton Campos, Belo Horizonte-MG, Brasil

1. Introdução

A teoria da unidade do poder punitivo estatal levou diversos países europeus, especialmente nas três últimas décadas, a desenvolverem nova leitura da tradicional teoria da autonomia e independência das instâncias penal e administrativa. Ainda que se possa, com fundamento nas normas constitucionais, postular âmbitos diferenciados de intervenção para a esfera penal e para a administrativa, não é possível diferenciar, materialmente, essas infrações e sanções. A identidade do poder punitivo advém da aplicação da pena, de forma que a previsão normativa abstrata de sua aplicação e execução importa o exercício deste poder.

Fundamentadas nessas concepções, doutrina e jurisprudência de países europeus abrandaram os efeitos da tradicional teoria da autonomia e independência das instâncias, a fim de submeter a instância administrativa punitiva a princípios constitucionais tradicionalmente aplicados pelo Direito Penal. Reconhece-se, dessa forma, a existência de um conjunto de princípios comuns à repressão estatal considerada em sentido amplo.

* Professora Doutora e Mestre em Direito pela UFMG, professora da graduação em Direito da Faculdade Milton Campos. Procuradora da Câmara Municipal de Belo Horizonte. E-mail: sirlenearedes@gmail.com

Nesse sentido, em Portugal, o Decreto-lei 433, de 27/10/1982, que regula as contraordenações, garante, na esfera administrativa, a retroatividade da norma mais benéfica, a punição apenas por condutas dolosas ou culposas, a aplicação das teorias de erro de tipo e erro de proibição e interdependência entre a punição penal e a administrativa das mesmas pessoas, pelos mesmos fatos e fundamento. Já na Espanha, a Constituição de 1978 garante, expressamente, a anterioridade das infrações administrativas. Mas o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) ampliou essa proteção e passou a exigir, na aplicação de sanções administrativas, a tipicidade, conduta dolosa ou culposa e previsão em lei formal dos limites de infrações e penas administrativas. Esse Tribunal também impôs a proibição de *bis in idem* para condutas tipificadas como ilícito penal e administrativo¹. Consoante a sua jurisprudência, aplicam-se ao Direito Administrativo Sancionador os princípios do Direito Penal com “modulações”².

A teoria da unidade do poder punitivo é o principal fundamento para a aplicação da vedação de *bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa, por rejeitar que a mesma pessoa seja punida em ambas as instâncias pelos mesmos fatos e sob o mesmo fundamento.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), ao adotar essa teoria, mantém jurisprudência nesse sentido. Os fundamentos utilizados pelo TEDH para considerar abusiva a aplicação simultânea de sanções penais e administrativas são o Protocolo Adicional nº 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Embora esses dispositivos refiram-se expressamente ao direito penal e, de forma semelhante, o Convênio de aplicação do Acordo Schengen limite a aplicação do *ne bis in idem* aos casos em que haja “sentença firme”, o TEDH interpretou esses dispositivos no sentido de que há vedação à dupla punição por ilícitos em sentido amplo e não apenas em relação às infrações penais.

Lucía Alarcón Sotomayor³ afirma que a decisão mais representativa da jurisprudência do TEDH é a sentença de 29 de maio de 2001 (caso Franz Fischer contra Áustria). A autora relata que o indivíduo, em estado de embriaguez, atropelou, com seu veículo, um ciclista e se evadiu do local sem prestar socorro; posteriormente, o ciclista faleceu. O autor do atropel-

1 NIETO GARCÍA, 2005, p. 215.

2 NIETO GARCÍA, 2005, p. 164 et seq.

3 SOTOMAYOR, 2008, p. 55 et seq.

lamento foi sancionado administrativamente por conduzir embriagado e, penalmente, por homicídio culposo. O TEDH decidiu que, embora pudesse parecer, à primeira vista, que existissem dois ilícitos, há situações em que um ilícito está contido em outro, de forma que o crime de homicídio culposo absorve a infração administrativa de dirigir sob os efeitos de álcool. O Tribunal entendeu que, nestas situações, não há possibilidade de aplicação de duas penalidades sob pena de ofensa à vedação de *bis in idem*, garantida no art. 4 do Protocolo 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia também é contrária à punição penal e administrativa da mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos. A jurisprudência desse Tribunal ressalta que uma pessoa pode ser definitivamente julgada ainda que nenhum Tribunal haja se manifestado sobre os fatos objeto de reprovação e o Acordo de Schengen não subordina a aplicação do *ne bis in idem* à necessária tramitação prévia de um processo penal⁴.

Diante de reiteradas doutrinas e jurisprudências brasileiras que defendem a autonomia e a independência das instâncias, questiona-se a existência de limites constitucionais que impeçam o uso concomitante das diversas formas de manifestação do poder punitivo estatal. Indaga-se, portanto, se o Poder Legislativo e os aplicadores do direito encontram-se constitucionalmente obrigados à observância do *ne bis in idem* nas relações entre as esferas penal e administrativa geral. Portanto, a aplicação desse princípio demanda a definição de seu conteúdo, a análise quanto à sua existência no ordenamento constitucional brasileiro e de seu âmbito de incidência.

Na legislação brasileira, constata-se a tipificação dos mesmos fatos, simultaneamente, como crimes e infrações administrativas gerais. Em algumas hipóteses, há a simples repetição de comandos normativos com alteração de penas.⁵ Em outras, embora sejam adotados termos diversos, há identidade quanto aos sujeitos responsáveis, aos fatos puníveis e ao fundamento da punição.⁶ Se analisadas conjuntamente a legislação penal e administrativa federal, estadual e municipal, uma mesma pessoa pode ser

4 JALVO, 2003, p. 183.

5 Nesse sentido, por exemplo, a tipificação dos crimes pela Lei 9.605/98 e tipificação de infrações administrativas pelo Decreto Federal 6.514/2008.

6 Os exemplos são oferecidos por Celso Eduardo Faria Coracini (2004b, p. 272) ao analisar as disposições dos arts. 4º, 5º e 6º da Lei 8.137/1990 com as normas de proteção da concorrência, atualmente previstas no art. 36 da Lei 12.529/2011.

punida não duas vezes (uma na esfera penal, outra na administrativa), mas diversas vezes pelos mesmos fatos.

Pretende-se demonstrar que o *ne bis in idem* tem assento constitucional na estrutura democrática do Estado brasileiro e se caracteriza como direito fundamental, cabendo sua aplicação na inter-relação entre as instâncias penal e administrativa geral.

2. Conteúdo do princípio *ne bis in idem*

O *ne bis in idem* se origina no direito romano⁷ e, embora tenha surgido no âmbito civil e com sentido processual, desenvolveu-se para abranger a esfera punitiva e integrou a vertente material⁸. Reconheceu-se a vedação *bis in idem* durante a Idade Média, embora, nesse período, a absolvição por ausência de provas não impedisse novo processo pelos mesmos fatos⁹, em virtude do suposto interesse social na punição de todas as condutas ilícitas¹⁰. O conteúdo desse princípio foi sintetizado por Rodolfo Tigre Maia¹¹ nas seguintes palavras:

A expressão *ne bis in idem*, quase sempre utilizada em latim, em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser repetido (*ne bis*). Nessa linha provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal.

7 A origem do princípio e suas manifestações em ordens jurídicas passadas foram excepcionalmente expostas por Keity Saboya (2014, p. 5 et seq.).

8 SILVA, P. R. A.; 2008, p. 290; TORRADO, 2008, p. 17; MAIA, 2005, p. 27.

9 CORDI, 2008, p. 83 et seq.; SABOYA, 2014, p. 17.

10 CORDI, 2008, p. 85.

11 MAIA, 2005, p. 27.

A liberdade e a segurança jurídica fundamentaram a vedação de reiteração de procedimentos punitivos. Entendeu-se que seria contrária ao Estado de Direito a perene situação de incerteza que recai sobre a pessoa submetida a vários procedimentos instaurados para averiguação do mesmo fato, sujeitando-a a (tentar) provar sua inocência diversas vezes perante o Estado. Assim, inicialmente, reconheceu-se o *ne bis in idem* na esfera processual penal, a fim de impedir a reiteração de julgamentos por fatos judicialmente decididos¹².

Em sua *vertente processual*, “o objetivo que este princípio busca, desde suas origens, é conferir segurança e certeza à pessoa de que o fato pelo qual foi sancionada ou processada anteriormente não será novamente revisto pelo Estado”¹³. Sob essa perspectiva, o princípio assegura “que contra uma mesma pessoa não se inicie um processo, quando outro se encontra aberto, ou que se volte a processar a pessoa que havia sido processada pelo fato em questão”¹⁴.

Essa vertente encontra-se expressa em tratados internacionais sobre direitos humanos¹⁵. Lucía Alarcón Sotomayor¹⁶ afirma que a proibição de duplo processo, independentemente da solução do litígio e de nova qualificação do ilícito, constitui o verdadeiro *ne bis in idem* processual e tem ligação direta com os efeitos negativos da coisa julgada. Nesse sentido, alguns autores sustentam que, em sua primeira manifestação, a vedação ao *bis in idem* deriva da coisa julgada, uma vez que o pronunciamento judicial firme impede a reiteração de processos punitivos relativos àqueles fatos¹⁷. Por sua vez, Tomás Cano Campos¹⁸ defende que a coisa julgada é que se fundamenta no *ne bis in idem* e não o inverso.

De seu aspecto eminentemente processual, o princípio evoluiu para a vertente material, de acordo com a qual a vedação de duplo processo impossibilita a aplicação de mais de uma punição pelos mesmos fatos.

A *vertente material do ne bis in idem* também teve seu âmbito estendido, pois se, inicialmente, entendia-se que essa vedação se limitava à esfera

12 TORRADO, 2008, p. 18.

13 TORRADO, 2008, p. 21 (tradução livre).

14 TORRADO, 2008, p. 306 (tradução livre).

15 SOTOMAYOR, 2008, p. 175.

16 SOTOMAYOR, 2008, p. 176.

17 NIETO GARCÍA, 2005, p. 474.

18 CAMPOS, 2001, p. 201.

penal, atualmente, defende-se a impossibilidade de duplo sancionamento não apenas no interior da esfera administrativa ou da penal, mas também, por uma infração penal e outra administrativa, quando idênticos sujeitos, fatos e fundamentos¹⁹.

O reconhecimento desse princípio nem sempre se deve à determinação expressa do Poder Legislativo ou do Poder Constituinte. Na Espanha, como será demonstrado a seguir, seu reconhecimento decorreu da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol (TCE), pois a Constituição Espanhola de 1978 (CE/1978) não o estabelece expressamente²⁰.

3. A aplicação do *ne bis in idem* na Espanha

A CE/1978, da mesma forma que a CRFB/88,²¹ não prevê expressamente o *ne bis in idem*, nem como princípio geral do Direito, nem como regra, nem como direito fundamental. Todavia, o silêncio do Constituinte não impediu o reconhecimento dessa garantia no ordenamento jurídico espanhol²².

A doutrina impulsionou a jurisprudência espanhola no sentido de efetivar garantias às pessoas submetidas ao poder punitivo exercido pela Administração, especialmente após a promulgação da CE/1978. No entanto as bases da mudança ocorrida com essa Constituição foram doutrinas anteriores à sua promulgação, que levaram à inclusão, em seu texto, do art. 25.1, segundo o qual “ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de sua prática não constituam crime, falta ou infração administrativa, conforme a legislação vigente naquele momento”²³.

No ordenamento jurídico espanhol, a ausência de previsão constitucional expressa dos postulados de culpabilidade, tipicidade e reserva legal, em relação ao direito administrativo sancionador, e de *ne bis in idem*, na relação entre as instâncias penal e administrativa geral, não impediu que

19 NIETO GARCÍA, 2005, p. 474

20 SOTOMAYOR, 2008, p. 21.

21 Keity Saboya (2014, p. 50) também utilizou o sistema espanhol como paradigma para estudo do *ne bis in idem* no direito brasileiro, por entender que a Espanha é o “país, em que, atualmente, a discussão sobre o aumento da atuação sancionadora da Administração, com sobreposição de imposição de sanções por mais de um órgão estatal, é mais evidente”, e também que “o desenvolvimento das sanções administrativas no direito brasileiro muito se assemelha ao do direito espanhol”.

22 SOTOMAYOR, 2008, p. 31; JALVO, 2003, p. 175.

23 ESPANHA, Constituição Espanhola de 1978 (tradução livre).

a jurisprudência os reconhecesse, com base no dispositivo constitucional que garante a anterioridade para a aplicação de sanções punitivas e em outras normas constitucionais.

A doutrina relata que o TCE foi o principal responsável pela alteração do sistema vigente anteriormente à promulgação da CE/1978, ao impor a aplicação do *ne bis in idem* para além da esfera penal, a fim de impedir a cumulação de infrações administrativas gerais e dessas com punições penais.

A Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol (STC) 02/1981 foi a primeira a reconhecer a natureza constitucional do *ne bis in idem*²⁴ e a caracterizá-lo como princípio geral do direito. Essa decisão também estabeleceu a prevalência de sua vertente material sobre a processual, ao afirmar que esse princípio impõe “que não recaia duplicidade de sanções – administrativa e penal – nos casos em que se constata a identidade de sujeito, fato e fundamento”²⁵.

O principal fundamento utilizado pelo TCE para determinar a aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as instâncias penal e administrativa é o *princípio da legalidade*. Para esse Tribunal, a dupla sanção atenta contra a certeza exigida pela vertente material do princípio, cujo objetivo é garantir que as pessoas possam prever as consequências de suas ações com anterioridade, de forma que a sanção imposta deve ser conhecida pela pessoa previamente a sua conduta^{26, 27}.

O TCE e o Tribunal Supremo Espanhol (TSE) também fundamentam a aplicação do *ne bis in idem* no *princípio da proporcionalidade*, reconhecido como fundamental e imanente ao Estado de Direito e ao valor de justiça estabelecido no art. 1.1 da CE/1978. Caracterizado como princípio geral do direito, vincula todos os poderes públicos a seus comandos²⁸.

24 SOTOMAYOR, 2008, p. 33 et seq.

25 MOLINÉ, 1996, p. 163.

26 TORRADO, 2008, p. 161; CAMPOS, 2001, p. 204 et seq.

27 “Se a Administração ou o Poder Judiciário, ao aplicar as normas, impõem duas ou mais sanções pelo cometimento de uma só infração (penal ou administrativa) vulneram tanto a vertente formal do princípio da legalidade, como sua vertente material. A formal ou reserva de lei porque se cria uma nova sanção não prevista (ao menos do ponto de vista de sua aplicação) em nenhuma lei para a infração cometida. A vertente material (tipicidade e mandato de taxatividade) porque ao impor duas ou mais sanções por uma só infração vulnera-se o direito do destinatário das normas, incluído nessa garantia, de determinar, com certeza e segurança, a responsabilidade derivada do cometimento de uma infração. Isso não implica que todas as manifestações do *ne bis in idem* formem parte ou se sustentem no princípio da legalidade.” (CAMPOS, 2001, p. 210, tradução livre).

28 TORRADO, 2008, p. 175.

Fundamentando-se nesse princípio, afirma-se que as “leis devem conter critérios de dosimetria punitiva que sejam referência para a atuação do julgador e que, além disso, ofereçam fatores qualitativos para que seja possível sua graduação”²⁹. A jurisprudência do TCE estabelece estreita relação entre proporcionalidade e proibição de *bis in idem*³⁰.

Essa jurisprudência se harmoniza com a doutrina que defende a autossuficiência das sanções punitivas e que a duplicação de sanções implica reação desproporcional que gera maiores prejuízos que aqueles derivados da conduta ilícita e caracteriza manifesta causa de injustiça³¹.

O instituto da *coisa julgada* também é usado para fundamentar o *ne bis in idem* e como mecanismo de solução de concurso aparente de normas penais e administrativas. À coisa julgada são reconhecidos efeitos positivos – a decisão judicial firme determina a verdade jurídica – e negativos – a decisão transitada em julgado impede novos pronunciamentos em relação ao seu conteúdo.

Os efeitos negativos da coisa julgada impossibilitam novo julgamento sobre os mesmos fatos, pois a decisão coberta pelo instituto vincula o Poder Judiciário e a Administração. A doutrina relata que o TCE e o TSE se manifestam no sentido de que a coisa julgada material, em sua vertente negativa, não permite que uma contenda judicial, já decidida por sentença transitada em julgado, possa ser novamente examinada³². Reconhece-se estreita relação entre esse instituto e a vedação ao *bis in idem*, pois ambos resguardam a segurança jurídica³³.

Maria Lourdes Ramírez Torrado³⁴ sustenta que a proibição de *bis in idem* e a prevalência das decisões penais sobre as administrativas fundam-se no art. 45.3 da CE/1978, que, ao tratar das infrações ao meio ambiente, determina: “para os que violarem o estabelecido no dispositivo anterior, nos termos que a lei fixar, serão estabelecidas sanções penais ou, sendo o caso, administrativas, assim como a obrigação de reparar o dano causado”³⁵. A autora defende que a CE/1978, ao prever “sanções penais ou, sendo o caso,

29 TORRADO, 2008, p. 177 (tradução livre).

30 TORRADO, 2008, p. 182.

31 TORRADO, 2008, p. 180 et seq.; CAMPOS, 2001, p. 203.

32 TORRADO, 2008, p. 194 et seq.

33 TORRADO, 2008, p. 191 et seq.

34 TORRADO, 2008, p. 205.

35 ESPANHA, Constituição Espanhola de 1978 (tradução livre).

administrativas”, impossibilita a aplicação simultânea de ambos os mecanismos e que, embora a norma esteja incluída no capítulo referente ao meio ambiente, caracteriza-se como geral e aplicável a todo sistema jurídico³⁶. Posição similar é defendida por Tomás Cano Campos³⁷ ao analisar o art. 25.1 da CE/1978.

Outros autores fundamentam o *ne bis in idem* no princípio da *segurança jurídica* e na *proibição de arbitrariedade*³⁸. Essa concepção propõe que não é admissível, no Estado de Direito, a constante ameaça de aplicação de diversas sanções pelos mesmos fatos, pois essa situação submete as pessoas a tratamento desumano³⁹. Fundamenta-se ainda a vedação de *bis in idem* na *exigência de racionalidade e interdição de arbitrariedade* dos poderes públicos, estabelecida no art. 9.3 da CE/1978⁴⁰, e na desproporcionalidade e na arbitrariedade que implicam a dupla punição ou o duplo processo pelos mesmos fatos⁴¹.

Uma vez reconhecida a inserção do *ne bis in idem* na ordem jurídica espanhola, sua aplicação teve como principal consequência a primazia da esfera penal sobre a administrativa. Essa precedência da esfera penal vincula a Administração ao conteúdo das sentenças penais quanto aos fatos, impossibilita punição administrativa às pessoas penalmente condenadas e exige que a esfera administrativa considere as sanções aplicadas na esfera penal. Os fundamentos dessa decisão são o instituto da coisa julgada, presente na esfera penal, a submissão da Administração às decisões judiciais e às maiores garantias do processo penal⁴².

A prevalência da esfera penal é garantida por um conjunto de regras, jurisprudencialmente criadas, que se resumem da seguinte forma: “se a Administração tem conhecimento de fato que possa constituir infração penal e administrativa, deve se abster de atuar e comunicar o fato à autoridade judicial”; finalizado o processo penal, com sentença condenatória, a Administração se encontra impedida de aplicar sanções administrativas pelos mesmos fatos. Contudo, se a sentença penal for absolutória, a Ad-

36 TORRADO, 2008, p. 14, 206.

37 CAMPOS, 2001, p. 209.

38 SOTOMAYOR, 2008, p. 25 et seq.

39 SOTOMAYOR, 2008, p. 26.

40 SOTOMAYOR, 2008, p. 27.

41 CAMPOS, 2001, p. 202.

42 TORRADO, 2008, p. 353.

ministração poderá continuar ou iniciar o procedimento administrativo punitivo, hipótese em que “deve respeitar a declaração de fatos provados (positivos ou negativos), realizados pelo juízo penal”⁴³.

A jurisprudência do TCE consagra que a prevalência da instância penal é constitucionalmente determinada. Assim, mesmo o Poder Legislativo não tem competência para dispor de forma diversa, conforme decidido na STC 77/1983⁴⁴.

Outro efeito da aplicação do princípio na relação entre as instâncias é que, a jurisprudência espanhola, invertendo o sistema inicial de preponderância do *ne bis in idem* processual, garante a prevalência de seu aspecto material, por entender vedada a dupla punição, mas não o duplo processo pelos mesmos fatos. Assim, o *ne bis in idem* processual não alcança, com todas as suas consequências, a esfera administrativa. Consoante a jurisprudência do TCE, a vertente processual do *ne bis in idem* implica a primazia da decisão penal sobre a administrativa e não a proibição de novo processo. Nesse sentido, a STC 334/2005 consignou que, não há excesso punitivo nas hipóteses em que “o julgado posterior proceda ao desconto dos efeitos da sanção estabelecida na decisão anterior”⁴⁵.

Mesmo não sendo plenamente aplicada a vertente processual do *ne bis in idem*, a garantia de sua vertente material, no ordenamento jurídico espanhol, alterou profundamente o sistema anterior, ao vincular a Administração ao conteúdo das sentenças penais quanto aos fatos, impossibilitar novo processo em relação às pessoas penalmente condenadas, e exigir que a esfera administrativa considere as sanções aplicadas na esfera penal.

A prevalência da instância penal sobre a administrativa não soluciona o concurso de normas nos casos em que mais de uma norma tipifica os mesmos fatos como infração administrativa⁴⁶. Nesse campo, a doutrina destaca a inexistência de critério geral para eleição da norma aplicável⁴⁷.

Diante dessa omissão, defende-se a utilização dos critérios previstos no art. 8º do Código Penal Espanhol (especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade) para solução de concurso de normas adminis-

43 MOLINÉ, 1996, p. 164 (tradução livre).

44 SOTOMAYOR, 2008, p. 87 et seq.

45 SABOYA, 2014, p. 69.

46 CAMPOS, 2001, p. 212.

47 SOTOMAYOR, 2008, p. 84 et seq.

trativas, se as autoridades competentes para aplicação das sanções se encontram na mesma estrutura hierárquica⁴⁸. Alguns autores defendem que o uso desses critérios independe de norma expressa que os estabeleçam⁴⁹. Caso esses critérios não possam ser aplicados, Alejandro Nieto García⁵⁰ defende a aplicação dos critérios da vontade e da cronologia.

Quanto ao âmbito de incidência do *ne bis in idem* na via administrativa, a jurisprudência do TCE restringe sua aplicação às sanções administrativas, identificadas pela finalidade repressiva.⁵¹

A jurisprudência espanhola exclui a aplicação do *ne bis in idem* nas hipóteses em que concorrem sanções punitivas penais e sanções administrativas disciplinares, impostas no âmbito das relações especiais. Essa exceção consta na primeira decisão do TCE sobre o tema⁵².

Embora a STC 2/1981 tenha se referido às relações de sujeição especial como se constituíssem exceção não englobada pelos pressupostos de aplicação do *ne bis in idem*, parte da doutrina sustenta que, no caso, a exceção decorre da ausência da tríplice identidade, pois o fundamento das sanções disciplinares é diverso do existente na aplicação de sanções penais ou administrativas gerais.

Algumas decisões fundamentam a possibilidade de dupla punição na diversa finalidade atribuída às penas disciplinares, pois elas são tipificadas sob perspectivas distintas, ou seja, com a intenção de proteger bens jurídicos diversos. Outras decisões se apoiam no componente ético das sanções administrativas disciplinares para sustentarem a diversidade de fundamentos e, com isso, a não incidência do *ne bis in idem*⁵³.

Todavia nota-se nova evolução jurisprudencial, que impõe a aplicação do *ne bis in idem* no âmbito das relações especiais. Se, inicialmente, o TCE

48 NIETO GARCÍA, 2005, p. 517 et seq.

49 SOTOMAYOR, 2008, p. 84 et seq..

50 NIETO GARCÍA, 2005, p. 514.

51 Conforme leciona Maria Lourdes Ramírez Torrado (2008, p. 33 et seq.), a partir desse pressuposto, são excluídas da incidência desse princípio as medidas estatais referentes a responsabilidade civil, multas coercitivas, medidas de polícia, consequências de condenações judiciais, revogações de autorizações ou licenças, caducidade das concessões administrativas, impossibilidade de obter subvenções governamentais e perda da qualidade de servidor público. Segundo a jurisprudência espanhola, outros princípios que regem a atividade punitiva da Administração, tais como tipicidade e culpabilidade, também não se aplicam a essas medidas, por não terem caráter repressivo (TORRADO, 2008, p. 73).

52 NIETO GARCÍA, 2005, p. 503.

53 NIETO GARCÍA, 2005, p. 503 et seq.

e o TSE consideraram que a imposição da sanção em uma relação especial não ofenderia o *ne bis in idem*, ainda que a sanção tivesse por objeto fatos punidos na esfera penal, suas decisões mais recentes exigem que, além da caracterização da relação especial, demonstre-se, no caso concreto, a especialidade do fundamento da sanção disciplinar em relação à penal^{54, 55}

4. O *ne bis in idem* na ordem jurídica brasileira

Analísada a aplicação do *ne bis in idem*, no ordenamento jurídico espanhol, cabe averiguar a possibilidade de sua aplicação na ordem jurídica brasileira, tendo em vista a inexistência de comando na CRFB/88 que o adote expressamente.

4.1. Contexto atual da ordem jurídica brasileira quanto à aplicação do *ne bis in idem*

A análise da inserção do *ne bis in idem* na ordem jurídica brasileira demonstra que a teoria da autonomia e independência das instâncias penal e administrativa goza de ampla aceitação por parte da doutrina. Essa teoria é o principal fundamento de sua inaplicabilidade na relação entre as esferas punitivas no direito brasileiro.

Explicita-se também que a legislação pátria possui expressas previsões contrárias à incidência do *ne bis in idem* e que essas normas infralegais são acolhidas pela jurisprudência. Analisam-se decisões do STF sobre o tema, a fim de verificar a existência de fundamentação constitucional quanto à sua aceitação pela CRFB/88 e constata-se, também nessa seara, a prevalência da teoria da autonomia e da independência das instâncias, conforme se expõe abaixo.

54 NIETO GARCÍA, 2005, p. 504.

55 “De maneira lenta, porém perceptível, os Tribunais vão recebendo esses impulsos garantistas da doutrina, que culminaram com a decisão STC 234/1991, de 10 de dezembro, que declara, sem rodeios, que ‘a existência da relação especial tampouco justifica, por si mesma, a dualidade de sanções. De uma parte, com efeito, as chamadas relações especiais não são entre nós um âmbito em que os sujeitos quedam despojados de seus direitos fundamentais ou em que a Administração possa ditar normas sem habilitação legal prévia. Estas relações não ocorrem à margem do Direito, mas dentro dele e, portanto, também nelas têm vigência os direitos fundamentais e tampouco a respeito delas goza a Administração de um poder normativo carente de habilitação legal, ainda que esse possa ser outorgado em termos que seriam inaceitáveis sem o suposto dessa relação especial.’ Há, aqui, uma estupenda declaração dogmática cuja operatividade se reduz notavelmente quando dela se quer passar ao caso concreto, pois ainda segue sendo ambígua e falaciosa e, de fato, acaba por aceitar a dualidade de castigo.” (NIETO GARCÍA, 2005, p. 504, tradução livre).

4.1.1 A teoria da autonomia e independência de instâncias

Conquanto a teoria da autonomia e da independência das esferas penal e administrativa já não tenha a mesma aceitação em diversos sistemas jurídicos, no Brasil, a doutrina majoritária e a jurisprudência ainda sustentam a autonomia quase absoluta entre as instâncias penal e administrativa geral.

Um dos fundamentos dessa autonomia é que o entendimento segundo o qual a *competência para aplicar sanções punitivas é atribuição inerente à função administrativa exercida pelo Poder Executivo*⁵⁶. Defende-se que as diferenças formais estabelecidas pelo Poder Legislativo são suficientes para garantir autonomia a essas instâncias.

A doutrina identifica o ilícito administrativo pela autoridade competente para a imposição da sanção administrativa – autoridade esta integrante do Poder Executivo, de acordo com a maioria dos autores. Essa competência fundamenta a autonomia e a independência das infrações e sanções administrativas em relação às penais por se entender que os mesmos fatos assumem “identidades distintas, desde diversas perspectivas normativas e valorações autônomas”⁵⁷.

A caracterização do poder punitivo como atribuição intrínseca ao Poder Executivo decorre de teorizações sobre o poder de polícia que remontam a início e meados do século XX. Porém, se é certo que a fiscalização de condutas privadas constitui atividade típica do Poder Executivo, o mesmo não se pode dizer da aplicação de sanções punitivas decorrentes do descumprimento de obrigações impostas nas relações gerais, pois essa atividade pode ser exercida por esse Poder ou pelo Judiciário, tal como já explicitado por Marcelo Madureira Prates⁵⁸.

Parte da doutrina, ao sustentar a autonomia e a independência das instâncias, fundamenta-se na *diferenciação ontológica entre infrações e sanções penais e administrativas*⁵⁹. No entanto não é possível distinguir materialmente as infrações ou sanções penais das administrativas gerais. Essa distinção apenas pode ser feita pelo ordenamento jurídico ao restringir a aplicação de

56 OSÓRIO, 2005, p. 372 et seq.

57 OSÓRIO, 2005, p. 341.

58 PRATES, 2005, p. 37.

59 CERVEIRA, 2005, p. 21 et seq.

determinadas sanções pelo direito penal. A identificação do poder punitivo geral não parte dessas diferenciações, mas do conceito de pena.

Fábio Medina Osório⁶⁰ leciona que *a tentativa de punir todas as condutas declaradas ilícitas pelo Poder Legislativo* sustenta o dogma da autonomia de instâncias no ordenamento jurídico brasileiro. O mesmo autor afirma que não faltam doutrinadores que negam ao *ne bis in idem* o caráter de juridicidade, ao argumento de que tal norma viria a fomentar a impunidade (OSÓRIO, 2005, p. 354). Desconsidera-se que a impunidade é intrínseca ao sistema punitivo, pois não há possibilidade de punição de todas as condutas ilícitas, em virtude da seletividade desse poder.

A independência das instâncias, na ordem jurídica brasileira, não se restringe às relações entre as vias penal e administrativa geral. A criação de “novas instâncias” punitivas, caracterizadas por distintas autoridades competentes para processar e punir fatos já objeto de fiscalização e de punição por outras esferas, é sustentada por essa teoria. Admite-se, portanto, que o Poder Legislativo, ao atribuir competência punitiva a órgãos e poderes diversos, multiplique o exercício do poder punitivo estatal⁶¹.

O sistema vigente limita os efeitos constitucionais da coisa julgada, por autorizar que órgãos administrativos possam desconsiderar o judicialmente firmado. Ele também legitima a reiteração punitiva ao permitir que o acusado seja processado e/ou sancionado nas instâncias penal e administrativa geral, ou, ainda, em outras esferas, pelos mesmos fatos e fundamento. Por fim, essa sistemática submete as pessoas a reiteradas punições administrativas pelos mesmos ilícitos, em decorrência da competência punitiva que é reconhecida a todos os entes federados sobre determinadas matérias.

A doutrina majoritária defende que os entes federados detêm competência para expedir leis (ou mesmo regulamentos) que imponham sanções punitivas em razão da competência material comum prevista no art. 23 da CRFB/88 e das competências legislativas, concorrente ou suplementar, estabelecidas em seus artigos 24 e 30, II⁶².

As normas podem ser estabelecidas pelos entes federados sem que se considerem as normas sobre o mesmo tema expedidas por outros entes. Dessa forma, os mesmos fatos podem ser tipificados, com sanções de gra-

60 OSÓRIO, 2005, p. 353 et seq..

61 OSÓRIO, 2005, p. 348.

62 MASCARENHAS, 2002, p. 250 et seq.; SILVA, J., 2000, p. 483; KRELL, 2003, p. 60.

vidade diversas, por cada ente federado que, como instância autônoma e independente, pode aplicar suas normas em concorrência com os demais.

4.1.2 Aspectos legislativos

A legislação vigente reafirma a autonomia e a independência entre as instâncias penal e administrativa, por meio de previsões de punibilidade administrativa independentemente da penal, por exemplo, no Código de Trânsito Brasileiro (CTB) ⁶³ e no Código de Defesa do Consumidor (CDC).⁶⁴ Além de previsões genéricas de reiteração punitiva nas esferas penal e administrativa, há leis que, ao tipificarem a conduta como infração administrativa, expressamente, tipificam-na também como crime (v. g., art. 15, §3º, do Decreto-Lei 25/1937).

Em outras hipóteses, as normas legais preveem instâncias punitivas, às quais é legalmente atribuída autonomia em relação às esferas civil, penal e administrativa. Nesse sentido, dispôs o art. 12 da Lei 8.429/92 que, ao estabelecer penas aplicáveis aos agentes condenados por atos de improbidade, determina que suas sanções sejam aplicadas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas”. Dessa forma, esse dispositivo parece criar nova instância punitiva, sem qualquer relação com as existentes, e impõe a reiteração punitiva sem que se possa fundamentar a natureza diversa da nova categoria punitiva em relação às excluídas. A mesma afirmação se pode fazer com relação ao disposto no citado art. 56, do CDC.

Outro exemplo que desperta dúvidas quanto à natureza das penalidades aplicáveis e em relação à cumulação com outras sanções, encontra-se no art. 5º da Lei 10.028/2000, que estabelece infrações administrativas puníveis pelos Tribunais de Contas. Conforme a jurisprudência do STF, as penalidades impostas pelas Cortes de Contas são autônomas e indepen-

63 “Art. 256. A autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar, às infrações nele previstas, as seguintes penalidades: [...] §1º A aplicação das penalidades previstas neste Código não elide as punições originárias de ilícitos penais decorrentes de crimes de trânsito, conforme disposições de lei.” (BRASIL, Código de Trânsito Brasileiro. Sem destaque no original).

64 “Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: [...]”. (BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Sem destaque no original).

dentes em relação às aplicadas nas esferas civil,⁶⁵ penal⁶⁶ e administrativa disciplinar⁶⁷.

Como decorrência da competência legislativa implícita, reconhecida aos entes federados em relação aos temas enumerados no art. 23 da CRFB/88, diversas leis estaduais e municipais prescrevem punição administrativa em razão dos mesmos pressupostos fáticos que implicam punição penal ou administrativa federal.

A ordem jurídica brasileira reconhece a interdependência entre as instâncias apenas em razão de raras situações legalmente determinadas, caracterizadas, não como direitos constitucionais das pessoas submetidas a processos punitivos, mas como liberalidade do Poder Legislativo.

É pacífico que a sentença penal que declara a inexistência do fato ou de sua autoria faz coisa julgada em todas as esferas. Longe, porém, de essa construção se relacionar ao instituto da coisa julgada, essa interdependência decorre de expressa previsão legal de comunicabilidade entre as instâncias nessas hipóteses.⁶⁸

Da mesma forma, as sentenças penais absolutórias fundamentadas em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal irradiam efeitos a outras vias punitivas em razão da determinação do art. 65 do Código de Processo Penal (CPP). Todavia, como explicitado por Fábio Medina Osório⁶⁹, essa comunicabilidade entre as instâncias decorre “de um compromisso político do sistema punitivo com os valores da coerência e da unidade do ordenamento jurídico, resguardando vetores funcionais suficientes para estancar atos ilícitos dentro destes esquemas normativos”.

Sem a previsão legal em sentido contrário, aceita-se que a absolvição na esfera penal por ausência de provas não gera efeitos nas demais instâncias e possibilita reiterados processos punitivos em relação aos mesmos fatos.

Portanto, a legislação brasileira incorpora a teoria da independência de instâncias em modelo quase absoluto e de forma contrária aos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Essas pre-

65 Nesse sentido manifestação do STF nos autos do MS 25.880/DF.

66 Conforme decisão do STF no MS 23.625/DF e no HC 103.725/DF.

67 O STF manifestou-se a respeito nos autos do MS 22.728/PR.

68 O art. 126 da Lei 8.112, de 11/12/90, bem como o art. 935 do Código Civil e o art. 66 do Código de Processo Penal expressamente preveem essa comunicabilidade.

69 OSÓRIO, 2005, p. 353.

visões legais são incorporadas pela jurisprudência que também mantém a teoria da autonomia e da independência das instâncias penal e administrativa, exceto se houver expressa previsão legal de comunicabilidade.

4.1.3 A jurisprudência do STF

A aplicação do *ne bis in idem* no ordenamento jurídico brasileiro também é limitada pela jurisprudência do STF, que já se manifestou no sentido de que a vedação *bis in idem* sequer possui acento constitucional:

[...] A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar.⁷⁰

Mesmo em relação à punição penal, a jurisprudência não assegura ao acusado a garantia processual do *ne bis in idem* ao admitir que o inquérito judicialmente arquivado por falta de provas possa gerar ação penal, se novas provas forem juntadas ao procedimento (Súmula 524 do STF). Não se reconhece, portanto, mesmo na instância penal, o *status* de coisa julgada à decisão judicial que encerra o inquérito penal por falta de provas.⁷¹

Segundo a jurisprudência do STF, a absolvição penal não influi na punição administrativa fora das hipóteses legalmente previstas, e a absolvição administrativa não repercute na esfera penal, exceto nas restritas hipóteses em que a condenação administrativa é condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo penal.

As decisões do STF que aplicam a teoria da autonomia e independência das instâncias não explicitam seus fundamentos. Mesmo no que tange aos ilícitos imputados aos servidores públicos, em relação aos quais se admite a independência entre as sanções penais e administrativas disciplinares, por

70 BRASIL, STF, HC 80.263/SP (Sem destaques no original).

71 “Não existe acordo quanto a se o princípio *ne bis in idem* impede nova persecução penal nos seguintes casos: a) quando o Ministério Público decide não formular uma denúncia penal e esta decisão queda firme, e b) quando o juiz penal rejeita a denúncia e esta decisão queda firme. O caso a é o menos problemático. A juízo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a decisão do Ministério Público de não promover a ação penal pode ser considerada como um caso especial de coisa julgada.” (CORIA, 2007, p. 339, tradução livre).

entender que o fundamento da sanção é diverso, a jurisprudência não demonstra claramente os fundamentos da autonomia e independência dessas sanções.

Pode-se afirmar que a autonomia das instâncias no Brasil é mais dogma que construção jurídica. São várias as decisões do STF no sentido da incomunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa, em razão da autonomia e independência a elas atribuídas, cuja fundamentação se limita aos precedentes do Tribunal e são raras as decisões em que os fundamentos dessa autonomia são expostos.⁷² A divergência em relação à jurisprudência dominante no STF é mantida pelo Ministro Marco Aurélio Mello que, com fundamento no art. 5º, LVII, da CRFB/88, defende a revisão do postulado da independência entre as esferas penal e administrativa.

É possível concluir que a teoria da independência entre as instâncias foi estabelecida, na jurisprudência do STF, em função processos judiciais que envolvem punições de servidores públicos e com supedâneo na doutrina administrativa que defende a autonomia da responsabilidade administrativa disciplinar em relação à punição penal.⁷³ Todavia a autonomia e a independência da esfera administrativa disciplinar – fundamentada nas relações especiais que os servidores públicos mantêm com o Estado – foram transpostas para o âmbito das relações gerais.

Em relação à autonomia entre as sanções aplicadas na via penal e na administrativa geral, os fundamentos são explicitados em um acórdão do STF anterior à CRFB/88, de lavra do Ministro Rafael Mayer. Trata-se de

72 Nesse sentido a decisão do STF nos seguintes processos: MS 23.625-6/DF, MS 23.188/RJ, MS 21.545/SP, MS 25.880/DF

No julgamento do MS 21.293, o voto do Ministro Relator aponta os fundamentos da independência e autonomia entre as instâncias nos seguintes termos: “Aprego a Impetrante a circunstância de estar sendo processado, pelo homicídio, perante a Justiça estadual, mas a definição dessa competência, em matéria criminal, que se deduz da ocorrência, ou não, do detrimento de bens, serviços ou interesses da União, tem pressupostos não coincidentes com aqueles que serviram à capitulação da transgressão disciplinar, perante os elementos acima considerados.” Ainda no mesmo julgado, o Ministro Marco Aurélio votou pela comunicabilidade das instâncias penal e administrativa: “Há o segundo tema e creio que tenho convencimento, no Plenário, praticamente isolado. Minimizo a regra segundo a qual há independência entre as três espécies de responsabilidade – penal, civil e administrativa – quando temos coincidência entre as figuras ou pelo menos quando a da transgressão administrativa se aproxima, e se aproxima sobremaneira, da penal. Se, com a atual Carta, veio à balha preceito no qual se estabelece que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal, não posso, se há essa proximidade entre as duas figuras, concluir pela independência absoluta dos processos.”

73 Como expressão dessa jurisprudência, voto do Ministro Celso Melo no julgamento do MS 21.029/DF (STF).

habeas corpus impetrado em favor de paciente punido pela mesma conduta – dirigir veículo sem habilitação – na esfera administrativa (art. 89, I, da Lei 5.108/66 – Código de Trânsito revogado) e na penal (art. 32 da Lei das Contravenções Penais), que foi denegado por se entender que há diversidade na:

[...] natureza e objetividade jurídica das normas que sancionam a mesma conduta, em um e outro fundamento legal, não importando até mesmo a sua simultânea aplicabilidade em *bis in idem*, pois enquanto a multa prevista na lei de trânsito tem a ver com o exercício do poder de polícia administrativa, que se cumpre no âmbito da Administração, a multa contravencional tem o verdadeiro caráter de pena, somente aplicável pelo Poder Judiciário, em repressão contra a conduta voluntária que põe em perigo o bem jurídico protegido pela lei penal, qual seja a incolumidade pública. São normas, portanto, que não se conflitam e, de conseqüente, não interferem para efeito de revogabilidade.⁷⁴

Verifica-se que a decisão fundamenta a autonomia entre as instâncias na competência da autoridade para imposição da sanção e na ausência de natureza repressiva da multa administrativa. Segundo a decisão, a ausência dessa natureza na multa administrativa lhe retira o caráter de pena e lhe garante natureza diversa em relação às sanções penais. Essa decisão desconsidera que a comparação entre as sanções penais e administrativas de polícia não demonstra ou identifica natureza ou finalidade para as sanções administrativas diversa das sanções penais.

4.1.4 Críticas à teoria da autonomia e independência de instâncias

Além da inexistência de diferenças materiais que garantam autonomia às vias punitivas, a teoria da autonomia e independência das instâncias pode ser questionada com fundamento na legislação vigente que aproxima as relações entre elas⁷⁵. Cita-se, como exemplo, a necessária configuração do débito tributário pelo lançamento definitivo para o início da ação penal nos crimes contra a ordem tributária; hipóteses em que a condenação em processo administrativo torna-se requisito de justa causa para a ação penal.⁷⁶

74 BRASIL, STF, HC 62.196/MG.

75 OSÓRIO, 2005, p. 347

76 BRASIL, STF, HC 81.611/DF e HC 85.185/SP.

A teoria da autonomia e independência das instâncias também ofende a princípios vigentes na ordem constitucional brasileira. Ela não se mostra compatível com o modelo de Estado de Direito por ofender o princípio da segurança jurídica,⁷⁷ em virtude da multiplicação de esferas punitivas em relação aos mesmos acusados pelo mesmo ilícito; por desconsiderar a autoridade da coisa julgada, permitindo manifestações da autoridade administrativa contrárias às decisões judiciais; e por desprezar a unidade do poder punitivo estatal.

O princípio da separação de poderes firmou-se como mecanismo de garantia das pessoas contra a arbitrariedade dos detentores do poder e como mecanismo de contenção do poder. Sua utilização para limitar a aplicabilidade de direitos fundamentais, como ocorre no direito brasileiro, é contrária à finalidade para a qual esse princípio foi concebido.

O Estado se apresenta, perante as pessoas, como instituição una e suas divisões internas visam a garantir funcionalidade estatal e proteção de direitos fundamentais mediante o controle de arbitrariedades. Consiste em subversão à lógica da separação de poderes o entendimento conforme o qual esse princípio permite onerar as pessoas submetidas à ordem jurídica⁷⁸.

Atualmente, parte da doutrina adota a teoria da unidade do poder punitivo estatal e relativiza o princípio da independência entre as instâncias punitivas⁷⁹. Essa teoria permite reconhecer que atividades punitivas intrínsecas ao Poder Executivo, são apenas a fiscalização e a aplicação de medidas cautelares.

A imposição de sanção punitiva caracteriza-se como atividade vinculada; motivo pelo qual se rejeita a discricionariedade em sua aplicação. Da mesma forma, não se admite a possibilidade de múltiplas tipificações do mesmo fato, nem a teoria da inaplicabilidade da legislação de outros entes.

77 “Teoricamente, não pode o sujeito ter sua conduta considerada lícita, correta conforme o Direito, na esfera administrativa, em determinados domínios especializados e idôneos e, ao mesmo tempo, ver-se acusado da prática de crimes em razão de supostas transgressões às mesmas normas que noutra terreno se diz que foram cumpridas integralmente. [...] Se o sujeito agiu ao abrigo da licitude, na esfera administrativa, não pode, pelos mesmos fatos, ser censurado por suposto cumprimento de deveres legais, quando o tipo sancionador está integrado por elementos provenientes da ilicitude administrativa ou quando haja condições objetivas de punibilidade ou de legitimação da ação sancionadora.” (OSÓRIO, 2005, p. 343 et seq.).

78 OSÓRIO, 2005, p. 379.

79 OSÓRIO, 2005, p. 343; SILVA, P. R. C., 2007, p. 297.

4.2 O *ne bis in idem* como direito fundamental

É necessário rever os pressupostos em que está assentada a potestade punitiva exercida pela Administração Pública brasileira. A coisa julgada, que visa à garantia das pessoas em face do exercício do poder punitivo, torna insustentável a completa autonomia e a independência das formas pelas quais se manifesta o poder punitivo. A autonomia das instâncias penal e administrativa geral não se sustenta no modelo de Estado de Direito constitucionalmente estabelecido, visto que ela se mantém com o cerceamento de direitos fundamentais nas esferas administrativa e judicial cível⁸⁰.

A teoria da unidade do poder punitivo, por considerar a repressão estatal de forma global, impõe que os princípios constitucionais que limitam o poder punitivo sejam aplicados a todas as suas formas de manifestação. O emprego dessa teoria e, conseqüentemente, da vedação de *bis in idem* na relação entre as instâncias não apenas é amparada pela CRFB/88, mas imposta por ela, em seu art. 5º, §2º, que contém a cláusula de ampliação dos direitos fundamentais.

4.2.1 A teoria da unidade do poder punitivo

A vedação de *bis in idem* é decorrência lógica do reconhecimento de que as sanções impostas pela Administração integram o poder punitivo por inexistirem critérios materiais que justifiquem a autonomia das diversas formas de repressão estatal⁸¹. Como as penas cominadas pela Administração não se justificam autonomamente em relação àquelas aplicadas pelo Poder Judiciário, as punições simultâneas impostas às mesmas pessoas, em razão dos mesmos fatos e fundamento, ainda que por diversas autoridades, caracterizam *bis in idem*.

A teoria da unidade do poder punitivo estatal considera que as instâncias punitivas são interdependentes.⁸² A atribuição do poder punitivo a diversos

80 CORACINI, 2004b, p. 273.

81 SOTOMAYOR, 2008, p. 30.

82 "Portanto, ainda que exista mais de uma norma sancionadora aplicável a um único ilícito, independentemente de sua natureza jurídica ou instância punitiva (se administrativa ou judicial), se as sanções nelas prescritas forem destinadas a exercer a mesma função preponderante, seja ela punitiva ou ressarcitória, não poderá ocorrer cumulação. [...] A cumulação de sanções repressivas, por sua vez, também não supera o crivo imposto pelo princípio do *ne bis in idem*, porquanto a duplicidade (ou multiplicidade) de manifesta-

órgãos da estrutura estatal não o desqualifica como o que ele realmente é: repressão ao descumprimento de obrigações jurídicas. Do ponto de vista constitucional, sua reiteração é desproporcional, ainda que legislativamente prevista, quando se utiliza o mesmo mecanismo, mais de uma vez, contra a mesma pessoa, em razão dos mesmos fatos e fundamentos. No Brasil, Paulo Roberto Coimbra Silva⁸³ leciona que as sanções, ainda que reguladas por diversas disciplinas jurídicas, desde que manifesta sua natureza punitiva, integram um fenômeno deontologicamente unitário e global.

Assim, a atribuição do poder punitivo à Administração Pública não é vedada, todavia, como seu exercício caracteriza ônus impostos às pessoas pelo descumprimento de obrigações legais, não pode ocorrer simultaneamente com o exercício do mesmo poder por outros órgãos estatais ou outros entes federados.

O exercício das competências estatais efetiva-se de forma diversa em razão de sua característica intrínseca. Se a atuação do Estado amplia direitos, o exercício simultâneo por diversos órgãos ou entes estatais não apenas é permitido, como é constitucionalmente determinado. Diferentemente ocorre com o poder punitivo, cujo exercício se caracteriza pela imposição da pena. Nessas hipóteses, a determinação constitucional de efetivação dos direitos fundamentais limita o exercício do poder punitivo, tendo em vista que ele se caracteriza pela restrição a direitos, as normas que o regulam devem ser interpretadas em favor das pessoas submetidas ao controle estatal.

As penas e as sanções aplicadas pelo Direito Administrativo e pelo Direito Penal possuem em comum a natureza repressiva. E não é só, pois com exceção da pena privativa de liberdade, da extinção de associações e da cassação de direitos políticos, as restrições impostas como penas são as mesmas em ambas as esferas. O reconhecimento do *ne bis in idem* nas relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, bem como na imposição de diversas sanções administrativas pelo mesmo fato, é medida necessária à concretização de direitos fundamentais.

A CRFB/88 determina que é objetivo do Estado a construção de um tipo específico de sociedade, de forma que a manutenção da comunidade

ções das potestades punitivas do Estado, sejam administrativas e/ou judiciais, em decorrência da prática de um mesmo ilícito, subsumível a diferentes normas punitivas de idêntica ou diferente natureza jurídica, inegavelmente enseja uma plúrima valorização e punição de um único fato reprochável." (SILVA, P. R. C., 2007, p. 304 et seq.).

83 SILVA, P. R. C., 2007, p. 304.

não justifica toda e qualquer intervenção estatal nos direitos fundamentais. A convivência social somente fundamenta a intervenção estatal se destinada a promover a sociedade prevista no art. 3º da CRFB/88; portanto, a sociedade que efetiva os direitos fundamentais.

Como a imposição de penas constitui limitação a esses direitos, a simples invocação da convivência social não fundamenta o uso do poder punitivo estatal, pois esse poder tende a ultrapassar os limites constitucionais que lhe são estabelecidos⁸⁴.

Nesse contexto, a teoria da unidade do poder punitivo, por concretizar direitos fundamentais previstos na CRFB/88, suplanta a teoria da autonomia e independência das instâncias.

4.2.2 O *ne bis in idem* como direito fundamental reconhecido pelo art. 5º, §2º, da CRFB/88

Os direitos fundamentais se caracterizam por garantirem um *status* de liberdade às pessoas e por sua essencialidade na ordem jurídica de determinado estado; e impõem aos órgãos e poderes do Estado o dever de sua concretização⁸⁵. Esse dever torna ilegítimas e inconstitucionais medidas estatais que não efetivam a finalidade constitucionalmente atribuída ao Estado de realização dos direitos fundamentais.

O *ne bis in idem* é reconhecido como direito fundamental em ordenamentos jurídicos europeus e, na Espanha, sua aplicação na relação entre as instâncias penal e administrativa não decorreu de expressas normas constitucionais ou legais.

A caracterização do *ne bis in idem* como direito fundamental não expresso também é defendida pela doutrina nacional, embora alguns autores o classifiquem como direito fundamental autônomo e outros, como derivado de princípios constitucionais expressos.⁸⁶

84 SABBATINE, 2009, p. 98.

85 SARLET, 2005, p. 346 e 352.

86 Como o *ne bis in idem* é aceito em diversos países, nem sempre com base em previsão constitucional expressa, os autores questionam sua natureza. Alguns defendem que o *ne bis in idem* é princípio geral do direito, outros defendem que se trata de regra jurídica, e outros o qualificam como direito fundamental. Segundo Paulo Roberto Coimbra Silva (2007, p. 293 et seq.), “Muito embora seja por alguns qualificado como uma regra jurídica e por outros elevado ao *status* de direito fundamental, na atualidade a maior parte dos autores consideram o *ne bis in idem* como princípio geral do Direito. Por esse motivo, mais recentemente, reconheceu-se sua aplicação mais abrangente extensível a todos os ramos jurídicos em que se verifique o exercício de potestade sancionadora [...]”.

No ordenamento jurídico brasileiro, o *ne bis in idem* é direito fundamental⁸⁷ não expresso inserido no sistema pelo art. 5º, §2º, da CRFB/88, o qual prescreve que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. A relação do *ne bis in idem* com os princípios e direitos expressos na CRFB/88 e sua imprescindibilidade para a concretização desses direitos lhe garantem o *status* de norma constitucional.

Rodolfo Tigre Maia⁸⁸, ao tratar do tema na esfera penal, defende que o *ne bis in idem* constitui direito fundamental não expresso, reconhecível constitucionalmente pelo dispositivo citado, tendo em vista sua relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com os princípios penais da culpabilidade (art. 5º, XLVI,) a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e,) entre outros:

Tendo-os por suficientes para comprovação de sua materialidade, porém, por serem nessas hipóteses mais evidentes e profundos os liames, cogitaremos apenas dos seus vínculos, respectivamente, com (a) o princípio da intangibilidade da coisa julgada e com (b) o princípio da legalidade ou da reserva legal. Em nossa perspectiva, ainda, a ligação entre o *ne bis in idem* (nas suas referidas angulações formal e material) com os mencionados valores constitucionais expressos se dá necessariamente pela mediação integradora do princípio da proporcionalidade. Por sua vez, é o sopesamento plúrimo de todos os seus subprincípios, a saber: o da adequação ou idoneidade, o da exigibilidade ou necessidade e o da proporcionalidade (em sentido estrito), que permitirá constatar a efetiva observância desse vetor hermenêutico na hipótese enfrentada.⁸⁹

87 “De acordo com isso, se o princípio *non bis in idem* complementa o rol de direitos e garantias individuais previsto na Constituição Federal, significa que possui *status* constitucional e, nesse sentido, pode-se dizer que está previsto naqueles preceitos que tutelam o direito à liberdade e sua positivação, por conseguinte, assenta no mesmo art. 5º, §2º. [...] Tendo em vista o teor de tal preceito, já afirmaram Grinover, Fernandes e Gomes Filho que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, incorporada ao sistema brasileiro pelo Decreto 678, de 06/11/92, em nível constitucional (art. 5º, §2º), prevê, no seu art. 8º, n° 4, expressamente o princípio *non bis in idem*. A isso acrescentamos, ainda, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, incorporado ao sistema brasileiro pelo Decreto 4.388, de 25/09/2002, que prevê, igualmente de forma expressa, o princípio *non bis in idem*, em seu art. 20.” (SILVA, P. R. A., 2008, p. 291 et seq.).

88 MAIA, 2005, p. 57 et seq.

89 MAIA, 2005, p. 58.

Esse autor destaca que o *ne bis in idem* situa-se na esfera dos direitos fundamentais análogos em razão de sua inegável essencialidade para a garantia de outros direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional⁹⁰.

O devido processo legal, a segurança jurídica e a intangibilidade da coisa julgada são direitos constitucionais, cuja eficácia e efetivação dependem do reconhecimento de *status* constitucional ao *ne bis in idem* e de sua aplicação na relação entre as instâncias penal e administrativa. A CRFB/88 garantiu expressamente o devido processo legal na esfera administrativa; todavia interpreta-se a cláusula do devido processo legal de forma restrita, limitada aos direitos formais de defesa, também garantidos nos processos administrativos de forma autônoma pela mesma Constituição.

Fábio Medina Osório⁹¹ defende que o reconhecimento de *status* constitucional ao *ne bis in idem*, no direito brasileiro, é decorrência do modelo de Estado Democrático de Direito constitucionalmente estabelecido e da garantia de *devido processo legal*, de forma que sua aplicação não se condiciona a existência de outras normas legislativas. O *ne bis in idem* é essencial à efetivação do devido processo legal substancial e caracteriza direito de defesa dos acusados contra processos punitivos reiterados, por estabelecer competência negativa aos poderes públicos, no âmbito da intervenção na esfera privada⁹².

O devido processo legal limita a atuação punitiva do Estado ao determinar que o poder punitivo somente se exerça em contexto que permita a defesa material do acusado. Essa condição não ocorre se a ordem jurídica admite que o Estado possa desconsiderar a defesa apresentada pelo acusado por meio da instauração de novos processos punitivos em relação ao mesmo ilícito.

O *ne bis in idem* garante que o devido processo legal seja observado pelo Estado, pois permite que a pessoa condenada ou absolvida possa invocar a seu favor as penas anteriormente aplicadas, os fatos considerados comprovados pelo próprio Estado e a absolvição anteriormente estabelecida por órgãos estatais. Da mesma forma, impede que o Estado se valha de processos diferenciados, por várias vezes, contra as mesmas pessoas, reduzindo

90 MAIA, 2005, p. 53 et seq.

91 OSÓRIO, 2005, p. 362.

92 SARLET, 2005, p. 349.

os requisitos necessários para a condenação em cada um deles, até que se obtenha a punição.

A limitada aceitação, na ordem jurídica nacional, do *ne bis in idem* à esfera penal submete as pessoas à instabilidade de suas ações, pois “litígios que podem ser julgados indefinidamente privam o indivíduo da *Rechtssicherheit* [segurança jurídica], tornado inane toda a atribuição (merecedora de tutela) gerada por uma pronúncia *transitata in rem iudicatam* [transitada em julgado]”⁹³. O exercício do poder punitivo nesse contexto não gera segurança jurídica, nem garante racionalidade às decisões estatais, pois possibilita decisões estatais contraditórias em relação aos mesmos fatos⁹⁴.

O *ne bis in idem* também é essencial à materialização da *coisa julgada*. Esse instituto constitui limite ao Poder Legislativo (*a lei não a prejudicará*) impeditivo à criação de instâncias punitivas que afastam sua proteção. Portanto, basear-se em dispositivos legais para fundamentar a independência de instâncias e a reiteração punitiva é retirar da coisa julgada sua proteção em face da atuação legislativa. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia decide que a “decisão firme”, com *status* de coisa julgada, pode caracterizar-se ainda que nenhum órgão jurisdicional tenha se pronunciado sobre a matéria.

Mesmo que o *status* de coisa julgada seja atribuído exclusivamente a decisões judiciais, a reiteração punitiva, em diversas instâncias, ofende sua intangibilidade ao permitir que a Administração se pronuncie em relação a litígios sobre os quais já houve decisão judicial transitada em julgado.

A coisa julgada visa a garantir segurança jurídica, motivo pelo qual veda que os conflitos decididos pelo Poder Judiciário sejam revistos. A teoria da independência de instâncias, ao fundamentar a autonomia de pronunciamentos administrativos contrários à decisão judicial, retira dessa decisão sua capacidade de resolver definitivamente os conflitos submetidos ao Poder Judiciário.

Ainda que não se reconheça o caráter de “firme” às decisões administrativas – o que é possível para ampliar os direitos fundamentais, mas não para restringi-los – não se pode permitir que os conflitos se eternizem, nem a submissão das pessoas a esferas punitivas intermináveis. Nesse sentido, o reco-

93 CORDI, 2008, p. 105 et seq.

94 OSÓRIO, 2005, p. 356 et seq.

nhecimento do *ne bis in idem* é necessário à efetivação da *segurança jurídica*.⁹⁵

Tendo em vista a identidade ontológica dos ilícitos, a reiteração punitiva caracteriza *ofensa à proibição de excesso*. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Peruano⁹⁶ baseia-se no *princípio da proporcionalidade* para fundamentar a proibição de *bis in idem*, ainda que a Constituição do Peru não contivesse expressa vedação de punição penal e administrativa pelos mesmos fatos.

A doutrina brasileira também defende a proporcionalidade como fundamento do *ne bis in idem*⁹⁷. Esse princípio, em sua vertente da proibição de excesso, é adotado pelo STF como mecanismo de contenção e conformação da atividade normativa do Estado, concernente ao poder punitivo.⁹⁸

Em face das relações do *ne bis in idem* com esses e outros princípios expressamente garantidos na CRFB/88, a ausência de sua previsão constitucional expressa não impede que os tribunais reconheçam seu *status cons-*

95 Fábio Medina Osório (2005, p. 357 et seq.) demonstra a vinculação entre o *ne bis in idem* a segurança jurídica: “Também resultam afetadas pela proibição constitucional de *bis in idem* as normas de Direito material, a incidência dos tipos sancionadores ou das penas, exigindo-se, nesse passo, a compatibilização dos ramos jurídicos dentro do Direito Punitivo globalmente considerado. O postulado da racionalidade imanente ao Estado Democrático de Direito se operacionaliza pelo princípio em exame, do qual deriva vedação a que o Estado possa criar expectativas legítimas e quebrar relações de confiança na esfera punitiva, contradizendo seus próprios atos, desfazendo seus próprios passos, retornando sobre suas “pegadas”, tudo a confundir e gerar perplexidade nos cidadãos. A segurança jurídica, alicerçada na confiança, pressupõe densidade normativa ao princípio do *non bis in idem*. A idéia de unidade estatal recomenda que os órgãos públicos punitivos apareçam perante a cidadania através de uma identidade nítida, sem posturas contraditórias, nebulosas ou incoerentes, despidas não apenas da boa-fé objetiva, mas da transparência e lealdade que tais relações exigem. A unidade do Direito Punitivo, numa vertente material, é corolário lógico da segurança jurídica e da racionalidade do Estado no manejo de normas que afetam os mais valiosos direitos fundamentais, aqueles submetidos às relações punitivas.”

96 “9. O Tribunal Constitucional assinala, a respeito do princípio *ne bis in idem*, que, embora não se encontre expressamente reconhecido na Constituição como um direito fundamental de ordem processual, trata-se de conteúdo implícito do devido processo legal que pode ser derivado dos princípios da legalidade e proporcionalidade. 10. O *ne bis in idem* é um princípio que informa o poder punitivo do Estado, o qual impede – em sua vertente material – que uma pessoa seja sancionada ou castigada duas (ou mais vezes) por uma mesma infração quando exista identidade de sujeito, fato e fundamento. Em sua vertente processual, em contrapartida, esse princípio importa que ninguém possa ser julgado duas vezes pelos mesmos fatos, é dizer, que um mesmo fato não pode ser objeto de dois processos distintos ou, de outra forma, que se iniciem dois processos com o mesmo objeto. Com isso impede-se a dualidade de procedimentos, assim como o início de um novo processo quando concorra a referida tríplice identidade entre ambos processos (Cfr. Expediente N.º 2050-2002- HC/TC, Carlos Ramos Colque, fundamento 19). (PERU, Tribunal Constitucional, EXP. N.º 02197-2012-PHC/TC. Tradução livre).

97 SILVA, P. R. A., 2008, p. 293.

98 Nesse sentido o julgamento pelo STF do HC 106.442 MC/MS e do HC 103.308/SP

tucional, com fundamento no art. 5º, §2º, da CRFB/88. Pelo contrário, esse reconhecimento se impõe. Segundo Fábio Medina Osório⁹⁹:

A cláusula do *non bis in idem* resulta articulada e integrada no sistema constitucional, abrangendo precisamente um conjunto já referido de valores constitucionais superiores, entre os quais assumem importância notável os da segurança jurídica, da racionalidade, da coerência, da boa-fé e, muito especialmente, da justiça, aí incluída, acrescento, a culpabilidade. Este princípio da vedação ao *bis in idem* se reconduz com força ao postulado da proporcionalidade, que permeia todo o Estado Democrático de Direito, nele se integrando e dele derivando. Suas dimensões são formais e materiais, com alcances potencialmente distintos, mesmo porque o Direito ostenta vertentes processuais e materiais que se integram.

A ausência de previsão constitucional expressa do *ne bis in idem* não fundamenta sua rejeição, tendo em vista que o art. 5º, §2º, da CRFB/88 determina a inserção no sistema de direitos fundamentais que sejam essenciais à concretização de direitos expressos no texto constitucional¹⁰⁰. Esse dispositivo constitucional é cláusula de inserção de direitos fundamentais não expressos e mecanismo de efetivação dos direitos expressamente consagrados, bem como da pretensão ampliativa desses¹⁰¹.

4.2.3 A garantia do *ne bis in idem* nos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil

O art. 5º, §2º, da CRFB/88 determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Caracterizando-se o *ne bis in idem* como direito fundamental, seu reconhecimento não carece de textos normativos além daqueles já existentes, especialmente dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é signatária.

O TEDH fundamentou a vedação à dupla punição (penal e administrativa) em tratados internacionais cujos dispositivos possuem conteúdos similares aos acordos internacionais ratificados pela República Federativa

99 OSÓRIO, 2005, p. 357.

100 MAIA, 2005, p. 13.

101 MAIA, 2005, p. 17.

do Brasil: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)¹⁰² e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.¹⁰³

Os tratados internacionais, utilizados pelo TEDH para fundamentar a proibição de imposição de sanções penais e administrativas à mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos, referem-se, expressamente, a processos e a leis penais ou à “sentença firme”, semelhantes, portanto, aos tratados ratificados pela República Federativa do Brasil.

Todavia, a literalidade daqueles textos, em afirmar a impossibilidade de dupla punição por infrações em relação às quais exista condenação ou absolvição por “sentença firme conforme a lei e o procedimento penal do Estado” (art. 4.1 do Protocolo Adicional número 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos); a referência a “delito” e a “sentença penal firme, conforme a lei” (art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia); ou exigência de “sentença firme” (art. 54 do Convênio para aplicação

102 “A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada e aberta à assinatura em 22.11.1969, e, também tão-somente em 1992 foi ratificada e promulgada pelo Brasil (por meio do Decreto n. 678, de 6.11.1992). A cláusula 8ª da Convenção, que trata das garantias judiciais, em seu item estabelece que ‘O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processos pelos mesmos fatos’. Em nosso ver, a cláusula padece de inúmeras deficiências. Em primeiro lugar, parece consagrar somente a vertente processual do princípio, proibindo tão-somente o duplo processo, ainda que se possa implicitamente considerar que também veda o duplo sancionamento. Em segundo lugar, refere apenas as hipóteses de absolvição, quando a garantia se aplica da mesma maneira ao que sofreu anterior condenação pelos mesmos motivos, exatamente para que não seja mais severamente sancionado. Em terceiro lugar, resguarda apenas efeitos da coisa julgada, não obstaculizando que durante a tramitação de um processo e antes da solução definitiva da lide outras investigações sejam instauradas ou outros processos iniciados pelas mesmas razões. De positivo destaca-se que o preceptivo proíbe o novo processo ‘pelos mesmos fatos’. Neste exclusivo aspecto, isso torna essa versão da cláusula mais abrangente que o diploma internacional analisado anteriormente.” (MAIA, 2005, p. 42 et seq.).

103 “O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, embora tenha sido aprovado pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em 16.12.1966, apenas recebeu a adesão brasileira em 1992. A cláusula 7 de seu artigo 14 estabelece que ‘Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país.’ De sua própria inserção sistêmica no referido diploma transnacional resulta claro existir um relativo consenso entre as nações acerca da fundamentalidade do princípio do *ne bis in idem*. Na realidade, todavia, demonstra-se extremamente ambígua e limitada a garantia aqui prevista. Isso se dá (a) por força do emprego da expressão ‘delito’ como parâmetro do *idem* em vez do termo ‘fato’, tornando mais fluida a identificação da existência de duplicidade de julgamentos ou de punições em razão das diferentes acepções que aquele vocábulo assume nas diferentes ordens jurídicas nacionais; (b) em razão da exigência de uma sentença penal transitada em julgado, o que reduz a garantia na sua seara processual, uma vez que implicitamente possibilita a convivência de diversos processos ao mesmo tempo, ainda que em diferentes estágios procedimentais; e, sobretudo, em termos de projeção internacional do princípio, (c) diante da ressalva explicitada no final do dispositivo possibilitando a pluralidade de julgamentos, tendo em vista as regras frequentemente adotadas de extraterritorialidade incondicionada ou de territorialidade absoluta [...]” (MAIA, 2005, p. 41 et seq.).

do Acordo de Schengen), não impediram que o TEDH e o Tribunal de Justiça da União Europeia reconhecessem o *ne bis in idem* como garantia fundamental em relação ao poder punitivo geral e não apenas na esfera penal.

Os tratados ratificados pela República Federativa do Brasil permitem aplicar o *ne bis in idem* nas relações entre a esfera penal e administrativa geral. Esses tratados garantem interpretação mais ampla em relação ao *ne bis in idem* que aqueles utilizados pelo TEDH para caracterizá-lo como direito fundamental.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto 678, de 06/11/1992) dispõe, em seu art. 8º, que “*o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos*”. Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (promulgado pelo Decreto 591, de 06/07/1992) estabelece, na cláusula 7 de seu art. 14, que “*ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país*”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não possui aplicabilidade restrita à esfera penal, pois estende sua proteção aos “acusados”, não a limita à absolvição por “crime”, mas se refere a “fatos”, e exige sentença transitada em julgado, sem se referir à sentença ou ao processo penal.

O texto dessa Convenção, em sua literalidade, determina que o poder punitivo, identificado pela presença do “acusado”, exercido por órgãos jurisdicionais, decorrente da exigência de sentença transitada em julgado, não seja reiterado em outros âmbitos punitivos. Portanto, o acusado absolvido por sentença penal não pode ser processado em outra esfera judicial ou administrativa pelos mesmos fatos. Da mesma forma, o acusado absolvido por sentença transitada em julgado na esfera cível (ex.: por improbidade administrativa) não pode ser novamente processado pelos mesmos fatos na instância penal.

O trânsito em julgado da sentença absolutória impede novo processo que vise à punição pelos mesmos fatos e essa garantia não se limita ao processo judicial, mas é aplicável também às instâncias administrativas. A literalidade do dispositivo demonstra que, diferentemente da leitura da teoria da independência das instâncias, aplicada pelo STF, o ordenamento jurídico pátrio garante, expressamente, a interdependência entre as vias punitivas.

Rodolfo Tigre Maia¹⁰⁴ leciona que a norma da Convenção ainda é passível de questionamentos, de forma que sua aplicação merece o cuidado da doutrina e da jurisprudência. Ao se referir apenas a acusado “absolvido”, poder-se-ia gerar dúvidas quanto à nova punição de acusados “condenados” ou possibilitar a simultaneidade de processos punitivos, por estabelecer a garantia apenas em razão de sentença transitada em julgado.

Essa norma deve ser integrada pela cláusula 7 do art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estabelece a proibição de novo processo em relação a *delito* pelo qual a pessoa já foi *absolvida* ou *condenada* “por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país.”

Embora faça referência a delito, a vedação incorpora os fatos objetos de julgamento em processos penais. A pessoa condenada ou absolvida, em processo penal, não poderá ser novamente processada (*ne bis in idem* processual) ou punida (*ne bis in idem* material) em qualquer esfera pelos mesmos fatos. A garantia deve ser aplicada ainda que a legislação atribua nomenclatura diversa aos fatos sobre os quais recai o julgamento ou à diversa autoridade a competência para investigar e punir os fatos versados na sentença penal transitada em julgado.

A proscrição à reiteração punitiva não se limita ao campo penal, pois o pronunciamento judicial quanto às infrações penais impede que quaisquer autoridades estatais se manifestem em relação aos fatos que as constituam.

Como a coisa julgada tem por finalidade proteger as pessoas contra alteração de situações decididas pelo Poder Judiciário, ela não pode ser invocada para limitar os direitos de defesa. Portanto, sua inexistência não constitui obstáculo ao direito fundamental de não responder a inúmeros processos punitivos perante o Estado pelos mesmos fatos.

Por fim, não constitui óbice à aceitação do *ne bis in idem*, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão, no art. 225, §3º, da CRFB/88, de que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas.

A CRFB/88 omitiu-se quanto ao poder punitivo exercido pela Administração nas relações gerais que o Estado mantém com as pessoas e a essa situação se referiu em escassos dispositivos.¹⁰⁵ Nesse quadro, a interpreta-

104 MAIA, 2005, p. 42 et seq.

105 Outros dispositivos que mencionam as sanções administrativas aplicadas pelo descumprimento de

ção daquele dispositivo no sentido de que ele determina que atividades lesivas ao meio ambiente sejam simultaneamente punidas nas vias penal e administrativa não é compatível com os princípios assegurados no texto da CRFB/88, nem com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil.

Essa norma é uma ordem ao Poder Legislativo para que se utilize também da esfera penal para proteção ao meio ambiente, no caso de infrações cometidas por meio de pessoas jurídicas. Na ordem jurídica anterior à CRFB/88, a proteção ao meio ambiente, em relação às condutas ilícitas imputadas às pessoas jurídicas, exerceu-se exclusivamente pelo Direito Administrativo Sancionador, o que se procurou alterar com essa Constituição.

A CRFB/88 não determina que o uso das instâncias penal e administrativa ocorra em razão dos mesmos fatos, pois *há condutas que devem ser tipificadas como infrações penais e outras, como infrações administrativas*. O fato de a CRFB/88 prever a punibilidade nas vias penal e administrativa não implica que tais penalidades tenham que se impor (ou possam se impor) simultaneamente em razão dos mesmos fatos em ambos os domínios. O texto do dispositivo expressa a cumulatividade das sanções civis (reparatórias) com as sanções penais ou administrativas pelo mesmo fato, sem que se possa afirmar que há determinação dessa cumulação em relação à aplicação das sanções punitivas (administrativa e penal).

O dispositivo impõe que o Poder Legislativo estabeleça sanções penais e administrativas para condutas lesivas ao meio ambiente, o que impede a criminalização de todas as condutas ou a atribuição à Administração para a aplicação de todas as sanções por infrações lesivas ao meio ambiente. Daí, todavia, não decorre a possibilidade de que os mesmos fatos sejam puníveis em ambas as instâncias.

normas gerais são: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho [...]” “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] §1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988).

5. Conclusão

O texto demonstra que, nas últimas décadas, alguns países passaram a adotar a teoria da unidade do poder punitivo estatal. Em conformidade com essa teoria, embora seja possível, com fundamento nas normas constitucionais, postular âmbitos diferenciados de intervenção para a esfera penal e para a administrativa geral, essas infrações e sanções não são distinguíveis materialmente.

Nesse contexto, a teoria da unidade do poder punitivo fundamenta e defende a aplicação de princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal também à esfera administrativa. Sustenta-se a existência de princípios comuns à repressão estatal, entre os quais se inclui a vedação de *bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa.

O *ne bis in idem* é entendido como direito fundamental e possui uma vertente processual e outra material. A primeira objetiva impedir a reiteração de julgamentos por fatos judicialmente decididos, independentemente do resultado do processo anterior, fundando-se nos princípios de segurança e nos efeitos negativos da coisa julgada. Já seu aspecto material impede a aplicação de mais de uma punição pelos mesmos fatos.

Na Espanha, embora a Constituição de 1978 não o preveja expressamente, nem como princípio geral do Direito, nem como regra, nem como direito fundamental, a jurisprudência reconheceu a incidência do *ne bis in idem* na relação entre as vias penal e administrativa. O primeiro pronunciamento foi feito pelo TCE por meio de sua STC 02/1981 que, com fundamento no princípio da legalidade, reconheceu sua natureza constitucional e caracterizou-o como princípio geral do direito. Também fundamentam sua aplicação na ordem espanhola o princípio da proporcionalidade, a coisa julgada, a segurança jurídica, a proibição de arbitrariedade e a exigência de racionalidade, institutos previstos na CE/1978.

Uma das principais consequências da aplicação do *ne bis in idem* na ordem jurídica espanhola é a primazia da esfera penal sobre a administrativa. Essa precedência da esfera penal vincula a Administração ao conteúdo das sentenças penais quanto aos fatos, impossibilita punição administrativa às pessoas penalmente condenadas e exige que a esfera administrativa considere as sanções aplicadas na esfera penal.

Já na ordem jurídica brasileira, a teoria da autonomia e independência das instâncias penal e administrativa goza de ampla aceitação por parte da

doutrina e da jurisprudência. Da mesma forma, a legislação pátria possui expressas previsões contrárias à incidência do *ne bis in idem* que são inteiramente acolhidas pela jurisprudência. Segundo a jurisprudência do STF, a absolvição penal não influi na punição administrativa fora das hipóteses legalmente previstas, e a absolvição administrativa não repercute na esfera penal, exceto nas restritas hipóteses em que a condenação administrativa é condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo penal.

Todavia, o reconhecimento do *ne bis in idem* nas relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, bem como na imposição de diversas sanções administrativas pelo mesmo fato, é medida necessária à concretização de direitos fundamentais. Por isso, defende-se que a teoria da unidade do poder punitivo, por concretizar direitos fundamentais previstos na CRFB/88, suplanta a teoria da autonomia e independência das instâncias.

O *ne bis in idem* é direito fundamental não expresso inserido no sistema pelo art. 5º, §2º, da CRFB/88. Sua relação com os princípios e direitos expressos na CRFB/88 e sua imprescindibilidade para a concretização desses direitos lhe garantem o *status* de norma constitucional.

O devido processo legal, a segurança jurídica e a intangibilidade da coisa julgada são direitos e garantias constitucionais, cuja eficácia e efetivação dependem do reconhecimento de *status* constitucional ao *ne bis in idem* e de sua aplicação na relação entre as instâncias penal e administrativa geral. Em virtude das relações do *ne bis in idem* com esses e outros princípios expressamente garantidos na CRFB/88, a ausência de expressa previsão constitucional a seu respeito não impede que os tribunais reconheçam seu *status* constitucional, com fundamento no art. 5º, §2º, da CRFB/88. Pelo contrário, esse reconhecimento se impõe.

Ademais, caracterizando-se o *ne bis in idem* como direito fundamental, seu reconhecimento e aplicação, inclusive na relação entre as instâncias penal e administrativa, não carece de textos normativos além daqueles já existentes, especialmente dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é signatária: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Por fim, não constitui óbice à aceitação do *ne bis in idem*, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão, no art. 225, §3º, da CRFB/88, de que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas. Essa norma é uma ordem

ao Poder Legislativo para que se utilize também da esfera penal para proteção ao meio ambiente. A CRFB/88 não determina que o uso das instâncias penal e administrativa ocorra em razão dos mesmos fatos: há condutas que devem ser tipificadas como infrações penais e outras, como infrações administrativas. O dispositivo impõe que o Poder Legislativo estabeleça sanções penais e administrativas para condutas lesivas ao meio ambiente, o que impede a criminalização de todas as condutas ou a atribuição à Administração de competência para a aplicação de todas as sanções por infrações lesivas ao meio ambiente. Daí, todavia, não decorre a possibilidade de que os mesmos fatos sejam puníveis em ambas as instâncias.

Referências

- CAMPOS, Tomás Cano. Non bis in ídem, prevalencia de la via penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 156, p. 191-249, set./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es>> Acesso em: 06 mar. 2012.
- CERVEIRA, Fernanda Pessôa. *Fundamentos do Poder administrativo sancionador e exame da culpabilidade na infração administrativa*. 2005. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 50, p. 237-279, set. out/2004b.
- CORDI, Lorenzo. O princípio do *ne bis in idem* na Europa. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, n. 01, v. 3, p. 81-129, jan./jun. 2008.
- JALVO, Belém Marina. La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero). *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 162, p. 175-188, set./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.cepc.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas>>. Acesso em: 06 mar. 2012.
- KRELL, Andreas J. As competências administrativas do artigo 23 da CR, sua regulamentação por lei complementar e o “poder-dever de polícia”.

- Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 5 n. 20, p. 53-71, jul./ago. 2003.
- MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico*, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Infrações administrativas ambientais no Estado do Rio de Janeiro. Notas sobre a Lei n. 3.467/00. *Revista Direito, Estado e Sociedade. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 20, v. 9, p. 339-265, jan./jul. 2002.
- MOLINÉ, José Cid, Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 140, p. 131-172, mai./ago. 1996. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=138&IDA=24059>>. Acesso em: 10 fev. 2012.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PERU, Tribunal Constitucional, EXP. N.º 02197-2012-PHC/TC. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02197-2012-HC.html>>. Acesso em 06/03/2013.
- PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.
- SABBATINE, Marilda Tregues de Souza. O Estado Democrático de Direito e a pena privativa de liberdade: aspectos jurídicos e sociais. *Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP*, Jacareizinho, n. 10, p. 69-102, jan./jun. 2009.
- SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXI, p. 325-386, jan. 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. Inconstitucionalidade do art. 40, inciso VII, da Lei de Drogas por inobservância ao *non bis in idem* e violação

à proibição de excesso. *Revista Ciência Jurídica ad litteras et verra*, Belo Horizonte, ano XXII, v. 141, p. 289-300, mai./jun. de 2008.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. O princípio *ne bis in idem* e sua vertente substancial na repressão ao ilícito fiscal. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 293-311, jul./ago. 2007.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.

TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. *El principio non bis in idem in idem em el ámbito ambiental administrativo sancionador*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Orientador: Agustín de Asís Roig. Getafe, set. 2008. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2012.

Recebido em 8 de março de 2017.

Aprovado em 18 de abril de 2018.

Pluralismo jurídico, juridicidade e teoria jurídica intercultural no atual panorama da antropologia jurídica

Legal pluralism, juridicity and intercultural legal theory in the current scenery of legal anthropology

Thadeu Augimeri de Goes Lima*

*Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná,
Londrina, PR, Brasil*

1. Introdução

É possível dizer que a antropologia, se cotejadas a sua perspectiva originária oitocentista e a sua perspectiva atual, experimentou uma verdadeira, conquanto gradual, transformação paradigmática.

Com efeito, de um saber que, no contexto de sua emergência, viu-se marcado por inequívoca visão etnocêntrica e voltado a subsidiar teoricamente – e assim legitimar ideologicamente – as pretensões expansionistas e imperialistas europeias, converteu-se, após o processo de evolução científica e depuração crítica verificado no decorrer do século XX, em área do conhecimento preocupada em afirmar uma concepção pluralista e multicultural, respeitadora das características identitárias peculiares dos agrupamentos humanos estudados e refratária à tendência de universalização

* Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Membro-fundador, vice-presidente e pesquisador do Instituto Ratio Juris - Pesquisa, Publicações e Ensino Interdisciplinares em Direito e Ciências Afins. Coordenador e professor do curso de pós-graduação *lato sensu* (especialização) em “Ministério Público e Estado Democrático de Direito” da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Paraná, titular no Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina. E-mail: tagl@bol.com.br.

das categorias ocidentais modernas e de sua projeção em direção aos povos outrora reputados “primitivos”, “selvagens”, “atrasados” ou “incivilizados”.

Por óbvio, não se passou diferente com a seara específica da antropologia jurídica, cujo foco é a abordagem antropológica do fenômeno jurídico, em suas mais variadas expressões concretas¹. De fato, tal qual ocorreu com o campo maior do qual provém, esta vertente recebeu progressivamente novos aportes que vieram a lhe ensejar substanciais transformações epistemológicas e metodológicas².

O presente artigo busca justamente realizar um esforço sintético no sentido de aproximar e correlacionar três tópicos de destacado interesse no atual panorama da antropologia jurídica, quais sejam, o tema do pluralismo jurídico, o conceito de juridicidade, tal como tratado notadamente por Étienne Le Roy³, e a proposta de constituição de uma teoria jurídica intercultural, delineada por Christoph Eberhard⁴.

1 Orlando Villas Bôas Filho (2010, p. 322) esclarece que, embora o sintagma mais corrente para designar a disciplina no contexto francófono seja “antropologia do direito”, isso evidentemente não exclui outras possibilidades de qualificação, tais como “antropologia da juridicidade” e, sobretudo, “antropologia jurídica”. No entanto, enfatiza a necessidade de se estar atento às nuances dessas expressões, as quais, apesar de geralmente serem empregadas de forma indistinta, não são totalmente intercambiáveis. Segundo sua lição, a expressão “antropologia jurídica” teria como escopo delimitar, por razões essencialmente didáticas, o campo particular de estudo de uma disciplina que, tal como a antropologia, é essencialmente holística. Nesse sentido, o predicado “jurídico”, justaposto ao enfoque antropológico, permitiria a definição dos fenômenos qualificados como pertencentes ao campo do direito. Assim, a “antropologia jurídica” não se confundiria com a antropologia do direito, aquela concebida em termos de uma etapa essencial no processo de desfiliação (*désaffiliation*) da pesquisa antropológica relativamente às “ciências jurídicas” e, por conseguinte, de negação de uma atitude ancilar que a tornava uma espécie de “satélite” de uma ciência principal denominada genericamente “direito” (*le Droit*). Por outro lado, o uso do sintagma “antropologia da juridicidade”, em razão de sua maior amplitude, serviria para qualificar a abordagem dos fenômenos de regulação que são tidos pelos membros das diversas sociedades como obrigatórios e, exatamente por isso, sancionados – portanto, jurídicos. Assim, a expressão pretenderia estar mais desatrelada das representações ocidentais acerca do fenômeno jurídico, aceitando como direito tanto as práticas de regulação próximas da tradição ocidental moderna como aquelas distantes dela.

2 Esteban Krotz (2002, p. 27) adverte que a antropologia jurídica, como subdisciplina especializada da antropologia sociocultural, pode ser entendida de duas maneiras. A primeira é a privilegiada na maioria dos textos clássicos, ou seja, tratar-se-ia de um ramo da antropologia que aborda um campo ou uma esfera social de algum modo distinguível de outros campos ou esferas sociais. Ao mesmo tempo, todavia, resulta patente que o estudo das normas jurídicas, suas justificações e suas aplicações em uma dada sociedade revela muito sobre outros aspectos dela mesma, por exemplo, sobre as concepções hegemônicas do ser humano, da convivência social, da justiça e inclusive do sentido da vida. Por isso, na segunda e mais adequada compreensão, a antropologia jurídica – igual a qualquer subdisciplina – se entenderia como uma perspectiva específica elaborada para a captação da realidade social, que dá conta, ainda que de um ângulo particular e limitado, da vida e das características de uma determinada sociedade.

3 LE ROY, 2012.

4 EBERHARD, 2002.

São preferencialmente utilizados, na consecução da tarefa em tela, os métodos histórico-evolutivo, histórico-comparativo, comparativo e dialético. Com efeito, procede-se ao levantamento das origens e do desenvolvimento histórico das concepções, dos institutos e das ideias abordados e o seu cotejo, tanto espaço-temporal quanto recíproco, bem como são confrontadas as diferentes orientações de respeitados autores que se debruçaram sobre os assuntos, procurando organizá-las em sínteses superadoras de suas possíveis contradições.

Na linha elaborativa do trabalho, traça-se de início um breve retrospecto do surgimento e da evolução da antropologia jurídica. Passa-se em seguida ao estudo do pluralismo jurídico e da ideia de juridicidade, que contemplam a regulação jurídica para além da sua forma ocidental moderna de expressão. Ruma-se à análise do horizonte da aspirada teoria jurídica intercultural, em seus aspectos epistemológicos e metodológicos. Por fim, encerra-se com as conclusões obtidas no exame da matéria.

2. Passado e presente da antropologia jurídica

Já se disse que uma das maneiras mais proveitosas de se apresentar uma área do conhecimento é lhe traçar a história, mostrando como foi variando o seu colorido através dos tempos e como deitou ramificações novas que alteraram e ampliaram o seu tema de base¹. Não se faz diferente com a antropologia jurídica, cujo nascimento como ciência coincide e se confunde com a inauguração do próprio âmbito do saber antropológico *tout court*.

Preleciona François Laplatine² que o ser humano nunca parou de se interrogar sobre si mesmo. Em todas as sociedades existiram homens que observavam homens. A reflexão do homem sobre o homem e sua sociedade e a elaboração de um conhecimento são, portanto, tão antigos quanto a própria humanidade e se deram tanto na Ásia como na África, na América, na Oceania ou na Europa. Mas o projeto de fundar uma ciência do homem – uma antropologia – é, ao contrário, muito recente, tendo surgido em solo europeu apenas no final do século XVIII, quando começou a se constituir um saber científico que toma o ser humano, e não mais a natureza, como objeto de conhecimento. Foi somente nessa época que o espírito científico

1 QUEIROZ, 2007, p. 9.

2 LAPLANTINE, 2007, p. 13.

pensou, pela primeira vez, em aplicar ao próprio homem os métodos até então utilizados nos domínios da física e da biologia.

Contudo, para que aquele projeto viesse alcançar suas primeiras realizações, para que o novo saber começasse a adquirir um início de independência dentre outras disciplinas científicas, seria preciso esperar até a segunda metade do século XIX, quando a antropologia se atribuiu objeto empírico autônomo: o estudo das sociedades ditas “primitivas”, ou seja, exteriores às áreas de civilização europeias ou norteamericanas³.

Henry James Sumner Maine é considerado por muitos autores⁴ um dos fundadores da antropologia jurídica, merecendo aqui sucinto parêntese sobre sua biografia e sua principal obra, dada a pequena difusão que encontrou no Brasil.

John M. Kelly destaca que Maine foi um jurista acadêmico que escreveu muitos ensaios sobre temas políticos e econômicos da época e serviu alguns anos como membro jurídico do conselho do vice-rei da Índia. Seu primeiro e mais famoso livro, *Direito antigo* – no original, *Ancient law* – (1861), veio a lume em período no qual a principal agitação intelectual procedia da obra recém-publicada pelo biólogo Charles Darwin, *A origem das espécies* (1859), e assim reflete, até certo ponto, o interesse que se tinha na teoria evolutiva. Uma influência mais remota também se identificou na filosofia hegeliana da História, que talvez tenha sugerido a Maine a ideia dos princípios uniformes do desenvolvimento⁵.

No livro *Direito antigo*, Maine propôs uma espécie de teoria evolutiva do Direito, acompanhada de um padrão de crescimento no qual, como ele pretendia demonstrar, encaixavam-se todos os sistemas, embora geográfica ou cronologicamente tão distantes uns dos outros a ponto de ser excluída a possibilidade de inspiração externa. Baseando suas teorias em certo conhecimento dos direitos romano, grego e bíblico e de outros sistemas jurídicos ancestrais, inclusive as leis da antiga Irlanda, bem como nas instituições nativas da Índia de então, ele apresentou a noção de que as sociedades de todos os tipos tenderiam a se desenvolver, no que diz respeito à sua vida jurídica, passando por certas fases, que seriam as mesmas em toda parte. Para Maine, a primeira etapa – que se manifestou nos poemas homéricos – era, em certo

3 LAPLANTINE, 2007, p. 14.

4 KROTZ, 2002, p. 14; ROULAND, 1988, p. 39-40; VILLAS BÔAS FILHO, 2011/2012, p. 539.

5 KELLY, 2010, p. 429.

sentido, pré-jurídica: os reis proferiam julgamentos sobre disputas concretas e um elemento de inspiração divina, ou de mediação de julgamentos de origem divina, ligava-se a estes *thémistes* isolados, ou *dooms* (“sentenças” – o equivalente germânico). O estágio seguinte, provavelmente possibilitado pela repetição e padronização dos julgamentos, foi a consolidação de um costume do qual eram guardiãs as oligarquias que sucederam a realeza. A terceira fase, associada com um movimento mais ou menos democrático para quebrar o monopólio oligárquico da jurisdição, é a dos códigos. Nesse ponto, algumas sociedades param de se desenvolver, suas instituições jurídicas nunca adquirem novas dimensões além de seu código petrificado. Essas sociedades Maine chamava de *estáticas*. Outras sociedades, contudo, tinham a habilidade de adaptar suas leis às novas circunstâncias. Essas sociedades, ditas *dinâmicas*, tendiam a empregar três mecanismos de mudança, consistentes nas *ficções jurídicas*, na *equidade* e na *legislação*⁶.

Tópico marcante e de grande interesse do livro de Maine ora tratado é a sua tese de que, no movimento evolutivo dos direitos das sociedades, o cerne da regulação jurídica – entendido como o princípio básico de sua organização – se deslocou do *status* para o contrato⁷.

Porém, mais importante que identificar seus fundadores, abordar a constituição do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica implica examinar a gênese dessa disciplina, ou seja, o contexto em que ela se formou e quais os condicionamentos históricos, culturais e sociais de sua formação. Um primeiro aspecto altamente significativo que precisa ser ressaltado consiste na ligação – ou “afinidade eletiva” – da antropologia social, em um sentido geral, e da antropologia jurídica, em particular, com o imperialismo europeu, que, surgido do colonialismo, caracterizou-se por sua dimensão expansionista⁸.

Orlando Villas Bôas Filho explica que, baseando-se na noção de “afinidade eletiva” utilizada por Max Weber para descrever a relação entre a ética protestante e o espírito do capitalismo, os antropólogos Benoît de L’Estoile, Federico Neiburg e Lygia Sigaud procuram sublinhar aquelas existentes entre a antropologia do século XIX, fortemente influenciada pelo evolucionismo, e a expansão imperialista. A noção de “afinidade eletiva”, tal como

6 KELLY, 2010, p. 429-431.

7 MAINE, 1906, p. 164-165; VILLAS BÔAS FILHO, 2011/2012, passim.

8 ROULAND, 1988, p. 28-29; VILLAS BÔAS FILHO, 2007, p. 334.

utilizada por esses autores, expressaria justamente a imbricação recíproca entre o saber dos antropólogos e a dominação colonial. Isto é, a administração colonial apoiaria o desenvolvimento de instituições acadêmicas especializadas na produção de saber sobre as populações nativas – tais como museus, expedições etnográficas, departamentos universitários, institutos de pesquisa etc. – e os antropólogos, apesar de muitas vezes manterem posturas críticas em relação às atividades de seus Estados de origem, forneceriam conhecimentos que, em última instância, se prestariam à validação das políticas coloniais. Tratar-se-ia, contudo, de uma relação entre a produção do conhecimento antropológico e a administração colonial que não se processava de forma mecânica ou de causa e efeito⁹.

O imperialismo, que teve como contrapartida a expansão colonial dos Estados nacionais europeus, demandava uma justificação teórica de que pudesse haurir sua legitimidade. A ideia de superioridade racial, nessa conjuntura, foi uma das mais eficazes ferramentas de legitimação da expansão imperial. Ademais, é preciso considerar que a antropologia fornecia não apenas um instrumento de grande valia para legitimar a expansão imperialista em seus respectivos pontos de origem, mas também uma ferramenta importante para o exercício da dominação nos setores coloniais; ou seja, além de justificar as políticas expansionistas no âmbito das próprias potências europeias, a antropologia do século XIX se apresentava como um saber voltado à dominação. Assim, a relação daquela, em sentido genérico, com o processo de colonização decorrente da expansão imperialista europeia se mostra fundamental para que se compreendam não apenas as orientações conceituais das primeiras escolas jurídico-antropológicas, mas também o desenvolvimento da antropologia enquanto disciplina¹⁰.

Três elementos podem ser definidos como constitutivos do campo de análise e pesquisa da antropologia nascente: a) a ideia de um campo de análise e pesquisa limitado ao estudo das “sociedades primitivas” (sociedades sem Estado); b) a perspectiva evolucionista, que era baseada no pressuposto etnocêntrico da superioridade da sociedade ocidental sobre as demais; e c) o caráter instrumental da disciplina que, ao fornecer, ainda que indiretamente, bases para a dominação colonial, constituiu-se em

9 VILLAS BÔAS FILHO, 2011/2012, p. 550-551.

10 VILLAS BÔAS FILHO, 2007, p. 335; 337-338.

um saber voltado à “gestão de populações”¹¹. Ditos elementos traduziam, respectivamente, o *objeto*, o *enfoque* e a *finalidade* do campo de análise e pesquisa do saber antropológico em seus primórdios.

Mormente no que tange ao segundo elemento, isto é, ao enfoque, e de um modo geral, os conceitos desenvolvidos no bojo das teorias evolucionistas, em vista da forte carga etnocêntrica que encampavam, poderiam ser caracterizados como *conceitos antitéticos assimétricos*, no sentido conferido por Reinhart Koselleck. Tais conceitos se notabilizam por imprimirem um significado depreciativo a um indivíduo ou grupo em comparação com outro indivíduo ou grupo, de modo que os primeiros poderiam se considerar designados, todavia não reconhecidos. Essas designações opostas servem para estabelecer inclusões e exclusões, uma vez que, do conceito utilizado para designar a si próprio, decorre a denominação usada para designar o outro, para o qual, entretanto, a designação equivale, linguisticamente, a uma privação. Vale dizer, dados dois conceitos reciprocamente relacionados de forma antitética, vislumbra-se que estes são também assimétricos quando marcados por uma desigualdade constitutiva que tolhe de um dos conceitos a capacidade de reconhecimento em relação ao indivíduo ou ao grupo por ele designado. Falar em “civilizado” em oposição a “selvagem” ou “bárbaro”, de “moderno” em oposição a “primitivo” ou de “povo superior” em oposição a “povo inferior” é justamente desqualificar um grupo em oposição a outro que, por essa razão, passa a ser qualificado positivamente.¹²

Claude Lévi-Strauss salienta que, apesar de todos os seus defeitos, e em que pesem críticas merecidas, o termo “primitivo”, por falta de um melhor, parecia ter-se definitivamente instalado no vocabulário etnológico e sociológico da época, de modo que se estudavam as sociedades “primitivas”, entendidas como tais as populações que permaneceram desprovidas da escrita e alijadas, por isso, dos métodos de investigação propriamente históricos; aquelas atingidas apenas recentemente pela expansão da civilização mecânica e, portanto alheias, por sua estrutura social e sua concepção de mundo, às noções que a filosofia e a economia políticas consideram como fundamentais quando se trata de sua própria sociedade¹³.

11 VILLAS BÔAS FILHO, 2007, p. 340.

12 VILLAS BÔAS FILHO, 2011/2012, p. 550.

13 LÉVI-STRAUSS, 2008, p. 113.

Pierre Clastres, por sua vez, afirma que uma das faces do etnocentrismo está na convicção de que a História tem um sentido único, de que toda sociedade está condenada a se inscrever nessa História e a percorrer as suas etapas que, a partir da selvageria, conduzem à civilização. Por trás das formulações modernas – acrescenta –, o velho evolucionismo permanece, na verdade, intacto; mais delicado, para se dissimular na linguagem da antropologia e não mais na da filosofia, ele aflora contudo ao nível das categorias que pretendem ser científicas. Finaliza o autor, aduzindo já se ter percebido que, quase sempre, as sociedades arcaicas são determinadas de maneira negativa, sob o critério da falta: sociedades sem Estado, sociedades sem escrita, sociedades sem história.¹⁴

Ao longo da primeira metade do século XX, a antropologia jurídica experimentou inegáveis progressos, notadamente no ambiente anglófono, em virtude da disseminação dos trabalhos de campo entre as sociedades ditas “primitivas” contemporâneas e a difusão do método que se tornou conhecido como *observação participante*.¹⁵ Nesse contexto, sobrelevaram-se as obras de Bronislaw Malinowski¹⁶ e de Radcliffe-Brown¹⁷, as quais romperam com a tendência à época reinante nos estudos antropológicos, pejorativamente alcunhada de “antropologia de gabinete” (*armchair anthropology*).¹⁸ Um pouco posteriores, contudo prosseguindo na mesma linha de imersão nas comunidades estudadas, também merecem referência os trabalhos de Max Gluckman¹⁹ e de Paul Bohannan²⁰, que inclusive suscitaram e polarizaram interessantíssimo e importantíssimo debate de cunho epistemológico no campo jurídico-antropológico, acerca da viabilidade ou não de explicar as relações intersubjetivas e os mecanismos regulatórios observados naqueles grupos humanos mediante o emprego de conceitos e categorias próprios da ciência jurídica ocidental.²¹

14 CLASTRES, 2012, p. 207-208.

15 BERGER, 2015; KELLY, 2010, p. 503; KROTZ, 2002, p. 19; VILLAS BÔAS FILHO, 2014, p. 282.

16 Vale mencionar, em especial, MALINOWSKI, 2003. Para um exame sintético da produção de Malinowski e de sua importância para o pensamento antropológico, cf. DURHAM, 2004.

17 Vale mencionar, em especial, RADCLIFFE-BROWN, 1973. Para uma breve apresentação comparativa das ideias de Malinowski e Radcliffe-Brown, cf. BERGER, 2015.

18 VILLAS BÔAS FILHO, 2011/2012, p. 543.

19 Vale mencionar, em especial, GLUCKMAN, 1974.

20 Vale mencionar, em especial, BOHANNAN, 1974.

21 Sobre o debate travado entre Max Gluckman e Paul Bohannan e sua enorme relevância para o campo de análise e pesquisa jurídico-antropológica, cf. DAVIS, 1974. Em brevíssima síntese, pode-se dizer que,

A propósito desse período, Pierre Clastres pontua que a etnologia conheceu um desenvolvimento brilhante, graças ao qual as sociedades “primitivas” escaparam, se não ao seu destino – o desaparecimento –, pelo menos ao exílio a que as condenava, no pensamento e na imaginação do Ocidente, uma tradição de exotismo muito antiga. Salienta o autor que a convicção cãndida de que a civilização europeia era absolutamente superior a qualquer outro sistema de sociedade foi aos poucos substituída pelo reconhecimento de um relativismo cultural que, renunciando à afirmação imperialista de uma hierarquia dos valores, admitia desde então, abstenendo-se de julgá-las, a coexistência das diferenças socioculturais. Em outras palavras, não se projetava mais sobre as sociedades “primitivas” o olhar curioso ou divertido do amador mais ou menos esclarecido, mais ou menos humanista; elas estavam sendo levadas de certo modo a sério; contudo, a questão era saber até onde iria tal seriedade²².

Não tardou muito, a partir daí, para que o enfoque evolucionista e etnocêntrico fosse colocado em xeque. Raymond Aron bem refere como as sociedades que inicialmente eram chamadas de “primitivas” passaram, já na segunda metade do século XX, a ser preferentemente chamadas de “sociedades arcaicas” ou “sociedades sem escrita”, enfatizando que a mudança de terminologia exprimiu uma mudança de atitude com relação a essas sociedades²³.

Para além disso, é certo que se constata hoje uma expansão do objeto do campo de análise e pesquisa antropológica, que exorbita do estudo daqueles grupos humanos, tendo a precisa delimitação dele ruído diante de um processo contínuo de deslocamento rumo ao domínio outrora pertencente à sociologia – as sociedades modernas²⁴.

Por derradeiro, e como não poderia ser diferente, as supracitadas mudanças sentidas no enfoque e no objeto do campo antropológico inequivocamente repercutiram na finalidade desse saber, que se desvincula

enquanto Gluckman, referindo-se às ideias jurídicas que observou durante sua permanência com os Barotse da Rodésia, propunha a compreensão delas à luz de um paralelo com institutos jurídicos existentes nos estágios iniciais dos direitos romano e europeu, Bohannan, partindo de sua experiência junto dos Tiv do norte da Nigéria, argumentava que a especificidade de relações e mecanismos observados impedia uma simplista adequação reductiva deles aos padrões jurídicos ocidentais.

22 CLASTRES, 2004, p. 101.

23 ARON, 1999, p. 288.

24 VILLAS BÔAS FILHO, 2007, p. 342.

da primeira vocação de “gestão populacional” para atualmente adquirir a diametralmente oposta feição de arsenal teórico-científico voltado à compreensão da multiculturalidade, respeitador das características identitárias peculiares dos agrupamentos humanos estudados e refratário à tendência de universalização e projeção, na direção deles, das categorias ocidentais modernas.

No campo de análise e pesquisa específico da antropologia jurídica, via de consequência, aferiu-se igual transformação paradigmática, que pôs em relevo a necessidade de identificar, interpretar e explicar os fenômenos de regulação jurídica distintos e desassemelhados do direito positivo estatal, com realce para perspectivas que não buscassem uma artificial leitura dessas realidades pelas lentes da tradicional ciência jurídica de matriz ocidental.

3. Do pluralismo jurídico à juridicidade: a regulação jurídica para além de sua expressão ocidental moderna

O câmbio de paradigma logo acima mencionado operou no âmbito jurídico-antropológico principalmente através do descentramento do direito positivo estatal da sua até então consagrada posição de parâmetro segundo o qual as diversas experiências jurídicas dos agrupamentos humanos haveriam que ser examinadas, comparadas e avaliadas. Com efeito, tal enfoque, que carregava as indisfarçáveis marcas do etnocentrismo, do evolucionismo e da crença monolátrica e acolhia a lógica da subtração que lhes era consectária, precisou ser substituído por outro que fizesse frente ao desafio de enxergar e pensar a ampla gama de ordens regulatórias imperativas e sancionadas concretamente existentes, para além daquele típico produto das sociedades ocidentais modernas – repita-se, o direito positivo estatal.

Nesse contexto, a temática do pluralismo jurídico restou alçada à condição de paradigma central da análise antropológica do direito²⁵. Alerta Boaventura de Sousa Santos que, ao contrário do que pretendem a filosofia política liberal e a ciência do direito que sobre ela se constituiu, circulam na sociedade não uma, mas várias formas de direito ou modos de juridicidade. O direito oficial, estatal, que está nos códigos e é legislado pelo governo ou pelo parlamento, é apenas uma dessas formas, se bem que tendencialmente a mais importante. Essas diferentes formas variam quanto

25 VILLAS BÔAS FILHO, 2010, p. 324.

aos campos da ação social ou aos grupos sociais que regulam, quanto à sua durabilidade, que pode ir da longa duração da tradição imemorial até a efemeridade de um processo revolucionário, quanto ao modo como previnem os conflitos individuais ou sociais e os resolvem sempre que ocorram, quanto aos mecanismos de reprodução da legalidade e distribuição ou sonegação do conhecimento jurídico²⁶.

Conforme Surya Prakash Sinha, em qualquer período da História, desde seu início civilizado, houve sempre três ou quatro civilizações simultaneamente. Cada uma era caracterizada por um estilo de vida coerente, estendendo-se por uma área geográfica ampla e em um longo período de tempo. É possível discernir o princípio mais fundamental da vida para cada civilização e, por consequência, o princípio mais central em sua organização social. O direito é um desses princípios, mas apenas um; ele não é sinônimo de organização social, porém, ao invés disso, é uma sua forma específica. Tal particularidade reside nos valores, gerados historicamente, da civilização ocidental²⁷.

Na mesma linha de pensamento, assere Orlando Villas Bôas Filho que o direito positivo representaria um *folk system* que, como conjunto de normas sancionadas pelo Estado, expressaria apenas uma forma particular de experiência, própria a um contexto histórico e social – o Ocidente moderno – que, por esse motivo, não pode ser generalizada à guisa de universal.²⁸

Para Clifford Geertz, o direito é um *saber local*: local não só com respeito ao lugar, à época, à categoria e variedade de seus temas, mas também com relação à sua nota primordial – caracterizações vernáculas do que acontece ligadas a suposições vernáculas sobre o que é possível. É esse complexo de caracterizações e suposições, histórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos, que o autor denomina *sensibilidade jurídica*. Salienta que, ainda que elusiva, essa perspectiva tem um número de implicações que são muito menos abstratas. A primeira delas é que o estudo comparativo do direito não pode ser uma questão de transformar diferenças concretas em semelhanças abstratas. A segunda é que também não pode ser uma questão de localizar fenômenos idênticos disfarçados sob nomes diferentes. E a terceira é que,

26 SANTOS, 2002, p. 205.

27 Apud EBERHARD, 2002, p. 495.

28 VILLAS BÔAS FILHO, 2014, p. 290.

sejam quais forem as conclusões a que cheguem esses estudos, elas devem ter como referência o gerenciamento da diferença, e não a sua eliminação²⁹.

Norbert Rouland, após trazer um breve resumo histórico do pluralismo jurídico, relata que este, embora tenha na França apenas uma audiência recente, tardia, e não haja obtido em absoluto a unanimidade, goza de consenso geral na comunidade internacional dos antropólogos do direito, os quais elaboram numerosas teorias a seu respeito, cujo sentido leva a um afastamento cada vez maior relativamente ao direito estatal: o direito é cada vez menos um negócio de Estado³⁰.

Vale ressaltar que o tema do pluralismo jurídico comporta uma série de abordagens distintas e inclusive descoincidentes entre si, orientadas por referenciais teóricos e metodológicos os mais variados. Ou seja, de modo totalmente coerente com o seu próprio objeto de estudo, há uma pluralidade de maneiras de analisar o pluralismo jurídico.

Jacques Vanderlinden, por exemplo, destaca a perspectiva do pluralismo a partir do *sujeito de direitos*, submetido a diferentes ordens jurídicas, cada uma com seu próprio conjunto de valores e, nessas instâncias, até mesmo antagônicas; seus atos serão avaliados bastante diversamente por cada ordem regulatória. Sustenta o autor, por um lado, que para existir o pluralismo jurídico há a necessidade de duas ou mais ordens jurídicas se encontrando no nível do sujeito de direitos, ao passo que, de outro lado, inexistirá pluralismo quando considerado do ponto de vista de um sistema jurídico específico, e não da posição do indivíduo³¹.

Antonio Carlos Wolkmer, a seu turno, enfatiza a *convivência possível de ordens jurídicas*, sustentando a viabilidade de existência concorrente e paralela de expressões normativas não-estatais, não derivadas dos canais oficiais e formalizadas, mas emergentes das interações e das flutuações de um processo de autorregulação em constante recriação levadas a cabo pelos novos sujeitos coletivos (com proeminência dos movimentos sociais), de base comunitário-participativa, ao lado e para além dos meios de regulamentação instituídos e até agora dominantes (normas costumeiras, legais e judiciais)³².

29 GEERTZ, 1997, p. 324-325.

30 ROULAND, 2003, p. 178-185.

31 VANDERLINDEN, 1989, p. 156-157.

32 WOLKMER, 1997, p. XV; passim.

Independentemente das suas variações específicas, importa frisar que o enfoque pluralista, opondo-se ao etnocentrismo e ao “ocidentalcentrismo” (*occidentalcentrisme*) que perpassam as obras dos fundadores da antropologia jurídica, rejeita a suposta superioridade do direito ocidental em relação aos direitos das demais sociedades, outrora desqualificadas como “selvagens”, “primitivas” ou “subdesenvolvidas”. É justamente esta refutação de uma visão estereotipada e etnocêntrica do direito que acaba por reforçar naturalmente o enfoque pluralista, direcionando a abordagem antropológica tanto às situações que expressam uma pluralidade de soluções jurídicas aplicáveis a uma mesma questão no interior de uma ordem jurídica estatal como, a partir de uma perspectiva mais radical, às relações entre ordens jurídicas estatais e não-estatais, chegando mesmo a negar, em alguns casos, a própria noção de ordem jurídica em prol de concepções articuladas ao redor da noção de *multijuridismo* (*multijuridisme*)³³.

Neste ensejo, e sem mergulhar em minúcias e maiores aprofundamentos acerca da extensa e relevantíssima produção científica desenvolvida por Étienne Le Roy – o que certamente extrapolaria os modestos lindes do objetivo deste artigo –, é sobretudo pertinente tecer sucinta digressão sobre o conceito de *juridicidade*, que constitui um ponto fulcral do modelo teórico do autor³⁴.

Le Roy afirma que o termo *juridicidade* já existia e era empregado pela sociologia jurídica de forma marginal, como se destaca no *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito* coordenado por André-Jean Arnaud, no qual é definido como “um instrumento de especificação do campo jurídico, distinto do direito e do social não-jurídico”. De acordo com Le Roy, deve-se antes de mais nada admitir que o direito não é aquilo que comumente se ensina, vale dizer, não é autônomo e menos ainda autopoietico ou universal, nem isento de efeitos sociais. Ele é, na denominação de juridicidade de Pierre Bourdieu, plenamente inscrito na história da modernidade ocidental, sendo dela um farol, como outros “ismos” – a exemplo do capitalismo, do estatismo e do individualismo. Para isso, há que se aceitar a ideia de que possa existir um campo próprio, bem ou mal identificado ou grosseiramente delimitado, entre o direito e o social não-

33 VILLAS BÔAS FILHO, 2010, p. 323.

34 Para uma ótima introdução, em língua portuguesa, ao pensamento de Étienne Le Roy e aos principais aspectos de suas propostas teóricas, imprescindível a leitura de LE ROY, 2012, EBERHARD, 2002, e VILLAS BÔAS FILHO, 2010; 2014; 2015.

-jurídico. Pensar na natureza e no conteúdo do direito supõe reconhecer que ele é a expressão de representações do mundo e da sociedade, dando forma à pretensão de um monopólio estatal da violência legítima, este mesmo fundamentado sobre uma relação de amor e de confiança no Estado³⁵.

Le Roy salienta que o fato de a juridicidade incluir o direito – donde se conclui que todo direito é uma manifestação particular da juridicidade – o faz aceitar facilmente a definição positivista-normativista que os juristas continuam a explorar com base nos trabalhos de Hans Kelsen, desde que a teoria antropológica da juridicidade veio explicar soluções que escapam ao “direito puro” e que pareciam condenar grande parte da sociedade a viver fora de toda regulação jurídica, caso a definição de Estado moderno e de seu direito não se aplicassem. Assim, para os juristas, o direito é positivo ou não e só se pode denominar “direito” a área particular de normas “autônomas” determinadas e/ou reconhecidas pelo Estado, evitando as contradições e as confusões a que o direito e os juristas têm horror. Deixando os juristas discutirem e comentarem as formas de determinação e de reconhecimento das normas abrangidas pelo direito e o lugar direto ou indireto reconhecido pelo Estado, Le Roy se reporta a uma definição das fronteiras do direito para se interessar pela competição que este direito e outras formas mais ou menos próximas, mas não reconhecidas por ele, assumem na reprodução da institucionalização da vida em sociedade. E nessa relação entre direito e sociedade, o autor procura esclarecer as razões pelas quais o Estado deve ou não intervir na elaboração e na sanção das normas no campo jurídico³⁶.

Explica Orlando Villas Bôas Filho que Le Roy, em diversos trabalhos, enfatiza sua convicção no caráter não-universal da concepção de direito desenvolvida no Ocidente moderno. Segundo o estudioso francês, o direito ocidental moderno seria apenas um *folk system*, que expressaria uma manifestação particular de um fenômeno mais geral de regulação social, qual seja, a juridicidade. Destarte, o direito ocidental moderno não seria mais do que um “avatar” da juridicidade que, nessa perspectiva, o inclui e o transcende. Portanto, se o direito, tal como concebido no Ocidente moderno, expressa apenas uma forma de concreção histórica e cultural de um fenômeno mais amplo, é preciso não atribuir a ele – como habitualmente

35 LE ROY, 2012, p. 290-292.

36 LE ROY, 2012, p. 294-295.

se faz – uma dimensão universal. Para Le Roy, a tendência de imprimir universalidade a um modo particular de expressão de um fenômeno mais amplo implicaria uma forma de etnocentrismo, pois haveria outras maneiras de regulação social e de concepções do fenômeno jurídico distintas da ocidental e tão legítimas quanto ela³⁷.

Como bem frisa Le Roy, a juridicidade é mais ampla que o direito e o abrange. Outrossim, ela divide com o direito algumas propriedades, dentre as quais, para os nossos propósitos, merecem ser sublinhadas duas: a) esses dois conjuntos normativos correspondem a mundos próprios, os quais exprimem uma visão particular, uma visão de mundo institucionalizado com o direito e de mundos diferentemente regulados numa grande proporção que pode ser multiplicada, mas que, em todo caso, escapa a toda programação; e b) ambos dividem os mesmos fundamentos sobre as mesmas bases normativas – os elementos do “tripé jurídico” que Le Roy coloca ao centro de sua teoria do *multijuridismo* –, que são as normas gerais e im pessoais (NGI), os modelos de condutas e de comportamentos (MCC) e os sistemas de disposições duráveis (SDD)³⁸.

Étienne Le Roy explicita que sua caminhada retoma as análises de Jean Carbonnier, completando-as. Refere Carbonnier duas máximas, a de que *o direito é maior que as fontes formais do direito* e a de que *o direito é menor que o conjunto das relações entre os homens*, às quais Le Roy acrescentou, em 2007, um terceiro teorema: *a juridicidade é maior que as concepções do direito desenvolvidas pelas sociedades ocidentais modernas, incluindo-as no todo*. Le Roy também propôs definir um traço diacrítico dividido pelo direito e pela juridicidade, que é a sanção que reconhece o caráter obrigatório da norma invocada em autoridade, momento em que é estabelecida e se torna invocável e palpável³⁹.

De novo a partir das lições de Orlando Villas Bôas Filho, e já encerrando a digressão ora levada a cabo, verificamos dois importantes aspectos que precisam ser enfatizados na teoria de Étienne Le Roy⁴⁰.

O primeiro é que a juridicidade, tal como a concebe Le Roy, estaria em uma escala distinta da do direito. Seu âmbito de abrangência seria muito

37 VILLAS BÔAS FILHO, 2015, p. 168-169.

38 LE ROY, 2012, p. 316.

39 LE ROY, 2012, p. 314-315.

40 VILLAS BÔAS FILHO, 2014, p. 293-294; 2015, p. 169-171.

mais amplo, de modo a incluir o direito positivo estatal, uma vez que este simplesmente expressaria uma das possíveis formas de concreção histórico-cultural de um fenômeno mais abrangente de regulação social, caracterizável como jurídico em virtude de seu caráter obrigatório e, portanto, sancionável: a juridicidade. Na medida em que a noção de juridicidade remete para o conjunto das configurações culturais em escala mais ampla, permite que a análise do fenômeno jurídico se descentre de uma concepção focada no direito positivo. Logo, a juridicidade aparece como uma categoria essencialmente intercultural, uma vez que permite problematizar as representações etnocêntricas que naturalizam as características histórica e culturalmente assumidas pelo direito ocidental, imprimindo-lhes suposta universalidade.

O segundo importante aspecto a se notar relativamente à caracterização feita por Étienne Le Roy acerca da juridicidade consiste em indicar que ela implica o caráter obrigatório de um ato ou de uma relação, ou seja, a possibilidade de imposição de sanção (*sanctionnabilité*), qualquer que seja a autoridade garantidora, desde que passível de ser mobilizada. Isso significa que há diversos tipos de sanção que repousam sobre fundamentos distintos e complementares e que, conseqüentemente, o Estado não é a única instância dotada de autoridade para sancionar, o que remete, conforme Le Roy, a uma clara situação de pluralismo jurídico. Assim, tudo o que é qualificável como jurídico é sancionado. Contudo, sanção não deve ser entendida como sinônimo de punição, mas simplesmente como expressão do reconhecimento, a partir de procedimentos diversos, do caráter obrigatório dos dispositivos mobilizados na regulação.

A refutação ao etnocentrismo que é própria do hodierno panorama da antropologia jurídica acarreta duplo efeito. De um lado, proíbe que se considerem como gerais as representações e os procedimentos tidos no Ocidente como direito, e, de outro, obriga a conceber, experimentar e aplicar um novo instrumental (*ouillage*) conceitual que esteja à altura dos problemas atuais⁴¹. É exatamente neste ponto que se insere a proposta de teoria jurídica intercultural esboçada por Christoph Eberhard, examinada a seguir.

41 VILLAS BÔAS FILHO, 2010, p. 327.

4. Horizonte de uma teoria jurídica intercultural e seus aspectos epistemológicos e metodológicos

No artigo intitulado *Para uma teoria jurídica intercultural: o desafio dialógico*, Christoph Eberhard delinea a sua proposta de constituição de uma teoria jurídica intercultural, apresentando as premissas e as referências fundamentais nas quais, a seu juízo, ela haveria que se alicerçar⁴².

Nesta seção do trabalho, passamos a analisar o horizonte dessa teoria jurídica intercultural e a sua afinidade com os tópicos previamente abordados, isto é, o tema do pluralismo jurídico e o conceito de juridicidade, tal como referido por Étienne Le Roy. Antes, contudo, faz-se necessário sistematizar os seus principais aspectos epistemológicos e metodológicos, a partir da identificação do seu *topos* de enunciação e de um paralelo com os próprios elementos constitutivos do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica – *objeto, enfoque e finalidade* –, uma vez que se trata de um *modelo de inteligibilidade* que pretende se inserir neste âmbito de saber especializado.

A respeito do *topos* de enunciação da teoria jurídica intercultural, vale frisar que a proposta esboçada por Christoph Eberhard se integra no grande projeto de uma ciência do direito não-etnocêntrica inaugurado por Michel Alliot, fundador do *Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris* (LAJP), e encontra seus principais referenciais teóricos em Raimon Panikkar, Robert Vachon e Étienne Le Roy, além do próprio Alliot. São as ideias desses estudiosos que fornecem aquilo que Eberhard chama de *bases epistemológicas de uma abordagem pluralista do direito*⁴³.

42 EBERHARD, 2002. Christoph Eberhard leciona antropologia jurídica nas *Facultés Universitaires Saint Louis* e na *Académie Européenne de Théorie du Droit*, em Bruxelas, Bélgica, bem como, na condição de colaborador, na *Université Paris 1, Panthéon Sorbonne*. É colaborador científico do *Fonds National de la Recherche Scientifique* (FNRS), na Bélgica, e do *Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris* (LAJP). Suas atividades de docência e pesquisa se voltam às questões de diálogo intercultural. Como antropólogo jurídico, escreveu e organizou vários livros em francês e em inglês sobre direito, globalização, direitos humanos, governança, desenvolvimento sustentável e responsabilidade no diálogo intercultural. Sua pesquisa também toca as questões do diálogo entre diferentes sistemas de conhecimento e tradições.

A base de sua abordagem intercultural pode ser encontrada em seu livro *Droits de l'homme et dialogue interculturel* ("Direitos humanos e diálogo intercultural"), publicado primeiramente em 2002, com uma segunda edição ampliada vinda a lume em 2011. Essa obra foi originada de sua tese de Ph.D. em antropologia jurídica, apresentada no ano 2000 na Universidade de Paris 1, *Panthéon Sorbonne*. Todo o seu trabalho subsequente, individual e coletivo, radica na abordagem dialógica exposta em seu primeiro livro e aprofunda e explora os vários aspectos do pluralismo e do interculturalismo. Cf. biografia disponível em: <<http://www.africultures.com/php/?nav=personne&no=27848>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

43 EBERHARD, 2002, p. 489. Segundo Étienne Le Roy (apud EBERHARD, 2002, p. 497), a necessidade

Por conseguinte, e disso está ciente Eberhard, a jornada rumo à teoria intercultural do direito permanece imbuída de suas origens ocidentais. O autor esclarece, todavia, que uma parcela dessa teoria, como a concebe, está precisamente em reconhecer o pluralismo que não pode ser reduzido a qualquer tipo de unidade e, assim, demanda uma hermenêutica dialógica e diatópica, na qual a busca de *equivalentes homeomórficos* e uma consciência clara de nossos respectivos *topoi* de discurso são fundamentais. Em outras palavras – assevera –, se quisermos nos abrir ao diálogo (um encontro, um confronto, uma articulação de lógicas: *dia-logoi*), é preciso que reconheçamos a diversidade de nossos pontos de vista no mundo (*topoi*) e das perspectivas originais que deles derivam. Somos destarte impreterivelmente convidados a assumir uma perspectiva pluralista da realidade e nossa interpretação do Outro deve levar em conta a sua forma de ver as coisas. Pode ser o caso de que esse Outro não tenha os mesmos conceitos que nós temos (por exemplo, “direito”) e, portanto, a busca de *equivalentes funcionais* descobertos por meio de uma *transformação topológica*, ou de *equivalentes homeomórficos*, faça-se necessária⁴⁴.

A propósito, calha registrar a observação de Robert Vachon, de acordo com quem o estudo do pluralismo jurídico requer uma nova hermenêutica ou ciência da interpretação, que não seja mais simplesmente *morfológica* ou *diacrônica*, senão *diatópica*. Adverte ele que uma das razões primordiais para o trágico mal-entendido entre a cultura jurídica ocidental e as culturas jurídicas autóctones tradicionais é o esquecimento de que a distância a ser superada entre os dois mundos não é meramente *factual* (a cabo da *interpretação morfológica*) ou *temporal* (a cabo da *interpretação diacrônica*), mas “*espacial*”, ou seja, concerne a diferentes *topoi* ou visões de realidade que, postula-se, são radicalmente diferentes, não tendo desenvolvido seus modos de inteligibilidade a partir de uma tradição histórica comum ou através da influência mútua. A *interpretação diatópica* tenta descobrir essas várias culturas jurídicas radicalmente diferentes e reuni-las em um diálogo que viabilize o surgimento de um mito comum, acerca do qual possamos

de refletir sobre uma ciência não-etnocêntrica do direito surgiu no LAJP, a partir da necessidade de se construírem modelos que pudessem permitir a comparação entre as experiências europeia (especialmente a francesa) e africana.

44 EBERHARD, 2002, p. 492; 496. Como esclarece Raimon Panikkar (apud EBERHARD, 2002, p. 506-507), *homeomorfismo* não é o mesmo que *analogia*. Ele representa um *equivalente funcional* específico, descoberto por meio de uma *transformação topológica*; é um tipo de *analogia funcional existencial*.

entrar em comunhão e que nos permita concordar, colocando-nos juntos sob um mesmo horizonte de inteligibilidade, sem que tal horizonte seja exclusivamente o nosso próprio⁴⁵.

Em resumo, uma teoria jurídica intercultural está necessariamente ancorada na tradição ocidental e, como pretende ser intercultural, é fundamental que reconheça a especificidade de seu *topos* e aprofunde a compreensão para permitir o seu enriquecimento por meio do cruzamento com discursos originados dos outros *topoi* culturais⁴⁶.

Sobre o *objeto* da aspirada teoria jurídica intercultural, Eberhard preleciona que, para compreender o direito como fenômeno jurídico, não podemos partir de qualquer definição *a priori* acerca dele, pois o direito de caráter estatal não é universal. Aquilo que cumpre funções semelhantes ao que chamamos de direito positivo é interpretado de formas diferentes em culturas distintas, e só pode ser compreendido se estiver situado nos contextos, nas visões de mundo e na lógica originais. Dessa forma, o autor propõe enriquecer a abordagem não-etnocêntrica de Alliot sobre o direito fazendo uso do método aplicado por Panikkar em seus estudos inter-religiosos e interculturais, o qual se baseia no diálogo dialógico e na hermenêutica diatópica. A metodologia de Panikkar – acrescenta – constitui um convite a enriquecer o esforço no sentido da construção de uma ciência não-etnocêntrica do direito por intermédio de uma abordagem intercultural e dialógica ainda mais radical. Isso o leva a propor uma distinção entre a ciência do direito (ou teoria jurídica) intercultural e não-etnocêntrica, como a defendida por Alliot (que é uma abertura da ciência jurídica ocidental à interculturalidade), e uma abordagem intercultural do direito. Embora a teoria e a abordagem interculturais sejam duas coisas diferentes, elas estão intimamente relacionadas, e os ensinamentos desta são fundamentais para aquela⁴⁷. A abordagem intercultural do direito é, nesse sentido, verdadeira *condição de possibilidade* para a teoria jurídica intercultural.

Assim, não acolhendo a apriorística universalização do direito de matriz ocidental moderna como a expressão magna e paradigmática da

45 VACHON, 1990, p. 166-168.

46 EBERHARD, 2002, p. 513.

47 EBERHARD, 2002, p. 505-506; 514. Explica Panikkar (apud EBERHARD, 2002, p. 507-508) que o *diálogo dialético* é aquele que se dá *sobre objetos*, que a língua inglesa curiosamente chama de “*subject-matters*”. O *diálogo dialógico*, por outro lado, é aquele que acontece *entre sujeitos*, visando a ser um diálogo *sobre sujeitos*.

experiência jurídica, Eberhard recusa a lógica da subtração resultante da comparação de outras culturas com o padrão ocidental e discorre que, na verdade, nesta perspectiva rejeitada, a nossa própria experiência jurídica seria considerada um parâmetro universal autossuficiente para compreender as construções jurídicas de outras culturas: as experiências que não fazem parte de nosso quadro de compreensão seriam subtraídas de nossa análise ou, pelo menos, interpretadas como formas inferiores àquela tida como “a verdadeira”. Conclui o autor que, se quisermos compreender o fenômeno jurídico em toda a sua complexidade, devemos estar conscientes de que ele se compõe de fatores distintos. Esses fatores não são apenas conceitualmente diferentes, mas são diferentes “como tais” e não podem portanto ser reduzidos a um único. Ao mesmo tempo, todos esses fatores são interdependentes, e somente se os entendermos em sua interação complementar poderemos nos aproximar de uma compreensão integral do fenômeno jurídico⁴⁸.

Mais uma vez no magistério de Robert Vachon, o estudo do pluralismo jurídico não é o simples estudo da pluralidade jurídica. A pluralidade está na ordem do *logos*, da razão, ao passo que o pluralismo está na ordem do *mythos*. Não se trata de fazer direito comparado, pois não há como comparar culturas jurídicas homeomórficas, à míngua de um modelo ou paradigma comum e quando as suas premissas são radical e substancialmente diferentes. Consiste, antes, em diálogo entre as culturas que diferem, o qual suscita muitas perguntas⁴⁹. Fazendo coro a Vachon, Eberhard exara que, ao reconhecermos o *mythos* como elemento importante e irredutível para as abordagens interculturais do direito, de certa forma deixamos um mundo familiar, o “universo”, e nos estabelecemos em um novo, o “pluriverso”⁵⁰.

Prosseguindo ao plano do *enfoque*, Eberhard assere que, à medida que o mundo se torna cada vez menor, parece que uma das tarefas mais importantes de nossa época é a de abordar a questão da interculturalidade no campo do direito, o que implica uma abertura ao diálogo intercultural genuíno, que permita entender e articular as diversas experiências jurídicas do(s) povo(s) do mundo. O primeiro passo para desenvolver uma ciência não-etnocêntrica do direito foi tentar emancipar a pesquisa da atitude de

48 EBERHARD, 2002, p. 495; 514.

49 VACHON, 1990, p. 171.

50 EBERHARD, 2002, p. 510.

“englobar o contrário”. Se nós temos direito, outras sociedades também deverão tê-lo. Não obstante, a referência sendo nossos próprios valores e concepções, os de outros serão implicitamente interpretados como hierarquicamente inferiores⁵¹.

Eberhard destaca que Alliot, em sua tentativa de propor as bases para uma ciência não-etnocêntrica do direito, enfatizou a necessidade metodológica fundamental de que, para compreendermos a forma e o conteúdo das instituições de outra sociedade, não as relacionemos às instituições de nossa própria sociedade, e sim ao universo da sociedade na qual estão sendo observadas. Mais além, Alliot insiste no fato de que este universo não é apenas o universo *visível* – pois o jurídico não é apenas o resultado das relações econômicas de uma sociedade nem uma simples expressão da política –, mas especialmente o universo *invisível* dessa sociedade, pelo qual ela dá sentido à sua vida e constrói seu relacionamento “com o mundo”. E o segundo é que dá coerência e sentido ao primeiro: o visível só poderá ser compreendido com referência no invisível, não apenas como um todo, mas também em suas manifestações específicas⁵².

Eberhard defende assim uma lógica de adição para propor modelos que auxiliem a abordar o fenômeno jurídico por meio do cruzamento de diferentes perspectivas culturais, podendo assim elucidar realidades não tratadas pelas abordagens monoculturais. Tal enfoque, intercultural e de adição, permite enriquecer a compreensão do direito nas sociedades ocidentais, bem como aprofundar o entendimento de como diferentes sociedades se reproduzem e lidam com seus conflitos. Uma abordagem verdadeiramente intercultural poderá, portanto, mostrar-se útil para uma comparação genuína e não-etnocêntrica entre diferentes tradições culturais⁵³.

Como Clifford Geertz faz questão de deixar claro, uma hermenêutica do pluralismo jurídico não significa a construção de algum “*esperanto milagroso*” no qual qualquer coisa que seja diferente, original, sobressalente ou estranha possa ser dita de uma maneira absoluta e neutra. O que isso implica é uma expansão das formas de discurso estabelecidas, diga-se, dos discursos de antropologia e de direito comparativo, para que possam comentar de maneira válida assuntos que lhes são normalmente estranhos,

51 EBERHARD, 2002, p. 491; 499.

52 EBERHARD, 2002, p. 501.

53 EBERHARD, 2002, p. 495-496.

quais sejam, a heterogeneidade cultural e a dissensão normativa. Os padrões para a aferição dessa validade devem ser os ocidentais – afinal, questiona o autor, de quem mais poderiam ser? –, mas não precisam ser tão constritivos que venham a excluir de seus parâmetros tudo aquilo que se passa no mundo, que não sejam os discursos sistematizados dos tribunais superiores federais ou etnografias tribais⁵⁴.

Esse esforço, “*semi-quixotesco*”, “*semi-sisífico*” (o impossível demora um pouco mais), para expressar coisas anômalas em palavras não demasiado anômalas – continua Geertz –, é particularmente esclarecedor no caso do pluralismo jurídico, porque não são somente os observadores das complexidades das sociedades não-ocidentais que se sentem inexoravelmente atraídos por ele; os próprios sujeitos dessas complexidades também sentem essa atração. Também eles oscilam irresolutamente entre tentar compreender seu mundo jurídico em termos – evangelizador-tradicional, revolucionário-radical, ou segundo os códigos do direito ocidental – que são demasiado absolutos para representá-lo realisticamente ou perder totalmente a esperança de compreendê-lo, a não ser oportunisticamente. As coisas não parecem ser assim tão mais claras para aqueles que são parte delas do que são para os que observam de fora. E aquilo que para uns é um desafio hermenêutico (o que é possível dizer sobre um discurso tão poliglota), para outros é um desafio prático (o que é possível dizer como *parte integrante* de tal discurso)⁵⁵.

Concluindo o exame do enfoque, merece ser ressaltado, de novo com Eberhard, que a abordagem intercultural e dialógica do direito não pode ser reduzida a uma teoria jurídica intercultural que ela possa vir a produzir. De fato, ela está situada no nível do *mythos*, de nossa *praxis*, e não no nível do *logos* das construções racionais. Dessa forma, constitui essencialmente uma atitude de abertura com relação ao Outro e um “método” que aponta para a importância de não reduzirmos nossos parceiros no diálogo a meros objetos e nosso encontro a mera reunião de teorias. Compartilhar o *mythos* é o convite apresentado por uma abordagem dialógica do direito, e dessa forma vai muito além de qualquer teoria jurídica, pois o encontro intercultural não deve ser enquadrado apenas em termos de direito⁵⁶.

54 GEERTZ, 1997, p. 340-341.

55 GEERTZ, 1997, p. 341-342.

56 EBERHARD, 2002, p. 512.

Por derradeiro, e agora no aspecto da *finalidade*, Eberhard sustenta que o objetivo de uma teoria intercultural do direito é reproduzir as experiências de outras culturas em conceitos que possam ser compreendidos e tratados em nossa própria, enriquecendo assim nossa percepção do fenômeno jurídico. Segundo o autor, a iniciativa de Le Roy parece ir nessa direção e sua teoria do “multijuridismo” constitui uma contribuição valiosa. Ela permite, por um lado, que um encontro “jurídico” intercultural avance de uma lógica de subtração e exclusão para uma lógica de adição. Por outro lado, destaca a complexidade do fenômeno jurídico nos contextos ocidentais, ao nos tornar cientes das diferentes lógicas “legais” que coexistem em nossas sociedades e conformam o jurídico por intermédio de sua interação. Impende consignar que, conforme Eberhard, a “interculturalidade abstrata” não existe: o diálogo intercultural só pode acontecer em contextos concretos, com referência a interesses específicos⁵⁷.

De todo o exposto, percebe-se claramente a afinidade existente entre o objeto, o enfoque e a finalidade da teoria jurídica intercultural delineada por Christoph Eberhard e os tópicos tratados na seção precedente, isto é, o tema do pluralismo jurídico e o conceito de juridicidade esposado por Étienne Le Roy. Com efeito, as temáticas em tela se interpenetram profundamente com os elementos constitutivos do campo analítico daquela proposta teórica.

Desse modo, o conceito de juridicidade, ao advogar uma abrangência dos fenômenos de regulação jurídica maior que a correspondente à do direito positivo estatal, cobre a amplitude e a complexidade que Eberhard pretende ver reconhecidas ao fenômeno jurídico, situado no nível do objeto da teoria jurídica intercultural, podendo ambas as noções ser tomadas como veros e inquestionáveis sinônimos para o fim de propiciar uma análise descentrada do padrão jurídico ocidental moderno e, conseqüentemente, pautada na lógica da adição ao invés de na lógica da subtração.

Em acréscimo, o tema do pluralismo jurídico e a necessidade de uma correta maneira de compreendê-lo, através de um diálogo intercultural balizado pela hermenêutica dialógica e diatópica, perpassam nitidamente tanto o enfoque quanto a finalidade da aspirada teoria jurídica intercultural.

Eis, portanto, o horizonte concreto e útil da teoria jurídica intercultural propugnada por Christoph Eberhard, a qual põe em evidência que o mun-

57 EBERHARD, 2002, p. 513-514; 522.

do jurídico moderno, com sua resposta de ordem legal, é apenas uma possibilidade e que a urgência de enriquecê-lo com outras cosmovisões se faz sentir cada vez mais. O desafio que enfrentamos, de acordo com o autor, é o da constituição de uma teoria jurídica intercultural e, mais ainda, de abordagens interculturais do direito, visto que, de fato, nossa capacidade de viver juntos, em paz, vai além da questão do direito ou do mero *logos*⁵⁸.

5. Conclusões

À guisa de encerramento, e tendo em conta que os raciocínios foram detalhadamente desenvolvidos no curso do artigo, registram-se aqui, sucintamente, apenas as principais conclusões a que chegamos:

1) A antropologia, no contexto de sua emergência, viu-se marcada por inequívoca visão etnocêntrica e voltada a subsidiar teoricamente, e assim legitimar ideologicamente, as pretensões expansionistas e imperialistas europeias. Seu campo de análise e pesquisa originário era constituído por três elementos: a) a limitação do *objeto* ao estudo das “sociedades primitivas” (sociedades sem Estado); b) o *enfoque* evolucionista, baseado no pressuposto etnocêntrico da superioridade da sociedade ocidental sobre as demais; e c) a *finalidade* voltada à “gestão de populações”.

2) Após o processo de evolução científica e depuração crítica verificado no decorrer do século XX, o saber antropológico *tout court* passou por verdadeira transformação paradigmática e adquiriu a feição de arsenal teórico-científico voltado à compreensão da multiculturalidade, respeitador das características identitárias peculiares dos agrupamentos humanos estudados e refratário à tendência de universalização e projeção, na direção deles, das categorias ocidentais modernas.

3) No campo de análise e pesquisa específico da antropologia jurídica, via de consequência, aferiu-se igual rearranjo paradigmático, que põs em relevo a necessidade de identificar, interpretar e explicar os fenômenos de regulação jurídica distintos e desassemelhados do direito positivo estatal, com realce para perspectivas que não buscassem uma artificial leitura dessas realidades pelas lentes da tradicional ciência jurídica de matriz ocidental. Nesse contexto, a temática do pluralismo

58 EBERHARD, 2002, p. 524.

jurídico restou alçada à condição de paradigma central da abordagem antropológica do fenômeno jurídico.

4) O pluralismo jurídico comporta uma série de análises distintas e inclusive descoincidentes entre si, orientadas por referenciais teóricos e metodológicos os mais variados. O enfoque pluralista rejeita a suposta superioridade do direito ocidental em relação aos fenômenos jurídico-regulatórios presentes nas demais sociedades.

5) O direito positivo representa apenas um *folk system* que, como conjunto de normas sancionadas pelo Estado, expressa uma forma de experiência, inerente ao contexto histórico e social do Ocidente moderno, não devendo, por isso, ser generalizado como universal. O direito, de acordo com Étienne Le Roy, é uma manifestação particular da juridicidade, fenômeno mais abrangente de regulação social, caracterizável como jurídico em virtude de seu caráter obrigatório e, portanto, sancionável.

6) Uma teoria jurídica intercultural, tal como a proposta por Eberhard, está necessariamente ancorada na tradição ocidental e, como pretende ser intercultural, é fundamental que reconheça a especificidade de seu *topos* e aprofunde a compreensão para permitir o seu enriquecimento por meio do cruzamento com discursos originados dos outros *topoi* culturais.

7) Percebe-se clara afinidade do *objeto*, do *enfoque* e da *finalidade* da teoria jurídica intercultural delineada por Eberhard com o tema do pluralismo jurídico e o conceito de juridicidade esposado por Le Roy, havendo profunda interpenetração das temáticas em tela com os elementos constitutivos do campo analítico daquela proposta teórica.

Referências

- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução de Sérgio Bath. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BERGER, Mirela. *A teoria funcional em antropologia: análise comparativa dos conceitos de estrutura e função nas obras de Bronislaw Malinowski e Radcliffe-Brown*. Disponível em: <http://www.mirelaberger.com.br/mirela/download/teoria_funcional.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2015.
- BOHANNAN, Paul. A categoria *injô* na sociedade Tiv. In: DAVIS, Shelton H. (Org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Tradução de Neide Esterci e Lygia Sigaud. Rio de

Janeiro: Zahar, 1974. p. 57-69.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

_____. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

DAVIS, Shelton H.. Introdução. In: _____ (Org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Tradução de Neide Esterici e Lygia Sigaud. Rio de Janeiro: Zahar, 1974. p. 9-24.

DURHAM, Eunice Ribeiro. Malinowski: uma nova visão da antropologia. In: _____. *A dinâmica da cultura: ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2004. Cap. 5. p. 203-217.

EBERHARD, Christoph. Para uma teoria jurídica intercultural: o desafio dialógico. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 3, n. 2, p. 489-530, jul./dez. 2002.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Tradução de Vera Mello Joscelyne. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GLUCKMAN, Max. Obrigação e dívida. In: DAVIS, Shelton H. (Org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Tradução de Neide Esterici e Lygia Sigaud. Rio de Janeiro: Zahar, 1974. p. 25-56.

KELLY, John M.. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KROTZ, Esteban. Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica. In: _____ (Ed.). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2002. p. 13-49.

LAPLANTINE, François. *Aprender antropologia*. Tradução de Marie-Agnès Chauvel. São Paulo: Brasiliense, 2007.

LE ROY, Étienne. O lugar da juridicidade na mediação. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez. 2012.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia estrutural*. Tradução de Beatriz Peronne-Moisés. São Paulo: Cosac Naify, 2008.

MAINE, Henry James Sumner. *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. 4. ed. americana da 10. ed. inglesa. New York: Henry Holt and Company, 1906.

- MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Tradução de Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.
- QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. A antropologia: uma chave para a compreensão do homem. In: LAPLANTINE, François. *Aprender antropologia*. Tradução de Marie-Agnès Chauvel. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 9-11 (prefácio).
- RADCLIFFE-BROWN, Alfred R.. *Estrutura e função na sociedade primitiva*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Petrópolis: Vozes, 1973.
- ROULAND, Norbert. *Anthropologie juridique*. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1988.
- _____. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002 (Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. v. 1).
- VACHON, Robert. L'étude du pluralisme juridique: une approche diatopique et dialogale. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 29, p. 163-173, 1990.
- VANDERLINDEN, Jacques. Return to legal pluralism: twenty years later. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 28, p. 149-157, 1989.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A constituição do campo de análise e pesquisa da antropologia jurídica. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 6, p. 333-349, 2007.
- _____. Tendências da análise antropológica do direito: algumas questões a partir da perspectiva francófona. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 321-328, jan./jun. 2010.
- _____. *Ancient Law: um clássico revisitado 150 anos depois*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, p. 527-561, 2011/2012.
- _____. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica como obstáculo epistemológico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 281-325, jan./dez. 2014.
- _____. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 159-195, jul./dez. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

Recebido em 02 de maio de 2016.

Aprovado em 28 de março de 2018.

Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2018
no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado)
em Teoria do Estado e Direito Constitucional do
Departamento de Direito da PUC-Rio

Aluna: Mariana Silveira Sacramento (**Mestrado**)

Título: O dono da história: análise da ADI 4815 à luz dos direitos existenciais dos biografados

Data da Defesa: 16/03/2018

Banca: Maria Celina Bodin de Mores (Orientadora), Anderson Schreiber, Pedro Marcos Nunes Barbosa e Thamís .

Resumo: O Supremo Tribunal Federal decidiu, na ADI nº 4815, que a publicação de biografias poderia ocorrer independentemente da autorização das pessoas retratadas, sob a alegação de que o direito à liberdade de expressão teria uma posição preferencial face aos direitos existenciais em risco, tais como a honra, a imagem e a privacidade, mesmo reconhecendo a existência e importância de tais direitos que, para o STF, só poderiam ser reclamados, via responsabilidade civil, depois da publicação. No entanto, como se demonstrará, a cláusula geral de tutela da pessoa humana, que engloba os direitos existenciais mencionados, e se externa a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, não pode estar em posição inferior ao direito à liberdade de expressão, principalmente em razão de o princípio ter sido considerado, pelo constituinte de 1988, como um dos fundamentos da República. Deste modo, os direitos existenciais devem ser observados em compatibilidade com a relevância que o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa na Constituição da República. Em consequência, ao biografado deve ser dada a possibilidade e a oportunidade de preservar seus direitos subjetivos existenciais, em especial as informações de caráter íntimo que, se reveladas, causarão constrangimento e eventual discriminação. Desta forma, o direito à privacidade como autodeterminação informativa permite que o biografado deva ter o controle sobre as informações que estão sendo recolhidas e que serão disponibilizadas aos leitores e esse controle só será possível se biografado for comunicado previamente a publicação da história de sua vida. Assim ele poderá acessar o Poder Judiciário e evitar que uma ameaça de lesão se torne uma efetiva lesão à sua dignidade.

Aluna: Clarissa Ribeiro Vicente (**Mestrado**)

Título: Do individualismo à individuação: um olhar não patriarcal sobre a constituição do sujeito em Winnicott

Data da Defesa: 02/04/2018

Banca: Carlos Alberto Plastino (Orientador), Bethânia de Albuquerque Assy e Nahman Armony.

Resumo: O presente trabalho enquadra-se na linha de pesquisa “Teoria do Direito, Ética e Construção da Subjetividade” e tem por objetivo refletir acerca de uma abordagem não patriarcal da construção da subjetividade a partir da obra do psicanalista inglês Donald W. Winnicott. Para tanto, aponta-se a perspectiva patriarcal da constituição do sujeito que estaria presente no trabalho teórico de Freud, apesar de suas descobertas não patriarcalis na experiência clínica psicanalítica, e as modificações matriciais que a teoria do desenvolvimento emocional primitivo winnicottiana trouxe. Mobiliza-se o conceito de patriarcado de Maturana e de Verden-Zoller como um espaço psíquico no qual o conflito, as hierarquias, a dominação da natureza e a regulação do humano antissocial são valorizados. De modo diverso, o espaço psíquico matricial valoriza a harmonia, a empatia, a colaboração e a alteridade, encontrando-se na relação materno-infantil. Desenvolve-se o objetivo proposto a partir da diferença na relação indivíduo/sociedade na obra de Freud e na de Winnicott, o que se reflete no modo diverso como percebem a ambivalência, a agressividade, o sentimento de culpa, a formação do superego, a ética e a relação do sujeito com objetos externos. Por fim, propõe-se o conceito winnicottiano de democracia enquanto um conjunto de subjetividades maduras como uma forma de levar o viver matrístico da relação materno-infantil para a vida adulta e para vínculos mais amplos (família, escola e sociedade).

Aluno: Reinaldo Silva Cintra (**Mestrado**)

Título: A Ponte redescoberta: Conciliação, longa duração e tradição na Formação Política brasileira

Data da Defesa: 05/04/2018

Orientador: Adriano Pilatti (Orientador), Gisele Guimarães Cittadino e Renato de Andrade Lessa.

Resumo: A história política brasileira é marcada pela reiteração da figura da conciliação como ferramenta da ação e do pensamento políticos, apon-tando para a existência de importantes linhas de continuidade, subjacentes a tal conceito, as quais somente podem ser corretamente desveladas a partir de uma perspectiva de longa duração. Entretanto, a definição exata do que seja conciliação no Brasil ainda parece envolta em dúvidas e mistificações, transitando entre significados de natureza cultural, relacionados à composição social brasileira; de natureza psicológica, ligados a um suposto caráter nacional do brasileiro; de natureza ideológica, seja com relação à luta de classes ou à identidade nacional; até significados efetivamente político-econômicos, ligados à necessidade de integração da ordem política, à estratificação da sociedade e à divisão de poder entre suas diferentes classes. A presente pesquisa se propõe a, primeiramente, buscar uma conceitualização eminentemente política da conciliação, a partir do debate com as diversas aproximações teóricas existentes. A partir daí, através da análise bibliográfica de autores que efetivamente interpretaram a conciliação como um operador político, busca-se identificar quais os macroprocessos políticos revelados por tal ferramenta analítica, e quais os potenciais e limitações que revelam para a democratização social e política brasileira.

Aluna: Marcela de Azevedo Limeira (**Mestrado**)

Título: Liberdade de consciência religiosa e direito à não discriminação LGBT: uma análise de direitos em conflito

Data da Defesa: 05/04/2018

Banca: Florian Fabian Hoffmann (Orientador), Fabio Carvalho Leite, Iliê Antonio Pele, Jane Reis Gonçalves Pereira.

Resumo: Existe um conflito de direitos entre homossexuais e indivíduos que seguem religiões que pregam que a homossexualidade é contrária às leis divinas e que o casamento é uma união sagrada entre um homem e uma mulher. Esse conflito foi potencializado a partir da legalização do casamento homoafetivo. Por um lado, indivíduos homossexuais têm o direito à igualdade, o que significa que não devem ser discriminados por causa de sua orientação sexual; por outro lado, indivíduos religiosos têm a liberdade de crer em determinada religião e adotar condutas que estejam de acordo com suas crenças. Dentre as situações que podem gerar conflito, três são analisadas neste trabalho: a recusa de um indivíduo religioso a celebrar ou contribuir para uma cerimônia de casamento homoafetivo, com base na perspectiva religiosa sobre o conceito de casamento; a recusa por parte de um psicólogo a atender um paciente homossexual ou casal homoafetivo, sob o fundamento de que suas crenças religiosas o impedem de manifestar aprovação em relação à homossexualidade ou auxiliar uma união homoafetiva durante o atendimento; a recusa religiosamente motivada a fornecer produtos que manifestam apoio ao casamento homoafetivo ou alguma causa LGBT. Além do estudo de doutrina estrangeira sobre o tema, são examinadas dez decisões judiciais referentes a casos concretos ocorridos nos Estados Unidos, Reino Unido e Canadá, com o objetivo de auxiliar na elucidação de parâmetros claros para a melhor resolução da controvérsia em questão, ante a razoável expectativa de que, em breve, conflitos semelhantes surgirão no Brasil.

Aluna: Daniela Marques de C. de Oliveira (**Mestrado**)

Título: Reflexões sobre a “ecologização” do sistema jurídico à luz da epistemologia da complexidade

Data da Defesa: 06/04/2018

Banca: Danielle de Andrade Moreira (Orientadora), Rosangela Lunardelli, Ronaldo do Livramento Coutinho

Resumo: Pretende-se propor um paradigma ecológico alternativo ao paradigma da modernidade que, estruturado sob uma racionalidade instrumental, produziu um conhecimento mecanicista e fragmentado, a partir de

um pensamento disjuntor e reducionista, baseado na concepção da natureza como ser inanimado e pronto para a dominação do homem. Tal visão de mundo, validada pela ciência, legitimou o uso insustentável dos recursos naturais e a ideia mitológica de progresso ilimitado, responsáveis pela deflagração, no século XX, de grave crise ambiental, que produziu sérias injustiças socioambientais entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, bem como no próprio âmbito interno das nações. Embora tenha sido atribuído ao meio ambiente uma perspectiva integrada da relação homem-natureza, com a conscientização ambiental iniciada na década de 1970 e consolidada com a constitucionalização brasileira do Direito Ambiental, ocorrida em 1988 – que abraçou um olhar antropocêntrico alargado –, a estrutura jurídica como um todo ainda se revela fundamentalmente arraigada na doutrina positivista, amparada no pensamento simplificador, possuindo como fundamentos a certeza, a previsibilidade, a segurança e a ordem. Sucede que o Direito Ambiental se baseia em aspectos como incerteza, imprevisibilidade, insegurança e desordem e, por isso, não consegue dialogar com o sistema jurídico em si, que valoriza aspectos opostos àqueles concernentes ao meio ambiente e à sua tutela. Além de promover a baixa efetividade do Direito Ambiental, a disparidade mencionada induz e legitima movimentos de retrocesso ambiental, haja vista que a legislação ambiental, embora contenha em si elementos finalísticos de tutela ao meio ambiente, é de difícil implementação na prática, caracterizando, assim, a função simbólica do direito ambiental. É preciso, pois, romper com o paradigma moderno em favor do paradigma da complexidade, “ecologizando” todo o sistema jurídico, de modo a transformar a racionalidade dominante em uma racionalidade ambiental, por meio da inserção de regras, princípios e valores que modifiquem as mentalidades e ideologias das instituições, governos, estabelecimentos de ensino e paradigmas de conhecimento, com o intuito de construir um futuro sustentável, equitativo, plural e democrático.

Aluno: Bernardo Carvalho de Mello (Mestrado)

Título: Princípio *nemo tenetur se detegere*: vedação a autoincriminação e direito ao silêncio na ordem processual penal constitucional

Data da Defesa: 09/04/2018

Banca: João Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador), Pedro Cláudio Cunca Brando Bocayuva Cunha, Victoria Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki.

Resumo: O princípio *nemo tenetur se detegere*, em seu duplo aspecto vedação à autoincriminação e direito ao silêncio, é uma conquista civilizatória das sociedades democráticas. A importância do princípio, muitas vezes não explicitada nas discussões sobre a constitucionalidade dos institutos e leis, é de tamanha monta que, conjuntamente com o princípio da presunção de inocência, forma a base axiológica de todo o sistema processual penal democrático. Contudo, o poder Estatal, diante do apelo popular e em resposta aos altos índices de criminalidade e episódios notórios de corrupção no Brasil tem, nos últimos tempos, a partir de uma continuidade cronológica de legislações, relativizado ou erodido os sustentáculos do princípio *nemo tenetur se detegere*. Tal postura Estatal consubstancia o que na criminologia se denomina de “direito penal do inimigo”, que servirá de substrato teórico para explicar o porquê do fenômeno de hipercriminalização e recrudescimento Estatal. A pesquisa visa, portanto, reafirmar o valor do *nemo tenetur se detegere*, acentuando os casos em que está a sofrer ataques e oferecer, a partir de pesquisa doutrinária e da análise jurisprudencial nacional e estrangeira, possíveis salvaguardas ao princípio com vistas a garantir que o processo penal brasileiro continue a respeitar os direitos individuais inerentes a uma ordem constitucional de fato e não meramente de direito.

Aluna: Luana Couto Campos (Mestrado)

Título: Margens: entre o Humano e o Animal

Data da Defesa: 09/04/2018

Banca: Florian Fabian Hoffmann (Orientador), Bethânia de Albuquerque Assy, Roberto Vilchez Yamato, Rafael Haddock Lobo

Resumo: Essa pesquisa aborda a produção dos espaços do Humano e do Animal. O objetivo é percebê-los como zonas de regulação e distribuição de corpos, operadas, especialmente, a partir da noção de sujeito. No primeiro capítulo, busca-se pela desnaturalização desses espaços desde uma refle-

xão acerca de suas referências mais incorpóreas. Questiona-se os discursos que operam por meio da oposição entre ambos, recorrendo-se, para isso, a uma dimensão biológica fechada em si mesma, à qual se comunica uma subjetividade consciente. O segundo capítulo fará uma retomada dessas questões, ampliando-as através de uma abordagem sobre o corpóreo; uma vez delineado por diferentes modos de afecção (corpóreos e incorpóreos), reputa-se o corpo a um terreno de inconstância e transitoriedade. Toda essa reflexão é conduzida pelo referencial filosófico de Jacques Derrida, sobretudo em razão da filosofia da diferença que seu pensamento anuncia. Em Derrida, a diferença é notada como um movimento e não um atributo em si. Nesse ponto, os debates da ética animal e do direito dos animais são confrontados, porquanto perpetuam subjetividades que remontam à identidade biológica do Humano. Por fim, o terceiro capítulo apresenta um deslocamento à oposição Humano-Animal a partir da noção de máquina, de uma subjetividade maquínica atravessada, tanto pela constituição de esferas homogeneizadas entre si – o Humano e o Animal, quanto pela sua desestabilização, o que é possibilitado pela hibridização solicitada em meio a fluxos de diferença. É quando se dá a passagem de uma análise de cunho mais epistemológico, para outro com uma feição mais política

Aluna: Isabella Zalcborg Frajhof (**Mestrado**)

Título: O “Direito ao Esquecimento” na internet: conceito, aplicação e controvérsias

Data da Defesa: 12/04/2018

Banca: Fabio Carvalho Leite (Orientador), Caitlin Sampaio Mulholland e Sergio Vieira Branco Júnior.

Resumo: O “direito ao esquecimento” não é algo que surge com o advento da internet. No entanto, o crescente número de usuários que acessam a rede, além do desenvolvimento de novas tecnologias, potencializaram a disseminação do seu conceito. Alguns fatos chamaram a atenção para este tema, especialmente a nova regulamentação de proteção de dados pessoais da União Europeia, e o caso Google Spain e Inc. vs. AEPD e Mario Costeja González, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que

representou uma mudança na interpretação da extensão da responsabilidade dos provedores de pesquisa da internet. Diante das diversas controvérsias que surgem com o tema, principalmente a partir da decisão do TJUE, o presente trabalho enfrentará os desafios do “direito ao esquecimento”, desde a origem do seu conceito até a sua aplicação no contexto da internet, problematizando o que de fato consiste ser este direito, os fundamentos que os justificam e as obrigações que dele decorrem. Ainda, vão ser analisados casos sobre o “direito ao esquecimento” que foram julgados na Argentina, Colômbia e Peru, tendo como intuito identificar como que a questão está sendo apreciada no âmbito da América Latina. Serão investigadas as jurisprudências do STJ, STF e de seis Tribunais de Justiça Estaduais (TJRJ, TJSP, TJDFT, TJPR, TJPB, TJAM) sobre o assunto, além dos projetos de lei nacionais que tentam regulamentar o “direito ao esquecimento”, para que se possa colocar em perspectiva o atual cenário brasileiro sobre o tema. Ao final, será explorada a seguinte hipótese: será que é necessário invocar a existência de um “direito ao esquecimento” no Brasil, ou já é possível tutelar as pretensões que se utilizam de tal rótulo com direitos já previstos pelo ordenamento jurídico?

Aluna: Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (**Doutorado**)

Título: A lei e o cuidado na constituição do sujeito e do laço social

Data da Defesa: 13/04/2017

Banca: Carlos Alberto Plastino (Orientador), Gisele Guimarães Cittadino e Marisa Schargel Maia.

Resumo: O presente trabalho integra a linha de pesquisa Teoria do Direito, Ética e Construção da Subjetividade e pretende desenvolver a relação subjetividade e laço social nas instituições família e escola a partir de um recorte da teoria psicanalítica. O objetivo é analisar, através de Freud e Winnicott, as diferentes concepções antropológicas e de constituição da subjetividade construídas por esses autores e delinear as possibilidades de laço social, ou seja, de se conectar e de empatizar com o outro, e as possíveis consequências éticas ao se adotar uma ou outra concepção. O que se busca como pano de fundo é colocar em evidência a mudança de paradig-

ma entre os pensamentos de Freud e Winnicott, alternando a perspectiva de análise centralizada na concepção de sujeito pulsional individual, de Freud, para o aspecto relacional do ambiente e das instituições constituidoras de subjetividades, de Winnicott. Os delineamentos deste trabalho se fundamentam em quatro problematizações: (i) a concepção de sujeito em Freud conduz à necessidade de uma autoridade interna, o superego, e externa, o Estado, para controlar as pulsões, evidenciando, assim, a ética da lei; (ii) a concepção de sujeito em Winnicott parte de uma concepção relacional do sujeito, enfatizando o papel do ambiente neste processo e circunscrevendo a ética do cuidado; (iii) o laço social parte da indissociabilidade entre a subjetividade e o social, percebendo-os como fenômenos interligados e reconhecendo que, por um lado, o ambiente social age e produz subjetividades e, por outro, as premissas utilizadas na concepção do sujeito influenciam diretamente as instituições e a forma de interação e de reciprocidade dos sujeitos entre si e (iv) as instituições socializadoras, como a escola e a família, ao assumirem uma postura baseada na ética do cuidado, acolhem as singularidades, permitem que o laço social se efetive e que o sujeito emergja. A fim de ilustrar esta temática com contornos práticos, serão utilizados dois casos do livro "A ralé brasileira" de Jessé Souza que fazem refletir sobre a construção de subjetividades a partir das instituições familiar e escolar.

Aluna: Maria Milagro de Jesus A. Garcia (**Mestrado**)

Título: Honduras: Transição política, justiça de transição e memória do passado traumático, em relação ao período 1980-1993.

Data da Defesa: 16/04/2018

Banca: José María Gómez (Orientador), Bethânia de Albuquerque Assy, Pedro Cláudio Cunha Brando Cunha.

Resumo: Coetânea às transições do Cone Sul, a transição política para a democracia em Honduras iniciou no ano 1980 com um conjunto de características singulares e atípicas que a distinguem do resto das transições do continente Latino-americano, visto que coincidiu com o período mais forte de violação dos direitos humanos, incluindo desaparecimentos força-

dos, assassinatos e repressão política de mais de uma centena de cidadãos pertencentes aos movimentos sociais de esquerda e de oposição política. Diante desses acontecimentos, a pergunta que subjaz é: como entender a relação entre os estudos e preceitos teóricos mais minimalistas da transição democrática e essa lacerante contradição histórica ocorrida em Honduras? Em razão desses questionamentos e dos fatos acontecidos durante a transição hondurenha, sob intensas lutas sociais, o dia 30 de agosto de cada ano é oficialmente reconhecido como o Dia Nacional dos Detidos-Desaparecidos, em que centenas de pessoas se reúnem para exigir ao Estado que forneça os espaços pertinentes para reconhecer que em Honduras houve desaparecidos, assassinados e torturados. Diante desses aspetos e características singulares, decorre a necessidade e o grande desafio de desenvolver a presente pesquisa referente à evolução da transição democrática e da memória em Honduras, relacionada ao passado traumático do período 1980-1993, visto que após mais de duas décadas da passagem das ditaduras militares e golpes de Estado para a transição democrática, preservem-se requisitos delatórios em sua estrutura atual, social e institucional.

Aluno: Eduardo José Guedes Magrani (**Doutorado**)

Título: A Internet das Coisas: Privacidade e Ética na Era da Hiperconectividade

Data da Defesa: 17/04/2018

Banca: Caitlin Sampaio Mulholland (Orientadora), Carlos Affonso Pereira de Souza, Danilo Cesar Maganhoto Doneda, Gisele Guimaraes Cittadino e Sergio Vieira Branco Júnior.

Resumo: A interação contínua entre dispositivos inteligentes, sensores e pessoas aponta para o número crescente de dados que estão sendo produzidos, armazenados e processados, alterando, sob diversos aspectos e de forma crescente, nosso cotidiano. Por um lado, o contexto de hiperconectividade pode trazer benefícios econômicos ao Estado, a empresas, bem como comodidade aos consumidores. Por outro, a crescente conectividade traz desafios significativos nas esferas de proteção da privacidade e à ética contemporânea, impactando, em última instância, a própria democracia.

Este trabalho aborda, principalmente sob o ponto de vista regulatório, alguns destes desafios enfrentados pelo atual Estado de direito decorrentes do avanço do cenário denominado de Internet das Coisas.

Aluno: Andreu Wilson Pereira Leandro (**Mestrado**)

Título: Uma análise dos Efeitos Socioeconômicos do Regime de Recuperação Fiscal no Estado do Rio de Janeiro.

Data da Defesa: 20/04/2018

Banca: Ilié Antonio Pele (Orientador), Adriano Pilatti, Florian Fabian Hoffman e Ricardo Nery Falbo.

Resumo: A presente dissertação de mestrado tem como proposta analisar o fenômeno da desigualdade social, sobretudo aquela que aflige os grupos mais vulneráveis da nossa sociedade, problemas este tradicionalmente caracterizado como um fato social e transmutar tal aporia numa questão jurídica.

Para tanto, utiliza-se do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e de sua previsão que veda a discriminação na fruição dos direitos objetos do referido pacto. Como efeito, a discriminação no desfrute desses direitos, mesmo que involuntária, é uma infração ao dever de não discriminação, dever este que é de aplicabilidade imediata e não sujeito a considerações de ordem orçamentária.

Posteriormente, é analisado o caráter neoliberal do Regime de Recuperação Fiscal ao qual aderiu o Estado do Rio de Janeiro, sendo pontuadas as repercussões deste regime excepcionalíssimo para o proveito dos direitos socioeconômicos e culturais numa situação de recrudescimento do conflito pelo dispêndio público.

Após, abordam-se exemplos de políticas implementadas de modo geral a assegurar a fruição dos direitos socioeconômicos e culturais, bem como de políticas para verificar se as políticas implementadas pelo Estado são ou não discriminatórias.

Por fim, é apresentada tanto uma sugestão de estrutura de verificação das políticas a serem implementadas em âmbito estadual quanto enumeradas iniciativas inovadoras em âmbito internacional que combinam baixo custo orçamentário para sua implementação e alto impacto sobre o público-alvo dos programas.

Aluna: Isabel Horowicz Kallmann (**Mestrado**)

Título: O Financiamento do Sistema Único de Saúde: um estudo crítico.

Data da Defesa: 24/04/2018

Banca: Florian Fabian Hoffman (Orientador), Elida Graziane Pinto, Letícia de Campos Velho Martel, José Ribas Vieira e Nádia de Araújo.

Resumo: O presente estudo parte da insistente indagação sobre os motivos da falência das redes públicas brasileiras de atenção à saúde. Apesar de instituído na Constituição da República de 1988 como um sistema público de saúde que se pretende de cobertura integral e acesso universal, o Sistema Único de Saúde (SUS), na prática, não avançou neste sentido. Pelo contrário, são enormes as desigualdades em saúde no Brasil. O objetivo deste estudo é demonstrar que uma das principais chaves para a superação desta adversidade se encontra na forma como as ações e serviços públicos de saúde no Brasil são financiadas. Afirma-se que o atual modelo de financiamento do SUS apresenta ineficiências e promove iniquidade. No primeiro capítulo são apresentados os aspectos do direito à saúde sob a ótica global, buscando traçar um panorama dos conceitos e tendências desta área do conhecimento. O segundo capítulo discute o conflito entre a infinidade das demandas de saúde e a escassez de recursos para supri-las, procurando destacar a importância do equilíbrio entre as dimensões da equidade e da eficiência durante o exercício da tarefa de alocação de recursos sanitários. O terceiro e o quarto capítulos tratam propriamente do financiamento do SUS. O terceiro capítulo se ocupa com o padrão dos gastos públicos, tornando evidente que os governos brasileiros historicamente se imiscuem da responsabilidade de promover o financiamento adequado das ações e serviços públicos de saúde. O quarto e último capítulo aborda um outro

aspecto problemático do financiamento do SUS, qual seja, a ausência de um pacto interfederativo que promova a colaboração mútua entre os entes federativos, situação que prejudica a harmonia do sistema.

Aluna: Daniella Fernandes Ferrari (**Mestrado**)

Título: Solidariedade em crise: uma reconstrução normativa à luz da alteridade e do paradigma do refugiado

Data da Defesa: 25/04/2018

Banca: Florian Fabian Hoffmann (Orientador), Bethânia de Albuquerque Assy, Márcia Nina Bernardes e Roberto Vilchez Yamato.

Resumo: A solidariedade enquanto um sentimento de união que se traduz em ações de cooperação social surge como um dos imperativos do século XXI, especialmente enquanto uma demanda atrelada ao caso dos refugiados. Na crise humanitária de migração em curso, apreendida no contexto global mais abrangente de ascensão da intolerância e do discurso anti-imigratório, aludiu-se a uma crise de solidariedade. Entendendo que a própria solidariedade está em crise, a presente pesquisa pretende explorar os contornos da solidariedade humana utilizando o arquétipo do refugiado como paradigmático, sobretudo em virtude do privilégio epistêmico que este representa enquanto contato necessário com a alteridade que se apresenta de maneira inadiável. Argumenta-se pelo resgate normativo da solidariedade através da alteridade, em lugar da semelhança, sendo tal consideração imprescindível para o revigoração do conceito em questão. Para tal, será apresentado um panorama geral sobre a solidariedade, em conexão com a figura do refugiado e a crise atual. Em seguida, se fará a exposição de algumas teses contemporâneas de solidariedade humana com base nas formulações de Judith Butler, explorando conceitos chaves como precariedade, luto e coabitação.

Aluna: Maria Luiza Brandão Moritz Atem (**Mestrado**)

Título: Os atos administrativos e o instituto da extradição à luz do caso Cesare Battisti

Data da Defesa: 09/05/2018

Banca: Florian Fabian Hoffmann (Orientador), Bethânia de Albuquerque Assy, Márcia Nina Bernardes e Roberto Vilchez Yamato.

Resumo: O caso Cesare Battisti ficou amplamente conhecido dentro e fora da esfera jurídica, tornando-se um caso de grande interesse público. Dentro do meio jurídico o caso despertou diversas questões, tais como a concessão de refúgio para criminosos condenados, a possibilidade de cassação da condição de refugiado e possibilidade de negativa do Chefe do Executivo de efetivar a extradição como uma decisão política e uma questão de soberania nacional. Ainda, o presente caso permanece suscitando questões, tendo o Supremo Tribunal Federal sido novamente provocado a se manifestar sobre a prescrição e a decadência do ato administrativo que negou a entrega de Cesare Battisti para as autoridades italianas e sobre a possibilidade de sua expulsão e deportação. A presente pesquisa pretende, com base em estudos doutrinários e na análise do caso de Cesare Battisti e dos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre extradição, estudar a possibilidade de revogação do ato administrativo do Chefe do Executivo que decidiu pela não entrega de Cesare Battisti ao Estado Italiano.

Resumos/*Abstracts*

Galindo, Bruno César Machado Torres. Teoria intercultural da constituição: contribuições para uma teoria e uma metodologia de análise da justiça de transição.

Resumo: O presente trabalho debate as possibilidades de análise do fenômeno da justiça de transição a partir da proposta de fundamentos metodológicos e teóricos consistentes. Considerando que tal temática, como muitas outras no âmbito jurídico, por vezes deixa-se levar pelo passionismo político, faz-se necessária a construção de um razoável rigor metodológico no tratamento temático para que os trabalhos a respeito possam ser efetivamente científicos. Com esse intento, o artigo propõe em linhas preliminares uma metodologia constitucional intercultural de análise da justiça de transição a partir da denominada “teoria intercultural da constituição” e de seus princípios fundamentais, criticismo, abertura, pluralismo, universalismo, particularismo e contextualismo, procurando compreender as relações entre o constitucionalismo e a justiça de transição. Também vislumbra, ao final, um esboço da potencialidade dessa perspectiva metodológica em relação a algumas experiências concretas de justiça de transição, no caso, as alemãs (pós-nazismo e pós-reunificação), a sul-africana, a argentina, a chilena e a brasileira.

Palavras-chave: justiça de transição, constitucionalismo, teoria intercultural, metodologia constitucional.

Intercultural constitutional theory: contributions to a theory and a methodology of analysis of transitional justice.

Abstract: This paper discusses the possibilities of analysis of the phenomenon of transitional justice from proposals of solid theoretical and methodological grounds. Considering that this theme, as others in law, sometimes has political passions in its context of discussion, it is necessary to make a reasonable methodological rigour to these works can be truly scientific. With this aim, the article proposes in previous lines an intercultural constitutional methodology of analysis of transitional justice from the named “intercultural constitutional theory” and its fundamental principles, criticism, openness, pluralism, universalism, particularism and contextualism, trying to understand the relationships of constitutionalism and transi-

tional justice too. Also, in the end, the paper outlines the potentiality of this methodological perspective in relation to some concrete experiences of transitional justice, as Germans (post-Nazism and post-reunification), south African, Argentinian, Chilean and Brazilian.

Keywords: transitional justice, constitutionalism, intercultural theory, constitutional methodology.

Gonçalves, Daniel Diniz e Correio, Maria Cristina Vidotte Blanco. Hermenêutica descolonial: descortinando o esgotamento do discurso jurídico-político liberal.

Resumo O presente estudo articula uma análise hermenêutica crítica do constitucionalismo da modernidade e seus evidentes esgotamentos. Com marco teórico na obra de Ricardo Sanín Restrepo, “Teoria Crítica Constitucional”, este ensaio analisa a questão da legitimação do direito e justificação de existência do Estado dentro da Modernidade Liberal, analisando os conceitos “universais” basilares de que a mesma se serve para construir sua base de legitimação, tais como democracia, povo e poder constituinte. A metodologia utilizada contempla método dialético e materialismo histórico, com a desconstrução hermenêutica dos conceitos “universais”, devido à negação e exclusão sistemática de contextos de realidade que os mesmos promovem. Na sequência, leva-se a cabo a reconstrução hermenêutica dos conceitos de povo e democracia, atentando justamente para as realidades que o sistema liberal excluiu e negou.

Palavras-chave: hermenêutica, descolonial, liberalismo, crise, direito, política

Decolonial hermeneutics: revealing the exhaustion of the legal and political speech of liberalism.

Abstract: This essay articulates a critical hermeneutic analysis of modernity's constitutionalism and its evident exhaustion. With theoretical framework in the work of Ricardo Sanin Restrepo, "Critical Constitutional Theory", this paper will address the question of law's legitimacy and the State's justification of existence within the Liberal modernity, analyzing the "uni-

versal" basic concepts that modernity uses to build its legitimation base, such as democracy, the people and constituent power. The methodology of this study includes the dialectical method and historical materialism, with the hermeneutic deconstruction of the "universal" concepts of modernity, due to its systematic denial and exclusion of reality contexts. As a result, this essay will carry out the hermeneutic reconstruction of the political and legal categories people and democracy, paying attention precisely to the realities that the liberal system has excluded and denied.

Keywords: hermeneutics, decolonial, liberalism, crisis, law, politics.

Carvalho, Fabio.Leite. Mitos e equívocos sobre a participação do senado no controle de constitucionalidade

Resumo: A história da participação do Senado no controle de constitucionalidade brasileiro que é contada e reproduzida pela doutrina constitucionalista brasileira carece de dados empíricos e baseia-se mais em impressões e preconceitos do que em fatos e números. Como consequência, há uma série de equívocos que são reproduzidos em livros e artigos sobre o tema. O presente trabalho, fruto do levantamento de todas as resoluções suspensivas já editadas pelo Senado até o ano de 2016, pretende, a partir desses dados e da análise de decisões do STF e de anais do Senado Federal, demonstrar equívocos cometidos e mitos construídos a respeito da atuação do Senado no controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade, senado, supremo tribunal federal, jurisdição constitucional

Myths and mistakes about the senate participation in judicial review system

Abstract: From the perspective of Brazilian constitutional doctrine, the history of the Senate's participation in the Brazilian judicial review system is more based on misconceived impressions and prejudices than on facts and figures. Consequently, many mistakes about the subject are reproduced in books and academic papers. This paper, based on the inventory of all suspensory Acts approved by the Senate until 2016, aims to show

the mistakes that were made and the myths that were created about the Senate's participation in the Brazilian judicial review system.

Keywords: judicial review; senate; brazilian supreme court; constitutional jurisdiction.

Portela, Irene. O direito fundamental ao rendimento social de inserção (re)interpretado pelos orçamentos do Estado Português.

Resumo: O desenvolvimento do Estado-Providência e atualmente a problemática da questão da sustentabilidade da segurança social, perante o crescimento exponencial dos números da pobreza e da exclusão social em Portugal, orientam o debate espartilhado em sucessivos orçamentos do Estado. O surgimento do regime jurídico do Rendimento Social de Inserção (ex-Rendimento Mínimo Garantido) há vinte anos atrás veio abrir um campo completamente novo de ação no âmbito das políticas sociais e nas medidas de inclusão social, implementando relações de compromisso entre a segurança social e os beneficiários ou utentes. A questão da inconstitucionalidade na aplicação das normas do RSI aos beneficiários era uma questão que se colocava na interpretação da legislação ou de regulamentação em desconformidade com o espírito do legislador constitucional. Em 2010 situação modifica-se a partir da tomada de consciência da grave crise económica e financeira que Portugal está a atravessar. A elevada dívida pública e o déficit público levam à definição de Orçamentos de Estado muito restritivos. Os cortes sucessivos aplicados nos subsídios, nos salários, nas pensões, nos benefícios fiscais remodelam as exigências sucessivas das políticas sociais em função das restrições orçamentais. Particularmente, o RSI enquadra-se neste mecanismo restritivo. A revisão do seu regime jurídico traduz-se num feixe de condições legais e contratuais de difícil acesso para os requerentes desse benefício, e de perda imediata para os beneficiários inadimplentes. Operando ao abrigo do Orçamento do Estado o RSI torna-se “antissocial”.

Palavras-chave: rendimento social de inserção, direito fundamental, inconstitucionalidade, segurança social, orçamento do estado.

The fundamental right to social income of insertion (re)interpreted through Portuguese state budgets.

Abstract: The development of the well-fare state and, currently, the problems regarding social security sustainability, when confronted with the exponential growth of the Portuguese poverty and social exclusion indexes, direct the rigid debate towards successive State budgets. The appearance of Social Income of Insertion's ("Rendimento Social de Inserção", hereafter RSI) legal regime 20 years ago opened up a completely new field of action about social policy and social inclusion measures, implementing commitments between social security and its beneficiaries or users. The question regarding the unconstitutionality in the application of RSI's rules to its beneficiaries was a question put forth in the context of the interpretation of statutes or regulations in defiance of the constitutional spirit. In 2010, the situation changed because of heightened consciousness about the grave economic and financial crisis undergoing in Portugal. The high public debt and the public deficit leads to the definition of very restrictive State budgets. The successive cuts applied to subsidies, salaries, pensions and fiscal benefits redefine the successive social policy requirement as a function of budgetary restrictions. In particular, RSI is framed in this restrictive mechanism. The revision of its legal regime translates into an array of legal and contractual requirements that are hard for applicants to access and into immediate loss to beneficiaries in default. Under the shadow of the state budget, RSI becomes "antisocial".

Keywords: social income of insertion, fundamental rights, judicial review, social security, state budget..

Junior, Irineu Francisco Barreto; Gallinaro, Fábio e Sampaio, Vinícius Garcia Ribeiro. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação.

Resumo: Este artigo analisa a necessária adequação paradigmática do direito fundamental à privacidade, perante os avanços tecnológicos oriundos da Sociedade da Informação. A pesquisa normativa e doutrinária contextualiza o assunto para analisar aspectos deste novo momento, especialmente os conflitos entre os direitos fundamentais à privacidade, intimidade e

liberdade de expressão. O Marco Civil da Internet é analisado no artigo, com o intuito de apurar seus possíveis reflexos e alcance. Os Obstáculos para a efetiva garantia do direito à privacidade tendem a aumentar com a crescente expansão das redes sociais, bem como se elevam os conflitos entre direitos e garantias fundamentais. O artigo conclui que é inegável a necessidade do estabelecimento de princípios normativos para a proteção da privacidade, dignidade e, por reflexo, dos efeitos da superexposição de dados pessoais que resultam da utilização da Internet. Antes do estabelecimento de consensos e da conscientização dos usuários quanto ao uso adequado da rede, o Marco Civil adquire primordial relevância, significado e aplicação na mitigação dos conflitos advindos da sociabilidade humana em meio digital.

Palavras chave: sociedade da informação; marco civil da internet; direitos fundamentais; privacidade; liberdade de expressão

Brazilian internet law and the right to privacy in the information society.

Abstract: This paper analyzes the necessary paradigmatic adaptation of the fundamental right to privacy, given the technological advances coming from the Information Society. Legal research and doctrine serves to study aspects of this new context, especially the conflicts between the fundamental rights to privacy, intimacy and freedom of expression. The Brazilian Internet Law was analyzed in the article, in order to ascertain its possible reflections and scope. Obstacles to the effective guarantee of the right to privacy tend to increase with the increasing expansion of social networks, as well as conflicts between rights and fundamental guarantees. The paper concludes that the need to establish normative principles for the protection of privacy, dignity and, by reflection, the effects of overexposure of personal data resulting from the use of the Internet is undeniable. Before the establishment of consensus and the awareness of users regarding the adequate use of the network, the Civil Framework acquires primary relevance, meaning and application in the mitigation of conflicts arising from human sociability in digital environment.

Keyword: information society; brazilian internet law; fundamental rights; privacy; freedom of expression.

De Araujo, Jailton Macena. Constituição, cidadania e trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada na solidariedade

Resumo: A Constituição Brasileira de 1988 é uma fonte inesgotável de valores sociais que determinam a condução das estruturas sociais e institucionais, especialmente pautada numa eticidade que é orientada pela cidadania. O reconhecimento desta racionalidade determina a valorização do elemento normativo como fio-condutor dos processos sociais de realização dos direitos fundamentais e da efetiva promoção da solidariedade, da cidadania e do desenvolvimento. Nessa medida, a proposta axiológica definida no texto constitucional, determinada pelos objetivos da República, coloca a solidariedade como vínculo jurídico e social capaz de orientar as bases normativas para as ações públicas, levando ao acolhimento e à positivação de medidas que promovem a revitalização normativa da materialidade constitucional. A ampliação do vértice da solidariedade conforma então o sujeito social como vetor primordial do desenvolvimento, o qual apenas pode ser expresso pelo trabalho e pelo seu respectivo valor social, o qual orienta e condiciona o estabelecimento de um verdadeiro Estado Democrático Solidário de Direito, que almeja efetividade.

Palavras-chave: constituição; racionalidade; solidariedade; trabalho; estado democrático solidário de direito.

Constitution, citizenship and labour: premisses for recognition of a state rationality guided at solidarity.

Abstract: The Brazilian Constitution of 1988 is an inexhaustible source of social values that determine the conduct of social and institutional structures, especially guided in ethics that is guided by citizenship. Recognition of this rationality determines the appreciation of the normative element as wire conductor of the social processes of realization of fundamental rights and the effective promotion of solidarity, citizenship and development. To that extent, the axiological proposal defined in the Constitution, determined by the objectives of the Republic, puts solidarity as legal and social bond capable of guiding the normative basis for public actions, leading to the reception and the positivization measures that promote normative

revitalization constitutional materiality. The expansion of the solidarity of the vertex then shapes the social subject as a key vector of development, which can only be expressed by labor and their respective social value, which guides and determines the establishment of a true democratic state Solidarity Law, which aims effectiveness.

Keywords: constitution; rationality; solidarity; job; state democratic solidarity of law.

Heinen, Juliano Autolimitação administrativa e segurança jurídica.

Resumo: O presente artigo aborda os mecanismos jurídico de autolimitação administrativa, o qual tem por fundamento a segurança das relações jurídicas. Primeiramente, foram expostas as bases dogmáticas da segurança jurídica, para, em momento posterior, tratar da autolimitação administrativa, definindo-se, pois, os seus elementos dogmáticos. Concluiu-se que isto se mostra importante para se fixar critérios objetivos na aplicabilidade do mencionado instituto.

Palavras-chave: Autolimitação administrativa; segurança jurídica

Administrative self restraint and legal security

Abstract: This article address the issue with the legal mechanisms of administrative self-restraint, which is based on the security of legal relationships. Firstly, the dogmatic sources of legal security were exposed, for after, explain of the administrative self-restraint, thus defining its dogmatic elements. It was concluded that this is important to establish objective parameters in the applicability of the mentioned institute.

Keywords: Administrative self restraint; legal security.

Chaves, Luciano Athayde. O recrutamento de magistrados e a inclusão de pessoa com deficiência: uma reflexão à luz da teoria da justiça

Resumo: O presente artigo objetiva estudar as ações afirmativas de reserva de vagas nos concursos para a magistratura nacional a partir da teoria

da justiça, analisando sua conformidade com o princípio da igualdade de oportunidades que deve caracterizar as sociedades democráticas contemporâneas. O exame do referencial teórico oferecido por John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen permitiu concluir que as regras do Conselho Nacional de Justiça, que tratam da reserva de vagas a pessoas com deficiência, estão em consonância com os princípios de correção de justiça material, porquanto asseguram a justa oportunidade a esse grupo social, em razão da sua incapacidade para desenvolverem, no jogo do mercado, em igualdade de condições, projetos razoáveis de vida. A investigação também concluiu que, nada obstante a propriedade dessas ações afirmativas, algumas questões ainda estão em aberto, como os parâmetros institucionais relativos ao desenvolvimento da carreira, até mesmo por serem recentes essas políticas de discriminação inversa na composição da magistratura.

Palavras-chave: recrutamento de juízes, judiciário, reserva de vagas, candidatos portadores de deficiência, teoria da Justiça

The judge's recruitment in the brazilian judiciary and the inclusion of the disabled person: a reflection in the light of the theory of justice

Abstract: This paper aims to study the affirmative actions of reservation of vacancies in judge's recruitment from the theory of justice, analyzing their compliance with the principle of equal opportunities that should characterize the contemporary democratic societies. Examination of the theoretical framework offered by John Rawls, Ronald Dworkin and Amartya Sen concluded that the rules of the National Council of Justice to deal with the reservation of vacancies for the disabled people are in line with the principles of correction of material justice, for ensuring fair opportunity to this social group due to his inability to develop on equal, in the context of the, reasonable life projects. The investigation also concluded that despite the settlement of those affirmative actions, some issues are still open, such as institutional parameters relating to career development, even for being such recent reverse discrimination policies in the judiciary's composition.

Keywords: judges recruitment, judiciary, reservation of vacancies, candidates with disabilities, theory of justice.

Arêdes, Sirlene Nunes. Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro

Resumo: O objetivo deste trabalho é demonstrar que, diferentemente da práxis, o ne bis in idem configura-se como direito fundamental constitucionalmente garantido e deve ser aplicado na instância administrativa e na relação entre as vias penal e administrativa geral, decorrente do exercício do poder de polícia. Para tanto, utiliza-se como referencial a teoria da unidade do poder punitivo que, concebendo a repressão estatal em sentido amplo, propõe que os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo são aplicáveis em todas suas manifestações. Analisa-se o conteúdo e os fundamentos do ne bis in idem, bem como sua aplicação na Espanha e conclui-se que se trata de direito fundamental inserido na ordem jurídica brasileira pelo art. 5º, §2º, da CRFB/88, em virtude da sua essencialidade na garantia de outros direitos fundamentais e da ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos pelo Estado brasileiro. Dessa forma, sua aplicação na relação entre as instâncias não demanda outras normas além daquelas já existentes, pois decorre de sua natureza de direito fundamental e da supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos, que leva à prevalência do ne bis in idem sobre disposições legais contrárias à sua aplicabilidade.

Palavras-chave: *ne bis in idem*, direito fundamental, unidade do poder punitivo estatal, instâncias penal e administrativa, inter-relação

Ne bis in idem: fundamental constitutional right applicable in the relationship between criminal law and the sanctioning administrative law

Abstract: The aim of the current work is to demonstrate which, unlike praxis, the double jeopardy (*ne bis in idem*) constitutes a fundamental right determined by CRFB/88 and must be applied in the Sanctioning Administrative Law and in within the relationship between punitive levels. The research has used the theory of the unity of punitive power as reference, which proposes that the state punishment represents a broad concept that covers the criminal law, non-criminal law, administrative law and constitutional guarantees imposed to the punitive power, inherent of

the rule of law, so that, regardless of the sphere in which this power manifests these principles must be respected. The research has concluded that double jeopardy (*ne bis in idem*) is a fundamental right inserted in the Brazilian legal system by art. 5, paragraph 2 of the CRFB/88, because its essentiality in guaranteeing other fundamental rights and due to do the ratification of international treaties on human rights by the Brazilian State. As soon, its application in the relationship between criminal law and the administrative law does not demand norms other than those already existing, since it stems from its fundamental right nature and the position above the law of human right treaties.

Keywords: punitive power, double jeopardy, fundamental right, criminal offence, administrative offence, interrelation.

Lima, Thadeu Augimeri de Goes. Pluralismo jurídico, juridicidade e teoria jurídica intercultural no atual panorama da antropologia jurídica

Resumo: O artigo busca realizar um esforço sintético no sentido de aproximar e correlacionar o tema do pluralismo jurídico, o conceito de juridicidade, tal como tratado notadamente por Étienne Le Roy, e a proposta de constituição de uma teoria jurídica intercultural, esboçada por Christoph Eberhard, três tópicos de destacado interesse no atual panorama das abordagens antropológicas do fenômeno jurídico. Traça um breve retrospecto do surgimento e da evolução da antropologia jurídica, passa em seguida ao estudo do pluralismo jurídico e da ideia de juridicidade e ruma à análise do horizonte da aspirada teoria jurídica intercultural, em seus aspectos epistemológicos e metodológicos, encerrando com as conclusões obtidas no exame da matéria. Utiliza preferencialmente os métodos histórico-evolutivo, histórico-comparativo, comparativo e dialético.

Palavras-chave: Antropologia jurídica, pluralismo jurídico, juridicidade, teoria jurídica intercultural

Legal pluralism, juridicity and intercultural legal theory in the current scenery of legal anthropology

Abstract: The paper aims to accomplish a synthetic effort in order to approximate and correlate the theme of legal pluralism, the concept of juridicity, as treated notably by Étienne Le Roy, and the proposed constitution of an intercultural legal theory, outlined by Christoph Eberhard, three topics of outstanding interest in the current scenery of the anthropological approaches to the legal phenomenon. It traces a brief foreshortening of the emergence and evolution of legal anthropology, then passes to the study of legal pluralism and the idea of juridicity and heads to analyze the aspirated intercultural legal theory's horizon, in its epistemological and methodological aspects, ending with the conclusions reached in examining the subject. It uses preferably the historical-evolutionary, the historical-comparative, the comparative and the dialectical methods..

Keywords: legal anthropology, legal pluralism, juridicity, intercultural legal theory..

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 subsequente 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/10.5007/2177-7055.2012v-33n64p259>.

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.