

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)

Campus de Santo Ângelo

Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

Curso de Graduação em Direito

Editora da FuRI – Campus de Santo Ângelo – RS

DIREITO E JUSTIÇA: Reflexões Sociojurídicas

NOVOS DIREITOS

Revista do Curso de Graduação em Direito

da URI – Campus Santo Ângelo–RS

Santo Ângelo – RS, ano XVII, n. 29 – Novembro/2017

ISSN 1676-8558

D598 Direito e justiça : reflexões sociojurídicas / Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo; organização: Florisbal de Souza Del’Olmo, Rosângela Angelin – v.1, n.1(abril 2002) . – Santo Ângelo: EDIURI, 2017.

v.17, n.29, novembro. 2017.

Semestral

ISSN 2178-2466

1. Direito-Periódicos I. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo. II. Del’Olmo, Florisbal de Souza (org.) III. Angelin, Rosângela (org.)

CDU: 340.114

Responsável pela catalogação

Bibliotecária – Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

Organização

Florisbal de Souza Del’Olmo

Rosângela Angelin

Revisão

Florisbal de Souza Del’Olmo

Revisão da Língua Inglesa

Paulo Adroir Magalhães Martins

Formatação e Digitação

Florisbal de Souza Del’Olmo

Rosângela Angelin

Capa

Marcos Ziembowicz

Publicação

FuRI – Editora da URI – Campus de Santo Ângelo – RS

Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470

Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55)3313-7900

Composição e Impressão

Gráfica Venâncio Ayres

– 2017 –

DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões sociojurídicas
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Publicação vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI

Curso de Graduação em Direito

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores.

Reitor
Luiz Mario Silveira Spinelli
Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação
Giovani Palma Bastos
Pró-Reitora de Ensino
Arnaldo Nogaro
Pró-Reitor de Administração
Nestor Henrique de Cesaro
URI – Campus de Santo Ângelo
Diretor Geral
Gilberto Pacheco
Diretor Acadêmico
Marcelo Paulo Stracke
Diretora Administrativa
Berenice Rossner Wbatuba
Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Osmar Antonio Bonzanini
Coordenador de Área de Conhecimento
Rosângela Angelin

Curso de Graduação em Direito

Coordenadora do Curso
Charlise Paula Colet Gimenez
Diretor-Editor da Revista
Florisbal de Souza Del’Olmo

Comitê Editorial

Florisbal de Souza Del’Olmo
Rosângela Angelin

Linha Editorial

A Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, elaborada pelo Curso de Graduação em Direito da URI, Campus de Santo Ângelo, é publicada semestralmente e aceita colaborações de artigos.

A Revista estrutura-se por artigos que deverão referir-se na linha de “Novos Direitos”.

Indexada nas seguintes bases de dados

Latindex:

http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?opcion=1&folio=19578(online)

http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?opcion=1&folio=19577

(impresso)

Periódicos URI: *http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica*

SEER/Ibict:

http://seer.ibict.br/index.php?option=com_mtree&task=viewlink&link_id=1763&Itemid=109

Conselho Editorial

- Adriana Dreyzin de Klor (Universidad Nacional de Córdoba/Argentina)
Alejandro Pastori (UDELAR – Montevideú/Uruguai)
Altamirando Pereira da Rocha (UFU – Uberlândia/MG)
Amador Paes de Almeida (Universidade Mackenzie – São Paulo/SP)
Antônio Celso Alves Pereira (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Claudia Lima Marques (UFRGS – Porto Alegre/RS)
Elizabeth Accioly (Universidade Nova de Lisboa/Portugal)
Emma Nogales de Santiváñez (Universidad Católica Boliviana – La Paz/Bolívia) Enrique
Varsi Rospigliosi (Universidad de Lima/Peru)
Francisco Rezek (UNICEUB – Brasília/DF)
Heron José de Santana Gordilho (UFBA – Salvador/BA)
Gina Vidal Marcilio Pompeu (UNIFOR – Fortaleza/CE)
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP – São Paulo/SP)
Griselda Capaldo (UBA – Buenos Aires/Argentina)
Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG – Belo Horizonte/MG)
João Marcelo de Lima Assafim (UCAM – Rio de Janeiro/RJ)
Jorge Renato dos Reis (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS)
José Russo (UFAM – Manaus/AM)
Larissa Ramina (UFPR – Curitiba/PR)
Leila Arruda Cavallieri (PUC – Rio de Janeiro/RJ)
Lorena de Melo Freitas (UFPB – João Pessoa/PB)
Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (UFS – Aracaju/SE)
Lucy Arraya (Universidad Católica Santo Domingo – Santo Domingo/Rep. Dominicana)
Luis Edson Fachin (UFPR – Curitiba/PR)
Luiz Ernani Bonesso de Araújo (UFSM – Santa Maria/RS)
Luiz Otávio Pimentel (UFSC – Florianópolis/SC)
Mara Vidigal Darcanchy (Conselheira da OIT/ILO – São Paulo/SP)
Mário Ferreira Monte (Universidade do Minho – Braga/Portugal)
Ney Fayet Júnior (PUC – Porto Alegre/RS)
Odete Maria de Oliveira (UNOCHAPECÓ – Chapecó/SC)
Orides Mezzaroba (UFSC – Florianópolis/SC)
Raymundo Juliano Rego Feitosa (UNICAP – Recife/PE)
Ricardo Méndez Silva (UNAM/México)
Roberto Ruiz Díaz Labrano (UNA – Assunção/Paraguai)
Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches (UNINOVE – São Paulo/SP)
Sergio Resende de Barros (USP – São Paulo/SP)
Valesca Raizer Borges Moschen (UFES – Vitória/ES)
Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT – Cuiabá/MT)
Viviane Coelho Séllos Knoerr (Unicuritiba – Curitiba/PR)
Wagner Menezes (USP – São Paulo/SP)

Conselho de Pareceristas

- Aguinaldo Allemar (UFU – Uberlândia/MG)
Ana Paula Martins Amaral (UFMS – Campo Grande/MS)
Arno Dal Ri Junior (UFSC – Florianópolis/SC)
Augusto Jaeger Junior (UFRGS – Porto Alegre/RS)
Bruno Cavalcanti Angelin (UFRR/UNESA – Boa Vista/RR)
Bruno Wanderley Junior (PUC – Belo Horizonte/MG)
Cláudia Taís Siqueira Cagliari (FAI – Itapiranga/SC)
Cristiane Helena de Paula Lima Cabral (FCJPAD/MG)
Cristina Ferraz (UNINOVE – São Paulo/SP)
Diego Pereira Machado (Faculdade Anhanguera/LFG – São Paulo/SP)
Diego Prezzi Santos (UEL – Londrina/PR)
Edith Maria Barbosa Ramos (UNICEUMA – São Luís/MA)

Eduardo Baldissera Cavalho Salles (UNOCHAPECÓ – Chapecó/SC)
Eduardo Daniel Lazarte Moron (Faculdades Cathedral – Boa Vista/RR)
Eloy Pereira Lemos Junior (Universidade de Itaúna/MG)
Evilhane Jum Martins (UFPA – Belém/PA)
Fernanda Miranda Barbosa (UNIESP – São Paulo/SP)
Fernando César Costa Xavier (UFRR – Boa Vista/RR)
Fernando Ferreira Calazans (IPSEMG/MG)
Fernando Sérgio Tenório de Amorim (FEJAL/CESMAC – Maceió/AL)
Flavio Henrique Franco de Oliveira (UNICESUMAR/PR)
Fran Espinoza (UFPR – Curitiba/PR)
Gabriela Soares Balestero (FDSM – Pouso Alegre/MG)
Giovanni Olsson (UNOCHAPECÓ – Chapecó/SC)
Graziela Tavares de Souza Reis (UFT – Palmas/TO)
Guilherme Camargo Massau (UFPEL – Pelotas/RS)
Gustavo Oliveira Vieira (UNILA – Foz do Iguaçu/PR)
Ilzver de Matos Oliveira (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE)
Irineu Francisco Barreto Junior (FMU – São Paulo/SP)
Jacson Roberto Cervi (URI – Santo Ângelo/RS)
Jeff Caponero (Instituto Federal da Bahia – Salvador/BA)
João Batista Moneiro Camargo (UNIJUI – Ijuí/RS)
João Paulo Allain Teixeira (UNICAP – Recife/PE)
Jorge Di Ciero Miranda (UNIFOR – Fortaleza/CE)
José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR – Fortaleza/CE)
José Francisco de Assis Dias (UNICESUMAR – Maringá/PR)
José Mário Wandelely Gomes Neto (UNICAP – Recife/PE)
Liana Maria Feix Suski (FAI – Itapiranga/SC)
Livia Dutra Barreto (UFRR – Boa Vista/RR)
Lucas Gonçalves da Silva (UFS – Aracaju/SE)
Luciano Alves dos Santos (URI – Erechim/RS)
Luís Henique Bortolai (Universidade Mackenzie – São Paulo/SP)
Luis Renato Vedovato (UNICAMP – Campinas/SP)
Mara Vidigal Darcanchy (Conselheira da OIT/ILO – São Paulo/SP)
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (UNICAP – Recife/PE)
Mário Luiz Ramidoff (Unicuitiba – Curitiba/PR)
Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA – Salvador/BA)
Osmar Veronese (URI – Santo Ângelo/RS)
Paulo Roberto Ramos Alves (UPF – Passo Fundo/RS e UNOESC – Chapecó/SC)
Rafaela Benevides Ferreira Machado (UNIC – Cuiabá/MT)
Renata Mantovani de Lima (UIT – Itaúna/MG)
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE – São Paulo/SP)
Rogério Costa (UNISUL – Tubarão/SC)
Rosicler Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Rubens Beçak (USP – São Paulo/SP)
Sérgio Ricardo Aquino (IMED – Passo Fundo/RS)
Sílvio Beltramelli Neto (PUC – Campinas/SP)
Sílvio Javier Battello (Faculdade Dom Bosco – Porto Alegre/RS)
Vanessa Iacomini (UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Victor Hugo Almeida (UNESP – São Paulo/SP)
Viviane Coelho Séllos Knoerr (Unicuitiba – Curitiba/PR)
Vladmir Oliveira da Silveira (UNINOVE – São Paulo/SP)
William Paiva Marques Júnior (UFC – Fortaleza/CE)

**MISSÃO DA REVISTA DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS
“NOVOS DIREITOS”**

Atuar como instrumento de propagação das reflexões e construções do conhecimento acerca dos Novos Direitos, estimulando o debate, o questionamento e o desenvolvimento dos processos formativos dos operadores e investigadores jurídicos, como forma de integração entre a universidade e o mundo da vida voltada para a potencialização dos processos de constituição da cidadania e da democracia.

SUMÁRIO

COLABORADORES	13
<i>Contributors</i>	
APRESENTAÇÃO	17
<i>Presentation</i>	
THE NEW RULES OF GLOBAL SOCIETY, FLEXIBILITY AND INFORMALITY DEALING WITH DIFFICULT ISSUES AND ACHIEVING GOOD RESULTS.....	23
AS NOVAS REGRAS DA SOCIEDADE GLOBAL, FLEXIBILIDADE E INFORMALIDADE TRATANDO COM QUESTÕES DIFÍCEIS E ALCANÇANDO BONS RESULTADOS	
<i>Wilson Almeida</i>	
<i>Antonio Yang</i>	
<i>Mayra Cavalcante</i>	
LIBERDADE E EQUANIMIDADE: ELEMENTOS AXIOLÓGICOS ESTRUTURANTES DAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS	47
FREEDOM AND EQUALITY: STRUCTURING AXIOLOGICAL ELEMENTS OF CONTEMPORARY DEMOCRACIES	
<i>Natercia Sampaio Siqueira</i>	
<i>Marcelo Sampaio Siqueira</i>	
ANÁLISE CRÍTICA AO FUNCIONALISMO SISTÊMICO-RADICAL E AO DIREITO PENAL DO INIMIGO	63
CRITICAL ANALYSIS OF SYSTEMIC-RADICAL FUNCTIONALISM AND THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY	
<i>Rafael José Nadim de Lazari</i>	
<i>Ricardo Bispo Razaboni Junior</i>	
ACESSO À JUSTIÇA COM FUNDAMENTO NA EDUCAÇÃO	83
ACCESS TO JUSTICE BASED ON EDUCATION	
<i>Daniela Menengoti Ribeiro</i>	
<i>Caroline Christine Mesquita</i>	
<i>Marcel Ferreira dos Santos</i>	

**PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO:
REFLEXOS PARA ALÉM DO NOVO ENTENDIMENTO97**

PREScription OF GOVERNMENT SEVERANCE INDEMNITY FUND FOR
EMPLOYEE: REFLECTIONS BEYOND THE NEW UNDERSTANDING

Alexandre Antonio Bruno da Silva

André Studart Leitão

**ATIVISMO JUDICIAL, PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA E
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ANÁLISE DAS DECISÕES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS N. 126.292/SP E
NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE N. 43 E N.
44 121**

JUDICIAL ACTIVISM, PRESUMPTION OF INNOCENCE AND PROVISIONAL
EXECUTION OF THE SENTENCE: ANALYSIS OF FEDERAL SUPREME
COURT DECISIONS IN HABEAS CORPUS N. 126.292/SP AND
DECLARATORY ACTIONS OF CONSTITUTIONALITY N. 43 AND N. 44

Eduardo Daniel Lazarte Moron

Nestor Eduardo Araruna Santiago

**ANTECEDENTES AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ART. 4º NO
PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DO BRASIL AO MERCOSUL 139**

BACKGROUNDS TO THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF ARTICLE
4TH IN THE INTEGRATION PROCESS OF BRAZIL INTO MERCOSUR

Fernanda Eduardo Olea do Rio Muniz

José Filomeno Moraes Filho

Antônio Walber Matias Muniz

**PODER E VIOLÊNCIA EM ABORDAGEM FOUCAULTIANA:
REFLEXÕES SOBRE A PRODUÇÃO DA VERDADE JURÍDICA 163**

POWER AND VIOLENCE IN FOUCAULDIAN APPROACH: REFLECTIONS
ON THE PRODUCTION OF LEGAL TRUTH

Andrezza Ribeiro de Sousa

Fernanda Telles Márques

**A TEORIA DA JUSTIÇA DE MARTHA NUSSBAUM E OS DIREITOS
HUMANOS..... 177**

MARTHA NUSSBAUM'S THEORY OF JUSTICE AND HUMAN RIGHTS

Gina Marcilio Pompeu

Ana Araújo Ximenes Teixeira

**CRÍTICA DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO. O ATIVISMO
JUDICIAL ENTRE RECONHECIMENTO E REDISTRIBUIÇÃO 197**

CRITICISM OF THE JUDICIAL POWER PROTAGONISM. JUDICIAL
ACTIVISM BETWEEN RECOGNITION AND DISTRIBUTION

André Leonardo Copetti Santos

Doglas César Lucas

CONSELHOS E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO DIREITO ANIMAL 231
COUNCILS AND ADMINISTRATIVE AUTONOMY OF ANIMAL LAW

Heron José de Santana Gordilho

Julio César de Sá da Rocha

Fernando de Azevedo Alves Brito

**A POLÍTICA COMERCIAL COMUM À PROVA NO PÓS-LISBOA – A
COMPETÊNCIA PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS
INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO DA UNIÃO EUROPEIA.....** 249
THE COMMON COMMERCIAL POLICY UNDER CHALLENGE AFTER
LISBON – THE EU’S COMPETENCE FOR THE CONCLUSION OF
INTERNATIONAL TRADE AGREEMENTS IN EUROPEAN UNION

Maria João Palma

**LAS CONSTRUCCIONES DE LAS MEMORIAS SOCIALES Y LOS
LUGARES DE RATIFICACIÓN 267**
THE CONSTRUCTIONS OF THE SOCIAL MEMORIES AND THE PLACES OF
RATIFICATION

Adela Bork Vega

Normas de Publicação 281

Relação de artigos publicados nas edições anteriores..... 283

COLABORADORES

CONTRIBUTORS

Adela Bork Veja – Professora Titular, Doctor en Sociología. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso – Chile.

Alexandre Antonio Bruno da Silva – Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFC. Mestre em Informática pela PUC-RJ. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Auditor-Fiscal do Trabalho.

Ana Araújo Ximenes Teixeira – Doutoranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, atualmente integra como pesquisadora o Centro de Estudos das Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas da América Latina – CELA-REPJAL. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito do Consumidor. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará com Habilitação em Teoria do Estado.

André Leonardo Copetti Santos – Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e pós-doutorando pela Universidade de Santiago do Chile (USACH). Possui mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1988). Atualmente é professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ, IJUÍ, RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Coordenador Executivo do PPGD/URISAN. Membro fundador da Casa Warat Buenos Aires e da Editora Casa Warat. Livros e artigos publicados nas áreas de direito penal, direito constitucional, teoria do direito e ensino jurídico. Advogado criminalista.

André Studart Leitão – Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Procurador Federal. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).

Andrezza Ribeiro de Sousa – Acadêmica da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba.

Antônio Walber Matias Muniz – Pós-Doutorando (UNB, 2017). Doutor em Integração da América Latina pela USP (2015). Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR (2008). Especialista em Negócios Internacionais (UNIFOR, 2005); e em Direito Público (UFPE, 2003). Professor do curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Coordenador do Núcleo de Estudos Internacionais NEI/CNPQ/UNIFOR.

Antonio Yang – Professor International Trade. Chihlee University of Technology, Taiwan.

Caroline Christine Mesquita – Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), bolsista da CAPES. Especialista pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, bem como pela Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Maringá. Advogada.

Daniela Menengoti Ribeiro – Doutora em Direito-Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado

sanduíche) na *Université Paris I – Panthéon-Sorbonne*, França. Mestre em Direito-Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas e da graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Coordenadora/Líder dos Grupos de Pesquisa (CNPq): “Instrumentos jurisdicionais de efetivação dos direitos da personalidade” e “Internacionalização do direito: dilemas constitucionais e internacionais contemporâneos”. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI).

Doglas César Lucas – Pós-Doutor em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre (2012). Doutor em Direito pela UNISINOS (2008). Mestre em Direito pela UFSC (2001). Professor dos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito na UNIJUÍ. Professor no Curso de Direito do Instituto Cenequista de Ensino Superior Santo Ângelo – IESA. Professor colaborador no Mestrado e Doutorado em Direito da URI – Santo Ângelo. Editor da Revista Direito em Debate, da Unijui. Coordenador da Coleção Direitos Humanos e Democracia, publicada pela editora Unijui. Avaliador do MEC/INEP. Consultor Ad Hoc da Capes. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos humanos, identidade, interculturalidade, desobediência civil, direito de resistência e democracia.

Eduardo Daniel Lazarte Moron – Doutorando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas (UEA). Advogado. Procurador do Estado de Roraima. Professor universitário das Faculdades Cathedral em Boa Vista Roraima.

Fernanda Eduardo Olea do Rio Muniz – Mestranda em Direito (PPGD-UNIFOR 2017). Especialista em Direito Internacional (UNIFOR-2014). Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais - NEI/CNPQ/UNIFOR.

Fernanda Telles Márques – Doutora em Sociologia pela UNESP de Araraquara, com Pós-doutorado em Estudos Culturais pela UFRJ. Professora do PPGE-UNIUBE.

Fernando de Azevedo Alves Brito – Aluno especial do Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Professor EBTT de Direito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia (IFBA), Campus Vitória da Conquista. Membro da Associação de Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB).

Gina Marcílio Pompeu – Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1994). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Mestrado e Doutorado. Consultora Jurídica da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

Heron José de Santana Gordilho – Pós-Doutor em Direito Ambiental pela Pace University (EUA). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UFBA. Professor da UFBA e da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Membro da World Academy of Art & Science (WAAS). Promotor de Justiça Ambiental (MP/BA).

José Filomeno Moraes Filho – Doutor (USP-2011) Professor do PPGD da Universidade de Fortaleza. Orientador. Pesquisador do Núcleo de Estudos Internacionais NEI/CNPQ/UNIFOR.

Julio César de Sá da Rocha – Pós-Doutor em Antropologia pela Universidade Federal da Bahia. Mestre e Doutor em Direito PUC São Paulo. Diretor e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA.

Marcel Ferreira dos Santos – Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Professor da Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Maringá. Professor dos cursos de Pós-graduação de Direito Civil e Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica de Maringá (PUC). Graduado em Direito pela Universidade Paulista. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Vice-diretor da Escola da Magistratura, Núcleo de Maringá. Membro efetivo do Conselho Fiscal da Associação dos Juízes do Estado do Paraná.

Marcelo Sampaio Siqueira – Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor da pós-graduação (Mestrado) em Direito Privado da Faculdade Sete de Setembro. Procurador do Município de Fortaleza.

Maria João Palma – Doutoranda na FDL – Direito Europeu do Investimento Estrangeiro (a partir de 2016). Mestre em Direito pela FDL (1998). Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (1992). Pós-graduada em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu da FDL (1993). LLM *College of Europe*, Bruges, Bélgica (1996). Docente da FDL (1993/2009). Consultora Jurídica do Ministério da Economia (1998/2015). Assistente Convidada do Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa (2009/2015).

Mayra Cavalcante – Mestre em Direito Internacional na Universidade Católica de Brasília, com especialização em Direito Público e em Direito Privado pela Universidade Federal do Piauí. Advogada. Atualmente é sócia-advogada do escritório Valdeci Cavalcante Sociedade de Advogados. Tem experiência na área de Direito, no contencioso e consultoria.

Natercia Sampaio Siqueira – Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Constitucional da Unifor. Membro do grupo de pesquisa “Relações políticas, econômicas e jurídicas na América Latina”. Procuradora Fiscal do Município de Fortaleza.

Nestor Eduardo Araruna Santiago – Doutor em Direito, com estágio Pós-Doutoral. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Coordenador do Laboratório de Ciências Criminais (LACRIM) da Universidade de Fortaleza. Advogado criminalista.

Rafael José Nadim de Lazari – Pós-doutorando em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas. Palestrante no Brasil e no exterior. Advogado e consultor jurídico.

Ricardo Bispo Razaboni Junior – Advogado. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA. Membro do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) – Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPq.

Wilson Almeida – Pós-doutor em Relações Internacionais pela Georgetown University, Washington, DC. First Honorary Fellow e Pós-doutor em Relações Internacionais pela University of Wisconsin-Madison, EUA. Visiting Scholar na National Taiwan University. Doutor em História das Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Graduado e pós-graduado(MBA) em Administração pela Universidade de Pernambuco. Publicou 20 livros e algumas dezenas de artigos no Brasil, nos Estados Unidos e em Taiwan. Foi Presidente da Fundação para Desenvolvimento de Tecnópolis-FUNTEC, Goiânia. Foi Pró-reitor, Diretor, Coordenador e professor em várias universidades. Atualmente é professor do Mestrado em Direito e do Curso de Relações Internacionais da Universidade Católica de Brasília, Avocational Lecturer na Steinbeis University Berlin e Visiting Researcher na Georgetown University, Washington DC.

APRESENTAÇÃO

PRESENTATION

Eis que nossa revista *Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, cumprindo com regularidade uma trajetória de dezesseis anos, publica seu segundo número de 2017, mantendo a periodicidade semestral e alicerçada na avaliação dos periódicos jurídicos *Qualis/CAPES/MEC* no estrato B1. Esta edição, de número 29, continua a busca do aprimoramento dos artigos publicados, com trabalhos de renomados juristas brasileiros e estrangeiros. Acentue-se que os artigos publicados foram avaliados pelo sistema *Double Blind Peer Review*, pelo qual autores e avaliadores são desconhecidos entre si.

A edição conta com treze artigos, sendo dois de autores convidados. Um desses, “The new rules of global society, flexibility and informality dealing with difficult issues and achieving good results”, que abre a edição, tem como autores os professores doutores Wilson Almeida, da Universidade Católica de Brasília – atualmente residindo nos Estados Unidos, como professor convidado da Georgetown University, em Washington – e Antonio Yang, da *Chihlee University of Technology*, de Taiwan, bem como a professora Mestra Mayra Cavalcante, de Brasília.

Na sequência, insere-se o artigo “Liberdade e equanimidade: elementos axiológicos estruturantes das democracias contemporâneas”, da Dra. Natércia Sampaio Siqueira e do Dr. Marcelo Sampaio Siqueira, ambos professores de Universidades cearenses. O trabalho seguinte, do Prof. Dr. Rafael José Nadim de Lazari, e do advogado Ricardo Bispo Razaboni Junior, ambos de Marília, SP, faz considerações acerca do funcionalismo penal sistêmico-radical e do direito penal do inimigo.

Abordando a problemática da construção, dignificante e justa, do organismo social, a Profa. Dra. Daniela Menengoti Ribeiro, do Centro Universitário de Maringá, a Mestra Caroline Christine Mesquita e Marcel Ferreira dos Santos, todos de Maringá, PR, entendem o conceito de justiça como uma virtude que deve ser praticada e mantida nos panoramas do meio termo. Nesse contexto, analisam a necessidade de uma educação mais crítica e com senso de justiça mais centrado na pessoa humana.

Os professores Doutores Alexandre Antonio Bruno da Silva e André Studart Leitão, ambos do Ceará, contribuem com o trabalho “Prescrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: reflexos para além do novo entendimento”, acentuando que persistem discussões para definir o prazo prescricional (trinta anos ou cinco anos) para a cobrança dos débitos relativos às suas contribuições que ainda não tenham sido efetuadas.

O Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, da Universidade de Fortaleza, e seu Orientando no Doutorado, Professor Eduardo Daniel Lazarte Moron, da Universidade Federal de Roraima, analisam a presunção do estado de inocência e a execução provisória da pena, com base nas decisões do Habeas Corpus n. 126.292/SP e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44 do Supremo Tribunal Federal.

O artigo seguinte, dos Professores Doutores José Filomeno Moraes Filho e Antônio Walber Matias Muniz, e da Mestranda Fernanda Eduardo Olea do Rio Muniz, todos da UNIFOR, de Fortaleza, estudam os antecedentes aos princípios constitucionais do art. 4º no processo de integração do Brasil ao Mercosul, demonstrando que as ideias de nossa integração regional retroagem ao ano de 1823.

“Poder e violência em abordagem foucaultiana: reflexões sobre a produção da verdade jurídica”, de autoria da Profa. Dra. Andrezza Ribeiro de Sousa, da Universidade de Uberaba, MG, e de Fernanda Telles Márques, conclui que o pensamento foucaultiano traz o incômodo necessário para uma possível modificação do estado atual das relações de poder existente nas práticas sociais.

Pesquisando sobre a Teoria da Justiça de Martha Nussbaum, à luz dos Direitos Humanos, a Profa. Dra. Gina Marcílio Pompeu e a Doutoranda Ana Araújo Ximenes Teixeira, ambas da Universidade de Fortaleza, asseveram que se deve reconhecer que o enfoque das capacidades “refunda a soberania do Estado-nação ao incumbir-lhe a defesa da dignidade humana como meta prioritária”.

Em artigo sobre o protagonismo do poder judiciário, os Professores Doutores André Leonardo Copetti Santos (URI) e Douglas César Lucas (UNIJUÍ), buscam ampliar a reflexão acerca dos limites e possibilidades desse protagonismo para além do âmbito puramente positivo constitucional, conduzindo-o ao plano da filosofia moral e da filosofia política, de modo especial pelo emprego do “reconhecimento” e da “redistribuição”, que entendem centrais ao debate filosófico contemporâneo.

Os Professores Doutores Heron José de Santana Gordilho e Julio César de Sá da Rocha e o Doutorando Fernando de Azevedo Alves Brito, todos da UFBA, analisam como o reconhecimento da autonomia do Direito Animal na esfera administrativa, ante a incumbência ao Poder Público estipulada no art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal de 1988, fundamenta a necessidade de criação de Conselhos de Direito Animal.

Valiosa contribuição vem da Professora Maria João Palma, da Faculdade de Direito de Lisboa, onde também cursa Doutorado, que aborda a competência da União Europeia para a celebração de acordos internacionais de comércio, após o Tratado de Lisboa. Ela defende a necessidade de transparência e cuidado com os direitos sociais, ambientais e laborais para que a Europa se torne mais forte e evite futuros *Brexits*.

Por fim, a autora convidada, Professora Doutora Adela Bork Vega, da Universidad Católica de Valparaíso, Chile, tece reflexões em torno das memórias sociais na América Latina e as formas de reconhecimento contruídas ao longo do tempo. Questiona os contextos do passado recente, buscando trazer à discussão o que fazer da memória no campo da investigação, bem como da dimensão ético-política.

Esta edição da *Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas* se tornou possível graças às dezenas de autores e autoras que nos enviaram resultados de suas pesquisas, e aos pareceristas, dos diversos Estados brasileiros, que nos permitiram

chegar aos artigos mais adequados. Daí nossos efusivos agradecimentos a todos (as) por nos proporcionarem alcançar este objetivo.

A todos desejamos uma ótima leitura!

Primavera de 2017.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del’Olmo
Profa. Dra. Rosângela Angelin
Comitê Editorial

DIREITO E JUSTIÇA: Reflexões sociojurídicas

NOVOS DIREITOS

**Revista do Curso de Graduação em Direito
da URI – Campus Santo Ângelo–RS**

Santo Ângelo – RS, ano XVII, n. 29 – Novembro/2017

ISSN 1676-8558

THE NEW RULES OF GLOBAL SOCIETY, FLEXIBILITY AND INFORMALITY DEALING WITH DIFFICULT ISSUES AND ACHIEVING GOOD RESULTS

AS NOVAS REGRAS DA SOCIEDADE GLOBAL, FLEXIBILIDADE E INFORMALIDADE TRATANDO COM QUESTÕES DIFÍCEIS E ALCANÇANDO BONS RESULTADOS

Wilson Almeida¹
Antonio Yang²
Mayra Cavalcante³

Sumário: Introduction. 1 Globalization and the redefinition of the role of the State. 2 The impact of globalization on the international legal system. 3 Emergency in regulatory private regimes. 3.1 Legal pluralism. 3.2 Reflex of transnationalization of markets in international labor law. Conclusion. References.

Abstract: Economic and social relations, related to the movements of transnational corporations as an important sphere of globalization, have generated a strong impact on the positive law of the states and, as a result, in the international legal system itself. All this has led to studies that point to a new role of the national state, which comes to live with international actors that create rules applied in the internal system of these states. These new rules have proven the inability to discipline and create social relationships, allowing the emergence of private regulatory regimes and a diversity of sources of law describing current legal pluralism. As a private standard of relevant social regulation at a global level, the object of this study is transnational collective bargaining, highlighting its definition, reasoning, legal frameworks, main difficulties of implementation and effectiveness.

Keywords: International Economic Law.

Resumo: As relações econômicas e sociais, relativas aos movimentos das empresas transnacionais como uma esfera importante da globalização, têm gerado um forte impacto sobre o direito positivo dos estados e, como decorrência, no próprio sistema jurídico internacional. Tudo isso tem levado a estudos que apontam um novo

1 Pós-doutor em Relações Internacionais pela Georgetown University, Washington, DC. First Honorary Fellow e Pós-doutor em Relações Internacionais pela University of Wisconsin-Madison, EUA. Visiting Scholar na National Taiwan University. Doutor em História das Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Graduado e pós-graduado(MBA) em Administração pela Universidade de Pernambuco. Publicou 20 livros e algumas dezenas de artigos no Brasil, nos Estados Unidos e em Taiwan. Foi Presidente da Fundação para Desenvolvimento de Tecnópolis-FUNTEC, Goiânia. Foi Pró-reitor, Diretor, Coordenador e professor em várias universidades. Atualmente é professor do Mestrado em Direito e do Curso de Relações Internacionais da Universidade Católica de Brasília, Avocational Lecturer na Steinbeis University Berlin e Visiting Researcher na Georgetown University, Washington DC.

2 Professor of International Trade. Chihlee University of Technology, Taipei, Taiwan. E-mail: antonioyang02@yahoo.com

3 Mestre em Direito Internacional na Universidade Católica de Brasília, com especialização em Direito Público e em Direito Privado pela Universidade Federal do Piauí. Advogada. Atualmente é sócia-advogada do escritório Valdeci Cavalcante Sociedade de Advogados. Tem experiência na área de Direito, no contencioso e consultoria. E-mail: mcavalcante@yahoo.com.br

papel do Estado nacional, que passa a conviver com atores internacionais que criam regras aplicadas no sistema interno desses estados. Essas novas regras comprovaram a incapacidade de disciplinar e criar relações sociais, permitindo o surgimento de regimes regulatórios privados e uma diversidade de fontes de direito que descrevem o atual pluralismo jurídico. Como um padrão privado de regulamentação social relevante em âmbito global, o objeto deste estudo é a negociação coletiva transnacional, destacando sua definição, raciocínio, quadros legais, principais dificuldades de implementação e eficácia.

Palavbvyras-chave: Direito Internacional Econômico.

INTRODUCTION

The increasing performance of multinational companies, corroborated by the financial liberalization, shows the main characteristics of financial globalization.

Financial, economic and social relations, which derive from the internationalization of commercial and monetary operations, demand supranational legal systems, that may take place where States cannot discipline them yet, efficiently and safely, though several new international agreements settled.

The State inefficiency in the regulation of new situations, involving transnational relations, causes a reflection on the role of the State in society and a possible redefinition in some of its functions, especially the state regulatory function.

In a globalized society, a clear attenuation in the state power of regulation is observed, while new attributions are conferred to it. Among these new activities, the coordination of new normative microsystems resulting from the globalization process, the neutralization of market dysfunctions and the development of public policies that reduce the negative effects of globalization attracts attention, which is noticed most clearly in the social field.

Global interdependence has occasioned the arise of different social situations that require from the State modern ways of acting, not only concerning their political actions, but also on the adoption of different legal standards and responsibility, security patterns.

The society begins to produce its own standards, aimed at specific areas and interests, without violating previous legal systems, such as disciplinary regulations, guidelines of production, codes of conduct, global agreements and standardized contracts with global reach.

This spread of private standards - which produce their effects without breaking the rules of public nature that still dominate the social order - reveal the current legal pluralism, widely characterized nowadays.

International Labor Law was significantly affected by new legal sources deriving from the expansion of multinational companies and the trans

nationalization of markets and labor relations, reducing the role of the ILO as a regulator in this field of Law.

The state alone no longer is able to meet all the expectations of the globalized society, which entails the redefinition of its institutional role, and makes room for the rise of new social actors, supranational powers and new types of social regulation.

1 GLOBALIZATION AND THE REDEFINITION OF THE ROLE OF THE STATE

The modern legal history has been shaped by politics, and is characterized primarily by the statehood of Law. The bourgeois class, conquering the power in the 19th century, concentrated the monopoly of law in the state hands, making it the legitimate and sole creator of legal rules. Public law, subjected to the manifestation of the State's supreme will, became superior to other sources of normativeness, constituting a manifestation of authority and state sovereignty. Therefore, the legal system shaped exclusively by the State was gradually dissociated from the social and economic facts that have remained in continuous transformation (GROSSI, 2009: 158).

Even in the early twentieth century, dissatisfaction of different social groups (such as trade unions and industry groups) with the state apparatus and its limitations began to emerge. The internal sovereignty of the State began to be questioned, making room then to a state crisis scenario. Recently, along the creation of international public authorities who have imposed limitations on States - such as those resulting from the formation of the European Union – again the topic came to light. (CASSESE, 2010)

Currently the state crisis is still discussed, but from a different standpoint: the incapacity of state services to meet the expectations of citizens and society. The modern situation has caused a growing number of privatizations and state activities concessions to private companies, which has led to a reduction in government's role. (CASSESE, 2010)

Based on the analysis of these facts, Cassese (2010: 14) defines the State of crisis as the "loss in unit of the strongest public power in the domestic context and the loss of sovereignty in the international scene."

Internally, civil groups, many of them private, have won importance in the regulation of activities they develop, responding suitably and efficiently to the desires of the represented categories.

Externally, the continuous transformations in society led to the expansion of social and economic transactions, that exceeded national borders, arising then, the need for global public systems, which would prove able to discipline the new cross-border relations.

The States, hence, currently face a new reality, reshaped by the moment in which their economic and social relations begin to transcend their geographic boundaries and internal demands, having to live with new regulatory subjects, which arose during the process of globalization. These events have significantly affected the role of the State, especially in its regulatory function.

For a better understanding of this process of globalization, the definition of the phenomenon by Faria stands out (2004: 52).

A systemic integration of the economy at supranational level was triggered by the increasing structural and functional differentiation of production systems and the subsequent expansion of business, trade and financial networks in scale.

This is a process of economic, trade and financial integration with supranational extent that goes beyond the limits of state action, and counts on the participation of public and private bodies and movements, in which the state power of control and management is reduced and shared with the new private actors who have gained more space and importance in the globalized economy.

Cassese (2010:25) brings the same idea, more specifically as follows:

Globalization comprehends the development of networks of international production, allocation of productive units in different countries, fragmentation and flexibility of the production process, interpenetration of markets, quick reports and financial flows, change in the type of wealth and work, in addition to universal standards to means of bargaining.

Under the light of this new reality, mainly characterized by deterritorialization of economic activities, the State has experienced a process of redefinition in its sovereignty and regulatory role.

Sovereignty, one of the basis of the modern concept of State-Nation, had its concept modified since the 15th Century until the current moment. At the end of the 15th Century, when the concept of State arose, meanwhile the clash between the modern State and the Church for its political autonomy in issues related to public interests took place; sovereignty was characterized by unity and exclusivity of state power in politics, without the submission to any other authority (MIRANDA, 2004: 87).

Even in this period, Jean Bodin and Thomas Hobbes – the first authors to study the edges of sovereignty – highlighted in its concept the monopoly of the State's Legislative power: the power to create and repeal law; and the monopoly to use force or physical coercion: the power to impose particular behaviors to members of society, in order to generate new mechanisms to create and keep political and social cohesion (MIRANDA, 2004: 87).

Heller's concept was conceived in the same way, as follows:

Sovereignty comprehends the capacity, either legal or real, to decide definitive and effectively every conflict that change the unit of socio-territorial cooperation, including against their legitimate people, if needed, besides the capacity to impose any decision to everyone, not even members of the State, but, initially, to all inhabitants of the territory. (HELLER, 1995, *apud* MIRANDA, 2004, p. 87)

Hobbes' concept, i.e. absolute sovereignty, without limitations, was deeply chanced during the next centuries, particularly in the 18th Century, when Rousseau defined sovereignty as an “expression of the common will of people, and not anymore as an exclusive attribute of some State or supreme commander ” (ROUSSEAU, 1953 *apud* MIRANDA, 2004:88), and as well as when some proposes to create an equilibrium in the Republican Power among the Executive, Legislative and Judiciary Powers were debated, since the latter was the sole and exclusive one.

Since that perspective have prevailed, the Legislative Power became the most important one among the political powers, once it expresses the common will of people by the elections of their representatives in the Parliament, consolidating a new concept of sovereignty, reaching a large extent in an internal order (MIRANDA, 2004.)

Based on that perspective, Habermas analyzed the question of sovereignty in State-Nations, drawing attention to three processes that, according to his understanding, could affect the capacity of sovereign activity of the State. The first one would be the loss in state control capacity which, according the author, means as follows:

the State alone is no longer sufficiently able, by its own force, to defend its citizens against external effects resulting from decisions of other actors or against chain effects of such processes, which have their origin in their borderlines (HAVERMAS, 1999: 4-5).

The second process pointed out by the author as a possible damage to the State's sovereignty refers to the “growing deficits of legitimation in the decision-making process”, since, as a result of interdependence and interstate alliance, there is no coincidence between the circle of those who take democratic decisions with those who are affected by these decisions (HABERMAS, 1999.)

And, at last, the author writes “a progressive incapacity to prove, by a legitimate effect, command and organization actions,” deriving from the limitation in the State's ability to interfere, mainly because of the unnecessary national presence of the capital, which is always seeking the possibility of making investments and earning speculative gains, creating the possibility to use the their options of withdrawal as a threaten against States that prioritize social patterns seen as burdensome to the maintenance of resources in the national territory, in such a way that, according to the words used by the philosopher, “national rulers lose, then, their capacity to exhaust tributary resource of the internal economy, to stimulate growth and, thus, the ability to assure fundamental basis to their legitimation.” (HABERMAS, 1999)

The reflections of these processes has affected significantly the relation between the economy and the State, mainly in the last twenty-five years, The State, which previously had the control over the economy (monetizing, controlling importations, etc.) has to follow financial impositions, market rules, adapting its structure to the world-economy⁴. Now, the same multinational company has its headquarters, productive facilities and clients spread in different nations. If the State previously set rules for the economy, nowadays, it has to adapt to it, inciting market trends, wielding just a relative power in relation to the economy. (CASSESE, 2010: 45-47)

The speed in which the market integration in the so called world-economy occurs also has reduced the macroeconomic capacity to coordinate the State-Nations. As consequence of a greater interconnection between business structures and financial systems as well as the development of great regional trading blocs, the political system has lost its exclusivity to organize society and begins to internalize the limitations imposed by financial agents, experiencing an order increasingly self-organized and self-regulated. (FARIA, 2004).

Forjaz analyzes the decline of the national State, listing transnational (or supranational) institutions and sub-national (or sub-national) institutions which compete with the State, making it more fragile in one of its main public functions: social regulation.

Initially, external institutions, which operate in a wider scope than the national State, are cited. They start to exercise governmental functions and to produce standards to the States, imposing an another external sovereignty, a new power that constrains and can restrain the power of the State.

These comprehend multilateral organizations such as the United Nations (UN), World Trade Organization (WTO) and the International Monetary Fund (IMF). In addition, there are also regional blocs, supranational entities composed by groups of nations that set their own standards, and transnational companies, that transcend the boundaries of national States, seeking attractive markets, not conditioned by reasons of state. Also, continuous flows of financial capital and the global network of communication interfere in the State's sovereignty, since they do not follow national boundaries, making no room for the State to control them. (FORJAZ, 2000: 42)

Sub-national entities and centrifugal forces also undermine internally the State's authority, such as tribalism and strengthening of sub-national levels of power as municipalities or provinces, increasingly autonomous.

Tribalism is characterized by the formation of new social groups defined by ethnicity, religion, gender, culture and even language, whose identity has a smaller extent than the national State, pressing it to achieve greater autonomy. These movements cause the national State to lose importance and precision as a social, cultural and political definer. (FORJAZ, 2000)

⁴ It is characterized by the world scale production, which is fragmented and geographically dispersed, in which comparative advantages of each market are used.

At the same time, the State has suffered political decentralization processes resulting from the strengthening of sub-national levels of government municipalities, whose policies directly affect the lives of their citizens, more clearly and significantly than national policies. (FORJAZ, 2000)

There is still the creation of new groups deriving from the network of contacts and the organization of individuals with common interests in the economic, political, social or professional area (either with or not State interference) which begin to seek more efficient solutions to meet their interests, acting as new centers of regulation. The same applies to groups of countries with identities of interests that are organized to meet their demands altogether. The state rules now compete with bilateral, multilateral and supranational disciplines resulting from contracts, agreements and regional integration.

Therefore, the state no longer determines solely the direction of the economy. In the globalized economy, several other autonomous public entities gain importance in economic decisions, such as international organizations, regional blocs, as well as supranational and sub-national institutions. Even other countries have now influence on the domestic economy of other countries. A weakening of the interventionist role of the State is seen and an internal fragmentation of public control of the private economy, which produces an imbalance between the State and the economy (CASSESE, 2010).

Though the State continues to wield its authority within the boundaries of its territory, there is a clear limitation of its taking-decision autonomy. This new social-economic context points out the impossibility for the State to establish and achieve their objectives on its sole will. (FARIA, 2004)

Once the State is vulnerable to standard rules bound to economic decisions set forth in foreign territories, by people, company groups and institutions over in which it does not have power control, the national State had to restructure and redefine their administrative, political and legal structures by means of processes of delegalization⁵ and privatization.

These processes were formulated and justified to assure the governance and integration of the national economy in trans nationalized economies, among other reasons of the same nature. Because of this rearrangement, administrative, political and legal structures of the Nation-State start to exercise new functions, such as the reduction of its role as privileged centers of direction, the deliberation and imposition of mandatory behavior, starting to act as coordinative, adequate mechanisms of interests and pragmatic adjustments. (FARIA, 2004)

Not only in the financial level the cooling of the State's authority and the affect over its sovereignty is seen. Technology, media and telecommunications, once tools under the state domination, currently transcend its control and imposes limitations. Individuals can communicate through electronic networks, creating direct relations with each other, establishing networks, associations and international

⁵ Delegalization comprehends the process of taking from the legislative regulatory control (by means of law) certain subjects and give their regulatory control to the Executive power (by means of decrees).

groups, without the interference of public authorities, as well as non-governmental organizations does internationally.

Non-governmental organizations also play an important role in the current scenario, exercising an effective part in the production of legal norm. Many of them have status of official consultative entity. Many are formally invited to attend plenary sessions of several meetings to exchange information, and even to collaborate in the reporting of certain governmental committees and committees of experts. (ARNAUD, 1997)

As an example of non-governmental organization, the Transparency International can be highlighted, which develops tools to fight corruption and works with other organizations, businesses and governments to deploy strategies⁶.

Other associations, both domestic and international, are also emerging, focusing on the interference on the normative production to achieve their specific objectives. This is the case of international labor unions, which seek to improve the work condition of particular professions at regional level or in sphere of a multinational company. Such measures take place through transnational collective bargaining and global agreements – which are objects of this study – or even by the participation in the development of international codes of conduct.

According to Arnaud (1997), more than a matter of fragility of state sovereignty, there is an erosion of the authority of government resulting from, among other things, the porosity of borders, the difficulty of controlling the monetary cross-border flows, of goods and information, and technological advances. Currently, governments have suffered as much external pressures – coming from the process of globalization – as internal pressure, by virtue of locally rooted social movements.

Nevertheless, Arnaud points out an interesting paradox between the process of globalization and the reduction of the State's role. Accurately the jurist points out that the State is still the most effective tool to ensure the better regulation in the current resulting social and economic context of globalization, mainly through the adoption and implementation of public policies that, for example, can improve the functioning of the market and protect the most vulnerable social classes (ARNAUD, 1997).

In order to better understand this paradox, the previous author points out that, though globalization allows labor unions to bargain collectively with companies' incomes and conditions for a certain job category, the State sets limits to these privileges and reaffirms the rights of each part, as well as establishes hygiene and security standards which application the unions will control. The State, thus, guarantees the participation of civil society, equally, in the development of normative rules, even though, initially, it means its own weakening in face of several controlling centers for decision regulation. (ARNAUD, 1997)

Therefore, the first alternative remains the quest for state protection. Since it no longer seems capable of providing all the demands of society, new solutions are

⁶ Available at: <http://www.transparency.org/>

sought, which do not depend on the state action. In this context, the importance of civil movements stands out, arising as new entities in the political, economic, social, cultural and environmental decision-making, where the State no longer can respond to the social needs. (ARNAUD, 1997).

2 THE IMPACT OF GLOBALIZATION ON THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM

According many jurist, globalization means the breaking of monopoly and strict state control of Law (GROSSI, 2009: 160). The Law no longer derives solely from the State; now it comes from several sources.

Globalization, based on the legal perspective, has weakened the capacity of government regulation, turning hierarchical structures of business activities into organizations under the form of networks. This new pattern is based on partnership, cooperation and flexible contractual relations; generating unique, singular social situations, which require new standards of responsibility, control and security. Such phenomenon has also changed the type and the dimension of conflicts, making the rules and procedural mechanisms, traditionally used by positive law to erase them, ineffective. Globalization has redefined the extent, importance and scope of state functions and roles, allowing new forms of political action and new models of legality. (FARIA, 2004)

In the current and complex socioeconomic order, continually transformed by globalization, the positive Law has proved ineffective, emerging rules spontaneously generated in different branches and sectors of the economy to meet their specific needs. The increasing global interdependence caused the internationalization of social relations, which intensifies the demands for supranational rights that cause the relativism of the nation-state's role, which has as one of its characteristic features the territoriality as a privileged interaction unit (FARIA, 2004).

Thus, the legal institutions of the nation-State are progressively reduced regarding the number of standards and legislation, making it, however, more agile and flexible in terms of procedure. The state's retained their legislative work in various subjects, but has decreased in its power to intervene and often compelled to share their ownership of legislative initiative with different forces that transcend the national level, having to be restricted, in many situations, in the articulator and conductor role of "self-regulation", the standards produced by the interested parties to meet their demands, or even the rules drawn up within the transnational financial and business organizations, in the context of the world economy, in the form of guidelines for production, disciplinary regulations, codes of conduct and standardized contracts with global reach (FARIA, 2004).

In addition, international public authorities arise too, such as *Correios* (the Brazilian post office), and the regulator power of idealized entities is revealed, as a forum for discussion, negotiation and agreements, like the World Trade Organization, which begin to question the State-control model. (CASSESE, 2010).

Private actors, who wield economic power, become producers of Law, in a process that occurs outside the state boundaries, without the need for the deconstitution of traditional legal structures, which will then be considered altogether the self-ordering of society.

The strong link between the Law and the political will that prevailed in the modern State shows weakened by the field of economic forces which impose other sources of legal production. The state Law is no longer compatible with the speed and flexibility of the construction of the capitalist economy, already global. (GROSSI, 2009)

The social structure seeks to self-management. The legal system becomes a choice for, in the search for better protection, the less severe or more convenient right. There is a replacement of the state monism, and its compact organization, for a conglomerate of rights, that sometimes stand incompatible, but provided of rules of conflict, indicating which standards should be applied to an actual case. A particular way of establishing relations between the public and private sectors is noted. These relationships are no longer bipolar, but multipolar. A national company can develop partnerships with a supranational administration, with the support, or even in opposition to the national government, together with other economic agents from the same country or from other countries. There is no superiority of public over private. The State and the market, once considered separate and opposed worlds, are interrelated entities (CASSESE, 2010).

Effectiveness begins to prevail over validity. The centralized and authoritarian model loses space for new legal models in its informality and flexibility express the practical demands of everyday life in different periods and places (GROSSI, 2009). According to Teubner, "in the path of globalization, politics has been clearly overtaken by other social systems" (TEUBNER, 2003: 12).

The new legal rationality, that comes along the phenomenon of economic globalization, appears as a result of constant tension between the process of harmonization and global standardization of important areas and branches of national positive Law and the proliferation of rules drawn up by large corporate conglomerates, transnational financiers and organizations that create technical standards to meet the minimum requirements of safety and quality of outstanding goods and services, among other private settings. (FARIA, 2004: 148-149)

This legal rationality requires from the Nation-State new intermediary roles to regulate social relations arising from interconnections between international financial institutions and transnational business corporations, in which the cooperation of new political, economic agents is unavoidable (FARIA, 2004).

This new reality will primarily create decentralized, procedural and facilitative legal institutions, as opposed to centralized institutions in an interventionist State. Institutions designed to prevent the outbreak of conflicts, and that simply neutralize any distortion of the market, aimed at coordination of legal particularism, normative microsystems with their own pace of development and different forms of legality developed within the numerous productive chains that exist in the globalized economy (FARIA, 2004).

According to Marcos Valadão (2003: 16), the soft law can be understood on the international scene as follows:

Rules organized by international associations and organizations, either public or private, for which their normative force is recognized and may have effect on the formation of legal acts with international effects, regarding personal, real or trade features between the parties or private.

These standards stood out with the arise of multilateral organizations and international organizations, both public and private, taking place in the early twentieth century, adopted by the Bretton Woods institutions, exercising strong influence in international relations, producing legal effects, even with some degree of relative cogency. Although not formally manage classical sanctions of international law, they generate other penalty arrangements, excluding from the market or the international community those who do not follow its precepts (VALADÃO, 2003).

The strong influence of the soft law, mainly on trade and international economy matters, was due the regulatory vacuum regarding the discipline and regulation of these issues. The market began to act without a pattern in various subjects, standardization of procedures and arrangement of data for exchanging of information, finding out in the soft law a way to facilitate economic and trade transactions globally (VALADÃO, 2003).

Economic globalization has created a need for new legal instruments to discipline the current economic and social issues that go beyond the boundaries of a State. This is a global economy that requires a renewed Law, in which the prerogatives of transnational economic actors can be supervised, even by contracts or agreements, in which cross-border disputes can be resolved, not by state judges and judgments of limited jurisdiction, but through arbitration decisions took by private judges chosen or accepted by the parties.

Because of the growing importance of the supra standards and national infrastructure, the National State loses its monopoly to promulgate rules, which results in an increasing privatization of legal regulation in a primarily coming right to private negotiation. In this context, the State has not proven sufficiently able to adapt to the evolution of contemporary society, and being part of its role, at the international level, the control of rightness in bargaining procedures (RUDIGER, 2006: 78).

Given the inefficiency of the State in the exclusive regulation and discipline of society, in its various sectors and activities, new and different sources of law proliferate aiming at the regulation of many social, political, economic, environmental and cultural relations, mainly derived from globalization, emerging thus an international scenario characterized by legal pluralism.

The new legal rationality, that comes along the phenomenon of economic globalization, appears as a result of constant tension between the process of harmonization and global standardization of important areas and branches of

national positive Law and the proliferation of rules drawn up by large corporate conglomerates, transnational financiers and organizations that create technical standards to meet the minimum requirements of safety and quality of outstanding goods and services, among other private settings. (FARIA, 2004: 148-149)

This legal rationality requires from the Nation-State new intermediary roles to regulate social relations arising from interconnections between international financial institutions and transnational business corporations, in which the cooperation of new political, economic agents is unavoidable (FARIA, 2004).

This new reality will primarily create decentralized, procedural and facilitative legal institutions, as opposed to centralized institutions in an interventionist State. Institutions designed to prevent the outbreak of conflicts, and that simply neutralize any distortion of the market, aimed at coordination of legal particularism, normative micro-systems with their own pace of development and different forms of legality developed within the numerous productive chains that exist in the globalized economy (FARIA, 2004).

3 EMERGENCY IN REGULATORY PRIVATE REGIMES

Private organizations and the civil society move to meet new ways of regulating their conducts and transactions, since the incapacity of the State to rule increasingly complex relations that overcome the physical boundaries of their territory. This attitude comes to make possible the maintenance of the social order in different sectors of the international sphere.

The role that until then seemed to be exclusive function of law made by States (order society through rules to ensure social peace) shall be exercised by different social fields in the private sector, consistently and specific, that reveal often higher degree of efficacy to that experienced by public standards, produced by state bodies, regulating situations for which hitherto was not possible and effective legal remedy.

The phenomenon is more easily understood when the most classic examples of successful private rules is brought up: *Lex Mercatoria*.⁷ This new concept is a part of the global economic law which operates on the periphery of the legal system structurally dependent on companies and global economic transactions, conceived as a paralegal law, created outside the Law, deriving from economic and social processes (TEUBNER, 2003: 18).

Regardless the economic nature of the example previously mentioned, the process of globalization encompasses other social areas such as education, health care and culture, although normally discussed under the view of politics and economy – covering their specific paths in the globalization process – they began to

⁷ *Lex Mercatoria* can be understood as “a set of proceeding that allow adequate solutions to the expectations of the international market, regardless necessary connections with national systems and legally effective” (STRENGER, Irineu, **Direito do comércio internacional e lex mercatoria**. São Paulo: LTr, 1997)

demand specific standards of global extent, which have to be set up within intergovernmental or non-governmental organizations. This phenomenon developed an increasing production of substantive Law without the participation of the State, without necessary interaction with national or international treaties resulting from original requirements of legal certainty and regulation for conflict resolution beyond state borders (TEUBNER, 2004).

A clear displacement from the focus on the state legislative process (by means of the Legislative and Judiciary Powers) to a private process of normative production, controlled under contracts between global social actors, the regulation of the private market by international companies and the internal regulation of international organizations, which, according to Teubner, composes the current dominant sources of the law. Since these normative sources are closer to other social sectors, they create a particular peripheral, social and spontaneous legislation. In this context, the central sources of Law become the private regulation, as the nation-State is unable to broaden the extent of their public standards to the legal regulation of social activities of private sectors in world scale. (TEUBNER, 2004).

In reference to David Levi-Faur, Donadelli points out the role exercised by the actors of the private sector. Levi-Faur defines this phenomenon as “regulatory capitalism,” calling attention to the particularities that characterize it as follows: a new division of regulatory tasks between the State and society; the increase in the delegation of new technologies of regulation, by the formalization of mechanisms of self-regulation without state interference. Also according Livi-Flaur, the regulation exercised by the private actors legitimate the neoliberal capitalist system and make economic relations more trustful in an environment that necessarily involves the richest people. (LEVI-FAUR, 2005: 2 apud DONADELLI, 2011: 6)

Therefore, considering the nonexistence of a global political organism able to institutionalize an organized sphere of a “legal political decision,” new corpora of private standards to specific social sectors appear constantly, even though following a decentralized, non-hierarchical way, but spontaneously coordinated. (TEUBNER, 2003).

This phenomenon of production of global legal sui generis systems by different sectors of world society with relative autonomy in the nation-State, Teubner named is as "global Bukowina", conveying the idea of a "global Law with no State" (TEUBNER, 2003: 10). This concept is characterized in regulatory norms established by multinational business groups, and following human rights and environmental Law, which require specific rules of global extent, as well as concerning the field of technical standardization and professional self-control, where there is strong tendency to coordination on a global scale (TEUBNER, 2003).

However, non-state legal systems are constantly questioned. Their activities are not necessarily based on national, supranational or international law; there is no central locus of authority; often there are no clear structures such as courts, legislative committees, auditors and ombudsmen; They have no clear jurisdictional boundaries; and they do not require an easily identifiable set of potential democratic participants in their processes (BLACK, 2008).

The proposition or creation of a new regulatory regime or another organizational structure, especially when it takes place outside the State, is always accompanied by huge challenge concerning the acceptance by the recipients and suitability of activity for its validity in the social order.

That is the starting point to the need for legitimacy of transnational non-state regulations, in order to strengthen its mechanisms, and motivate their recipients. Although this claim is disassociated from any intervention of States, that could more easily give them a legitimate orientation. Suchman (1995) argues that such legitimacy can be achieved through the following legitimacy building strategies: a) conformation of private regulation environment and preexisting precepts, keeping in accordance with the ideals and principles of the environment in which it is set up, when substantial needs of different sectors of the population is sought and offer them access to decision-making; b) environmental selection through which the regime or organization choose the environment which is the most appropriate and may legitimate it without requiring many changes in exchange; and finally, c) environmental manipulation, reserved for the most innovative schemes, which the conformist or environmental selection strategies are not enough, being necessary to intervene preventively in the cultural environment to develop bases of support specifically adapted to their particular needs, manipulating, then, the environment in which you want to be inserted. This hypothesis requires an active promotion of new explanations for the social reality by those seeking the legitimacy (SUCHMAN, 1995).

Therefore, legitimacy is clearly not an exclusive characteristic of state regulatory regimes. It can be built by private regime and, in some cases, delegated or given to them by their own States, which are unable to act in certain spheres of power.

Despite the possibility of acquiring legitimacy, and the well-known importance of private regulatory regimes in the discipline of supranational issues (considering the named inability of States in regulating the economy and other important sectors in a global society), there are still many criticisms to mechanisms of private regulation.

The main criticisms comprehend the goodwill attributed to perpetrators of such regulations, when the fact that these mechanisms are extremely exposed to the possibility of capture by special interests is pointed out, being against to the public interest, which entails a more cautious analysis of such private mechanisms. Another common criticism concerns the voluntary adherence to private rules without any coercive force, and the aforementioned democratic deficit that may make some private regulatory regimes questionable (DONADELLI, 2011).

Despite the criticisms, the regulatory failure of the State in the international sphere, associated with the conduct of private organizations in the construction of the legitimacy of its regulatory regimes, has made several private initiatives of regulation be accepted, practiced and considered legitimate by their recipients. Such thing is seen in companies with technical and environmental certification, internationally recognized, as well as in the increasing adoption of global labor

agreements resulting from transnational collective bargaining, which now regulate international framework of working relations within transnational corporations.

Therefore, the globalized society goes through a period of social transition, with the arise of new regulatory regimes of private sectors, although some changes are peacefully accepted and incorporated by the various social sectors as recipients, doubts and questions about their legitimacy is seen, even in decreasing degree.

3.1 Legal Pluralism

In the current social picture, the State has waived some prerogatives of its sovereign power, reducing their control over economic, political and legal issues, subjecting to a higher authority, as in the European Union. Moreover, as a result of a strong pressure from competitive global markets, some States have lost their ability to guide and protect their economy. In addition, evident signs of decreasing in traditional legal functions of the state are realized in the contemporary society. (TAMANAHA, 2007).

According to the ideas presented, many private organizations and institutions develop norms that apply to their own activities in order to fulfill the gaps from state legal regulation. During conflicts, usually the conflictive parts search for arbitrary decisions, fearing the inefficiency, lack of credibility and high costs of State Courts. Slums, common to many big cities all over the world, have being organized with few or any legal presence, and the “order” is kept by the use of other norms and social mechanisms designed by their people. These cases characterize the current face of legal pluralism (TAMANAHA, 2007: 386-387).

There is always legal pluralism where social actors identify more than one source of Law within the same social scene (TAMANAHA, 2007: 396). Although there is a deep discussion among researchers about the concept of Law in order to define the extent of legal pluralism, the idea that prevails is Law as something else wilder than the law developed by state institutions. Ehrlich understands Law is fundamentally a question of social order, being found everywhere (EHRlich, 2007: 24 apud DUPRET, 2007: 5). Woodman argues the Law comprehends a continuum that ranges from the most understandable part of law to the vaguest forms of social control (WOODMAN, 1998 apud DUPRET, 2007: 5). Griffiths concludes the Law is the self-regulation of each social area (GRIFFITHS, 1986 apud DUPRET, 2007: 5). Dupret affirms that law is determined by people within the social area where they live though their own common practices (DUPRET, 2007: 5). In reference to Griffiths, Teubner shares the same understanding, pointing out that the current legal pluralism tends to replace the actual legal factor by social control (GRIFFITHS, 1986, p. 50, note 41 apud TEUBNER, 2003: 19).

The legal pluralism is everywhere, as in the acknowledgement of more than one normative source by means of social practices in a particular social area. This is identified in every social field, an apparent multiplicity of legal orders, either in a local level, as in a county, or in global level. Gathering all levels of law- county,

state, national, international and transnational level– nowadays, there are norms derived from religion, culture or ethnics, such as the rules seen in indigenous villages. There is also a strong private influence in the normative production, as the already mentioned *lex mercatoria*, that establishes rules to transnational trade (TAMANAHA, 2007: 375).

Faria (2004: 155-156), analyzing the legal thinking, describes legal pluralism as follows:

In so far under such generalities and flexibility of the new standard of positive Law of the State-Nation, the international financial organizations and the transnational corporations form complex nets of formal and informal agreements in world scale, establishing their own rules, proceedings for self-solving conflicts, their normative culture and even their criteria for legitimation, as well as defining their own identities and regulating their own operations, what, in practice, is seen is an evident case of legal pluralism; such pluralism that is understood through the view of over position, articulation, intersection and interpretation of several mixed legal spaces. Being “porosity” its basic characteristic in these multiple normative nets, this sort of pluralism guarantees both the specificity and the originality of institutions of emerging Law with the phenomena of economic globalization.

Teubner (2003) points out in his researches the production of “global legal *sui generis* systems” - indicating legal systems of multinational business groups – the Law developed by companies and labor unions to rule work relations, the coordination in world scale in areas of technical standards, and the discuss of human rights, conducted initially in global sphere (TEUBNER, 2003: 10).

Among transnational corporations, international Non-Governmental Organizations (NGO) and global union entities, transnational networks stand out, with regulating power, such as the Financial Stability Forum, composed by three trans governmental organizations; the Basel Committee on Banking Supervision, the International Organization of Security Commissions and the International Association of Insurance Supervisors; in addition to other authorities, both national and international, responsible for the financial stability throughout the world. Active networks have been created by judges and other international organisms (TAMANAHA, 2007).

The perspective of a uniform and monopolist law that rules the community is clearly obsolete. The expansion of capitalism and the movement of people and ideas among countries is fastening every day, resulting in transforming consequences to the law, society, politics and culture. In addition, globalization brings an expressive amount of supranational and international legal systems, possible to directly affect people, no matter where they live (TAMANAHA, 2007: 410).

The systems become autonomous, driving their attention to their own interests, problem-solving and conflicts internally created, leaving no space to the State and its legal system exercise their management, subordination, control and direction capacity over them. The State have less conditions to ensure the prevalence

of the public interest over particular interests of productive agents, in order to discipline individual behaviors and demand respect to the rules and its system (FARIA, 2004: 195).

Based on the idea that the very civil society prompts the globalization of their many discourses, instead of politics, Teubner (2003: 14) supports the thesis that “world Law have been developed from social peripheries, as a result of contact zones with other social system, and not in the center of State-nation's institutions or international institutions,” the reason why nor political theories nor institutional theories on Law can offer adequate explanations about the globalization of Law. The pluralist theory of Law performs more appropriately this responsibility.

Teubner (2003) approaches the legal pluralist theory as being the only adequate way of interpreting the global Law, which is different from the traditional Law of State-nations and is already broadly settled nowadays, though little political and institutional support in the world sphere, but it is firmly related to social and economic processes which, according to the author, receive their most essential impulses.

The fragmentation of global Law – with its multiple chains and legal systems constituted from interactions of political, social and legal spaces – does not imply a chaotic order. These spaces, even though autonomous, influence each other during their interaction, though not necessarily with the same importance, power or influence. Therefore, each of them may work, for a certain period, as a signer, indicator, delimiter or polarizer of the others (FARIA, 2004: 163).

Although the fragmentation that multiple normative microsystems expresses, and yet the law of the State works in different intensities in the diverse social spaces, Tamanaha alerts the hardly it will be fully irrelevant. The public law is an exclusive position, both symbolic and institutional, which derives from the particular position of the State, in the national and international environment, in the contemporary political order. Besides, official legal systems of the State, the ones that work effectively at least, have a distinct instrumental capacity that allows them to evolve in a broad range of possible activities, and to exercise a huge amount of possible goals and projects, which extend beyond the normative regulation (TAMANAHA, 2007: 411).

3.2 Reflex of transnationalization of markets in International Labor Law

Labor Law was the legal field that most suffered from the impact of globalization, mainly due to the trans nationalization of markets and work relations. In face of the changes in the means of production and the process of work, and even with the arise of new sources of International Labor Law, both public and private, the internationalization of work rules and the development of a world social government emerges as the main challenges nowadays. (CRIVELLI, 2010: 9).

The International Labor Organization (ILO) – one of the most respectful organizations in the United Nations' system, having its main goals the normalization

of work relationships and the reach of social justice – has suffered from a hard and frequent questioning in the last decade, putting in check its role as a normative model, though the large normative production accomplished through its eight decades of existence (CRIVELLI, 2010).

The crisis that is taking place in the ILO has as main factor the replacement of the Fordist model of production by the Toyotist organization; the expansion of transnational corporations, that have started to develop financial activities in global scale, and, as a result, the deterioration of productive chains; the diversification of formal Law sources; the world extent achieved by international NGOs, that challenge international Law and social actors traditionally recognized and accepted by the ILO; the process of regional integration, such as the European Union and its community rules, in addition to the partial loss of sovereignty by State-nations, fact that has weakened the main tool of enforcement in international labor rules (CRIVELLI, 2010).

The changes that occurred in the core of the productive chains were one of the factors that brought deep modifications in work relationship. In the Fordist model, characterized by large-scale production for the market in expansion, the products are developed in the assembly line within the industrial establishment. There is a fragmented production, but collective, in which all workers have a function defined in the assembly line to the achievement of the final product. Fordist companies give importance to keep their medium to long-term workforce, guaranteeing conditions of stable jobs, by means of strong rules, that enhance their planning capacity (RUDIGER, 2006).

Toyotists companies, that have gained force with the opening of frontiers through globalization, do not produce to fulfill the market. Its model of organization is conducted by the demand of the market, what demands flexibility from companies to increase or decrease the amount of workers in a short period of time. The work force required must be multi-functional and organized in order to plan and execute different tasks in the period the demand arises. It is also common to hire workers from service company providers following the market demand, resulting in production decentralization (RUDIGER, 2006).

In this context, the need for flexibility in work relationships produces significant loses to workers, concerning their qualification, since they have no longer the former stability in the job.

Transnational corporations, which had grown dizzily through the 20th Century, act in different countries and continents. This process made them major actors in the contemporary international relations and they started thus to act as the main agents of globalization, bringing new changes to labor relations. During the process of collective bargaining, they develop rules of procedure, technical standards and code of conduct that discipline individual behavior of workers, influencing international labor Law (CRIVELLI, 2010).

The practice of social dumping, in which multinational companies reduce their worker's income in order to make their products more competitive in the

international market, is also one of the negative social consequences of globalization process.

Although there is no legal definition for social dumping, the term can be characterized as “international prices of products distorted by the fact that the production cost is based on work rules and conditions inferior to the reasonable level or adequate level in international scale” (GONÇALVES, 2000: 50)⁸. In order to become competitive and export such products with prices inferior to their competitor, some companies use of unfair means, as the hire of child labor, and even slave labor, a serious violation of fundamental rights of workers.

Another mechanism used by transnational companies is the Export Processing Zone (*Zona de Processamento de Exportação* – ZPE), which is questioned in terms of social justice. It is settled in developing countries to improve the economic strategic growth of regions where it operates.

In 2003, the International Labor Organization defined EPZs as “industrial zones with special incentive designed to attract foreign incentives, where imported materials pass through a level of processing before being (re)exported (...)” (ILO, 2003, p. 1). Some years later, a study carried out under the coordination of the same organization broadened the concept of EPZ, defining them as “regulating spaces designed to attract exportation companies under supply within a country, which offers them special conditions of tax and norms” (MILBERG, 2008: 02).

Although EPZs open many job opportunities, hiring more than 50 million workers all over the world, and yet official public entities affirm such mechanism contributes to a fair development and the increase of good jobs, public authorities still worry about eventual exemption in labor Law to national ZPE, or by the fact they represent obstacles to people exercise their rights (MTE, 2005).

According to Dupas, the works exercised in EPZs usually have low or almost any qualification, besides fragile union relations. The workforce may majorly comprehend young women, who work for a long daily period, with low incomes, night work, high turnover and low job security, due mainly to the lack of other regional posts of work (DUPAS, 1998).

In the light of these changes in the international environment, the ILO has showed reactions through many initiatives. In the 86th Session of the International Labor Conference, it signed, based on its eight fundamental conventions⁹, the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, establishing as fundamental principles the freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; the extinction of all ways of forced or compulsory labor; the effective abolition of child labor; the elimination of discrimination concerning job category or occupation¹⁰. Although such guidelines are not legal obligations, they constitute an orientation to behavior, having the main goal of

8 GONÇALVES, Reinaldo. **O Brasil e o Comércio Internacional**: transformações e perspectivas. São Paulo: Contexto, 2000: 50.

9 ILO Conventions 87, 98, 29, 105, 100, 111, 138 and 182.

10 OIT. **Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Available at: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf

enhance the ratification of the eight fundamental conventions for every Member State (CRIVELLI, 2010).

In 1994, a working group on the liberalization of the international trade was settled, which, in 1999, was renamed to Working Group on the Social Dimension of Globalization, aiming at the development of tripartite consensus proposals, consensus among employees, employers and the State, normative policies to face the social consequences of globalization. Because of suggestions from that group, the World Commission on the Social Dimension of Globalization, composed by personalities from all over the world focusing on the elaboration of a global report to propose to the international multilateral system an integrate approach to the social impact of globalization (CRIVELLI, 2010).

Another important initiative was the Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy which, though approved in 1977, gained major importance in 2000, when the topic was discussed again, adding it matters and a monitoring system. That document comprehended normative subjects, of voluntary application, aimed at the government of Member States and their respective organizations, being the necessity of voluntary submission of their social actors one of the great problems faced in its practical implementation (CRIVELLI, 2010).

Many proposals and experiences of labor regulation in the international sphere sprouted at the same time of ILO's official initiatives during the process of Globalization. Such proposals and experiences vary in legal nature, territorial extent of its jurisdiction and the amount of States or international actors evolved. In this environment marked by legal pluralism, the ILO is no longer the only formal source of the international labor Law (CRIVELLI, 2010).

Among actual experiences of international labor regulation, the legal tools of private Law stand out, such as the codes of conduct, etiquette or social seal, established by transnational corporations, union labor organizations or even by Non-Governmental Organizations (NGOs) (CRIVELLI, 2010: 124-125).

There are also global agreements, or macro international agreements, signed between transnational corporations and international union labor organizations, in which minimal conditions of work are settled for workers who work in different countries, creating important labor standards in the international extent. Such agreements symbolize important advances in a social dialogue and a more equal relation between workers and companies.

CONCLUSION

Economic and social relations, related to the movements of transnational corporations as an important sphere of globalization, have generated a strong impact on the positive law of the states and, as a result, in the international legal system itself. All this has led to studies that point to a new role of the national state, which comes to live with international actors that create rules applied in the internal system

of these states. These new rules have proven the inability to discipline and create social relationships, allowing the emergence of private regulatory regimes and a diversity of sources of law describing current legal pluralism.

As a private standard of relevant social regulation at a global level, the object of this study is transnational collective bargaining, highlighting its definition, reasoning, legal frameworks, main difficulties of implementation and effectiveness.

The modern legal history has been shaped by politics, and is characterized primarily by the statehood of Law. The bourgeois class, conquering the power in the 19th century, concentrated the monopoly of law in the state hands, making it the legitimate and sole creator of legal rules.

Another point, globalization, based on the legal perspective, has weakened the capacity of government regulation, turning hierarchical structures of business activities into organizations under the form of networks. This new pattern is based on partnership, cooperation and flexible contractual relations; generating unique, singular social situations, which require new standards of responsibility, control and security.

In the current social picture, the State has waived some prerogatives of its sovereign power, reducing their control over economic, political and legal issues, subjecting to a higher authority, as in the European Union. Moreover, as a result of a strong pressure from competitive global markets, some States have lost their ability to guide and protect their economy. In addition, evident signs of decreasing in traditional legal functions of the state are realized in the contemporary society.

And finally, Labor Law was the legal field that most suffered from the impact of globalization, mainly due to the trans nationalization of markets and work relations. In face of the changes in the means of production and the process of work, and even with the arise of new sources of International Labor Law, both public and private, the internationalization of work rules and the development of a world social government emerges as the main challenges nowadays.

REFERENCES

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BÜTHE, Tim. "Governance through Private Authority? Non-State Actors in World Politics." **Journal of International Affairs** vol.58 no.1 (Fall 2004): 281-290.

CARDOSO, Luciane. Códigos de Conduta, Responsabilidade Empresarial e Direitos Humanos dos Trabalhadores, artigo In. **Revista LTr**, v. 67.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 13-14.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

DAUGAREILH, Isabelle. **La negotiation collective internationale**. Travail et Emploi n° 104. Octobre-decembre 2005.

DILLER, Janelle. A social conscience in the global market place? Labour dimensions of codes of conduct, social labeling and investor initiatives. **International Labour Review**, Vol. 138 (1999), No. 2.

DONADELLI, Flávia. Regulamentação privada no contexto da Governança global. **3º Encontro Nacional da ABRI**. 2011. p. 8.

DUPAS, Gilberto. A lógica da economia global e a exclusão social. **Estudos Avançados** 12 (34), 1998 (p. 121-159).

DUPRET, Baudouin. Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification. **European Journal of Legal Studies**, vol. 1, 2007, Available at <http://www.ejls.eu/1/14UK.pdf>.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GERNIGON, Bernard, Alberto Otero e Horacio Guido. **Collective Bargaining: ILO Standards and the principles of the supervisory bodies**. Genève: ILO, 2000.

GOLDIN, Adrián O.; FELDMAN, Silvio. Relaciones colectivas del trabajo en el Mercosur (sobre una hipótesis de convergencia). **RELASUR** – Revista de Relaciones Laborales en América Latina – Cono Sur. Nº 7. OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social – España, Montevideo: 1995. p. 47-102.

GONÇALVES, Reinaldo. **O Brasil e o Comércio Internacional: transformações e perspectivas**. São Paulo: Contexto, 2000.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A negociação coletiva do trabalho como direito fundamental: necessidade de afirmação da tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial mundializada, Curitiba: **Revista Jurídica**, n. 21, Temática n. 5, 2008, p.95-121.

HABERMAS, Jurgen. Nos limites do Estado. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Caderno Mais!, p. 4-5, 1999. Available at: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs18079905.htm> > Accessed in November 18 2013.

HAMMER, N. ‘International Framework Agreements in the Context of Global Production’, in K. Papadakis (ed.) **Cross-border Social Dialogue and Agreements: An Emerging Global Industrial Relations Framework?** Geneva, 2008.

HAYTER, Susan. **The role of collective bargaining in the global economy: Negotiating for social justice**, Geneva: ILO, 2011.

Hessler, S. (2012): **Arbeitnehmerrechte weltweit stärken?** Die Umseizung der internationalen Rahmen-vereinbarungen in Mexiko. Frankfurt am Main/New York: Campus.

LENZA, Aroldo. A negociação coletiva em nível supranacional: um marco para o Mercosul. **Revista MPT**. Brasília, Ano XI. Nº 22. Setembro, 2001.

LIMA, Aldo José Fossa de Sousa. **Negociação coletiva transnacional: o acordo supranacional dos metalúrgicos do Brasil e da Argentina com a Volkswagen**, Piracicaba, SP: [s.n.], 2006.

K. Papadakis, G. Casale and K. Tsotroudi, “International Framework Agreements as elements of a cross- border industrial relations framework”, in K. Papadakis (ed.), **Cross-border social dialogue and Agreements: An emerging global industrial relations framework?** International Institute for Labour Studies, Geneva, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **O Pluralismo do Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Napoleão. Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p.86-94, out./dez. 2004.

MULLER, T., H.-W. Platzer and S. Rüb (2008): **International Framework Agreements – Opportunities and Limitations of a New Tool of Global Trade Union Policy** Friedrich- Ebert-Stiftung, Bonn. Available at: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/05814.pdf>.

OIT. **Negociación Coletiva y Codigo de Conduta**. Diagnóstico y propuestas para los Sindicatos de Nestle em America Latina. Geneva, 2000. p. 67.

OIT. **Liberdade Sindical na Prática: Lições a retirar**. **Conferência Internacional do Trabalho**, 97ª Sessão, 2008, Lisboa.

OIT. **Convenções** 87, 98, 29, 105, 100, 111, 138 e 182.

OIT. **Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Available at: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf.

PAPADAKIS, Konstantinos. Introduction In K. Papadakis (ed.), **Cross-border Social Dialogue and Agreements: An Emerging global industrial relations framework?** International Institute for Labour Studies, Geneva, 2008.

PLATZER, Hans-Wolfgang; RUB, Stefan. **International Framework Agreements. An Instrument for Enforcing Social Human Rights?** Friedrich Ebert Stiftung, Janeiro, 2014.

ROSENBAUM, Jorge; RACCIATTI Octavio. Negociación colectiva internacional. **Revista de Trabajo**. Ano 2. Número 3. Julio-Diciembre 2006.

RUDIGER, Dorothee Susanne. Autonomia privada coletiva e crise paradigmática no direito do trabalho. **Verba Juris**, v. 5, n. 5, jan./dez. 2006.

SOBCZAC, André. Legal dimensions of international framework agreements in the field of corporate social responsibility”, in: K. Papadakis (ed.), **Cross-border social dialogue and Agreements: An Emerging global industrial relations framework?** International Institute for Labour Studies, Geneva, 2008.

SPREMOLLA, Geraldo. Negociación colectiva internacional: realidad o utopía? Revista **Relasur**, nº 6, p. 65.

STEVIS, Dimitris. International framework agreements and global social dialogue: Parameters and prospects. **International Labour Organization**. Employment Working Paper No. 47. ILO, 2010.

SUCHMAN M. Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches. **Academy of Management Review**, 1995.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

TAMANAH, Brianz. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. **Sydney Law Review**, Vol. 29, 2007; St. John's Legal Studies Research Paper No. 07-0080.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

TEUBNER, G. (ed.). **Global Law Without a State**. Dartmouth, Aldershot, 1997.

Autores convidados

LIBERDADE E EQUANIMIDADE: ELEMENTOS AXIOLÓGICOS ESTRUTURANTES DAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

FREEDOM AND EQUALITY: STRUCTURING AXIOLOGICAL ELEMENTS OF CONTEMPORARY DEMOCRACIES

Natercia Sampaio Siqueira¹
Marcelo Sampaio Siqueira²

Sumário: Considerações iniciais. 1 As várias possibilidades semânticas para liberdade. 1.1 Liberdade como autonomia. 1.2 O ocaso do Estado liberal burguês e a reconstrução da liberdade. 1.3 O Estado Democrático de Direito: dimensão material e multidimensional do homem. 2 Sedimentação dos valores da liberdade e da equidade como eixo axiológico do Estado Democrático de Direito. 2.1 Equidade como medida da liberdade. Considerações finais. Referências.

Resumo: O trabalho busca delimitar os valores elementares à estrutura social democrática: equidade e liberdade. Mediante pesquisa bibliográfica, este artigo aborda as mudanças semânticas pela qual passou a liberdade até a construção do seu conceito que atualmente influencia as instituições sociais elementares. Posteriormente, argui-se que a medida da liberdade numa democracia é a equidade, que demanda abstenções e ações estatais, no intuito de se assegurar a justa oportunidade para a realização individual. Ao final, reivindica-se que a análise das questões relevantes através desses valores permite a construção e apropriação de um conceito material para igualdade fundamental à sustentabilidade democrática.

Palavras-chave: Liberdade. Equanimidade. Sustentabilidade. Democracia.

Abstract: This paper has the goal to delimit the elementary values to the democracy's social structure: freedom and liberty. Through bibliographic research, this study approaches the semantic changes of freedom until the conceptions that, in contemporary days, influences the elementary institutions of actual democracies. After, it is argued that the measure of freedom in a democracy is fairness, which claims actions and omissions of States to secure the fair opportunity to individual development. In the end, it is concluded that the analysis of hard cases by these values allows the built of a material concept for equality, which is fundamental for democracy sustainability.

Keywords: Freedom. Equanimity. Sustainability. Democracy.

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Constitucional da Unifor. Membro do grupo de pesquisa “Relações políticas, econômicas e jurídicas na América Latina”. Procuradora Fiscal do Município de Fortaleza.

² Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor da pós-graduação (Mestrado) em Direito Privado da Faculdade Sete de Setembro. Procurador do Município de Fortaleza.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A axiologia que hoje se faz presente no cenário internacional, bem como internamente a cada estado nação, possui comprometimento especial com a liberdade e igualdade. A justificativa para tal fato se estende desde argumentos antropológicos, aos de caráter contratualista, cultural, discursivo e de direito natural.

Os autores do presente artigo irão utilizar-se da perspectiva cultural, a qual se filiou Rawls no seu liberalismo político: a axiologia da equanimidade e liberdade é aquela própria à cultura pública de uma sociedade democrática. Dito isto, é preciso chamar atenção para a complexidade conceitual dessa afirmação. De primeiro, importa ressaltar que a justificativa de uma axiologia específica à cultura democrática pressupõe conteúdo material para democracia que não se esgota no seu aspecto formal: a cultura pública a apreende como carregada de significação axiológica que qualifica a estrutura social que se compreende democrática.

Há um ciclo de implicações: a cultura pública nas sociedades democráticas atribui conteúdo material à democracia, o que revela, por sua vez, a expectativa de que as estruturas sociais elementares, tais como o direito, a economia, a política e mesmo a família, sejam organizadas e vivenciadas a partir da axiologia democrática. É esse, precisamente, o objeto geral da presente pesquisa: tratar dessa axiologia imanente à democracia, que se estrutura sob dois eixos, a liberdade e a equanimidade.

Ocorre que a liberdade e a equanimidade são valores de grande vagueza semântica; que servem a diferentes compreensões e significações. É preciso então buscar as possíveis significações compatíveis à realidade das democracias ocidentais. Para tanto, o presente artigo se propõe a expor a mutabilidade conceitual da liberdade, posteriormente ao que se detém sobre as teorias e eventos históricos que levaram à construção do conceito de liberdade como racionalidade e capacidade, que é o que se encontra entranhado na cultura e instituições estruturantes das sociedades democráticas.

Em um segundo momento, explora-se a equanimidade ou equidade como medida da liberdade na realidade de alteridade; ou seja, no contexto de relacionamentos de interdependência entre diferentes. Por este momento, frisa-se que o esforço de equanimidade implica omissões e ações estatais; as últimas voltadas, especialmente, à garantia da justa oportunidade, a cada pessoa, para desenvolver-se e realizar-se.

Explorado que seja o conteúdo da equanimidade e liberdade, argui-se que os referidos valores devem ser empregados como elementos de integração na análise de vários dos pontos de tensão que impregnam a estrutura basilar das democracias contemporâneas: aborto, casamento e filiação homossexual, relacionamentos poliafetivos, práticas religiosas e culturais a envolver maus tratos de animais, dentre outros. Isso, porque a equanimidade e liberdade consistem em guias metodológicos que permitem a apropriação e a realização de conceito material da democracia.

1 AS VÁRIAS POSSIBILIDADES SEMÂNTICAS PARA LIBERDADE

Sobre o termo *liberdade* várias concepções foram trabalhadas ao longo da história. Tem-se desde a perspectiva absentéista da liberdade, a significar que a pessoa é livre à medida que não sofre interferências e obstáculos nas suas ações, até outra na qual a ênfase encontra-se na capacidade da pessoa de fazer o que quer da vida. Igualmente célebre é o conceito de liberdade como a participação na construção da vontade à qual se está subordinado, assim como a sua compreensão como exercício da racionalidade ou como autonomia ética pelo imperativo categórico.

Cada uma dessas concepções da liberdade, por sua vez, reflete o pensamento imanente a uma época. A liberdade como participação na política remete-se ao ideal grego, assim como à aspiração liberal e mesmo pré-liberal à agência política, a manifestar-se no contrato social. Já a concepção da liberdade como abstenção firma-se no liberalismo burguês oitocentista, ao passo que a sua compreensão como o exercício da razão na construção reflexiva de um modelo de vida que seja o pertinente à história da pessoa, ganha fôlego com a filosofia do final do século XIX e com a psicanálise do início do século XX. É bem verdade que se pode encontrar em Kant a gênese do pensamento que trata a autonomia como racionalidade, não obstante ele a trabalhar sob o desafio da ação correta e não mediante a problemática existencial de construir um modelo de vida que seja o pertinente a cada pessoa.

Ao final, a sensibilidade às desigualdades sociais e pessoais, ao tempo em que se introduz a perspectiva da dignidade, lança as sementes ao conceito de liberdade como capacidade: ser livre seria ter capacidade ou aptidão para construir um estilo de vida coerente aos interesses e gostos pessoais. E tanto a capacidade, como o conceito de liberdade a significar construção reflexiva de um modelo de vida que seja o pertinente à pessoa, são as elaborações semânticas que se fazem presentes nas atuais Constituições democráticas ocidentais, bem como nos documentos e acordos internacionais.

Mas para que se aproprie do contexto acima delineado, é importante que se detenha, ainda que de forma simplificada, no processo de mutações semânticas pelo qual passou a liberdade. Isso, para que se possa compreender quando, como e porque ela adquiriu a concepção pela qual hoje é apropriada por grande parte da cultura pública democrática ocidental, internamente a cada Estado Nação e mesmo internacionalmente.

1.1 Liberdade como autonomia

A liberdade adquire significação elementar à mentalidade ocidental a partir do séc. XVIII, com Kant. Contudo, ainda ao longo de uma filosofia eminente teleológica, na qual a ênfase se dava na ordenação em conformidade à vontade divina ou à natureza, o direito civil embrionário, ao trabalhar conceitos como

contratos e atos jurídicos, abre caminho para a agência que caracteriza a liberdade humana. Os institutos elementares do direito civil incorporam a perspectiva do homem como agente apto a uma “razão exercida de maneira adequada” (O’DONELL, 2011, p. 47): “esse indivíduo não é uma coisa [...] é um ser definido, amparado e habilitado legalmente” (O’DONELL, 2011, p. 48).

Por outras palavras, o contrato, ao albergar direitos e obrigações, pressupõe um ser capaz do exercício adequado da racionalidade, o que justifica a construção do instituto do ato jurídico: o ordenamento jurídico vincula a pessoa à manifestação de sua vontade por lhe reconhecer a faculdade da racionalidade. Eis a semente para que se comece a compreender o homem como agente e não paciente da vontade divina ou da ordem cósmica. Mas a estrada para que se reconheça a agência humana na economia, na política e na ética é longa, estendendo-se e circundando vários momentos históricos.

Começa-se pela esfera política: aqui, a agência humana foi introduzida no ambiente moderno de extrema insegurança pública. À época, o desafio para manter a ordem interna e a soberania externa encontrava no poder central e personificado a sua melhor opção. Porém, as justificativas para a personificação do poder estatal afastaram-se do pensamento passivo e teleológico para abraçar a perspectiva da agência.

Disso, é exemplo a teoria contratual na pena de Hobbes; ainda que por meio dela se tenha tentado justificar o absolutismo, o contrato social revelou-se importante etapa da agência política. A partir de Hobbes, o poder não mais se explica em fontes externas ou estranhas à sociedade, como a vontade divina ou a ordem cósmica, mas na vontade igual e recíproca de cada um de seus membros. Referida ficção filosófica, como justificativa da soberania, é tomada emprestada por importantes filósofos políticos da modernidade e contemporaneidade, como Locke, Rousseau e Rawls, tendo marcado a perspectiva do homem como nascente do poder sobre si exercido.

Já a agência econômica legitima-se a partir de Adam Smith e de seus escritos, que sistematizaram a mentalidade contrária ao mercantilismo absolutista, que era conforme a filosofia de ordenação pela vontade superior. Como ministro de Deus, os monarcas tinham poder absoluto, inclusive sobre as atividades econômicas, que deviam ser ordenadas sob o melhor interesse do erário público. Mas Smith, ao sistematizar a tese de que a busca, imediata, do interesse individual converge, mediadamente, ao interesse geral, de forma que à riqueza das nações dever-se-ia legar o mercado à espontaneidade das relações de troca, autonomizou a agência econômica.

A agência ética, por sua vez, encontrou seu grande teórico em Kant (2003, p. 109), ao asseverar que o ser racional é apto à representação da razão pela vontade pura e à atuação em conformidade com a vontade pura, pelo arbítrio. A representação da razão e o arbítrio seriam elementares ao ser racional; a partir daí, o direito justifica-se no necessário para que o arbítrio de um não prejudique o de outrem. Ou seja, não ao Estado caberia impor a moral ao homem; como ser racional, a ele se deveria assegurar o exercício da razão e do arbítrio, quando seria essencialmente livre.

Caso coubesse ao Estado a imposição de uma moral ao ser racional, estaria ele a obstar o que lhe há de mais relevante: a racionalidade. Desprovido do exercício da vontade pura e do arbítrio, o homem não se diferenciaria, substancialmente, do animal, posto que seria movido pelos imperativos das necessidades e imediatismos dos interesses. O homem apenas seria essencialmente livre quando agisse de forma autônoma, sem encontrar-se compelido pelos interesses, necessidades e condicionamentos estranhos à razão. Ou seja: quando a representação da razão pura fosse a fonte primeira da ação humana.

A partir do binômio heteronomia e autonomia, chega-se à cisão entre moral pública (estatal) e privada, indispensável para se assegurar o exercício da liberdade como autonomia. Não obstante a especificidade da liberdade para Kant, no decorrer do séc. XIX a autonomia confundiu-se com a “liberdade para os modernos”, conforme a nomenclatura utilizada por Benjamin Constant, ou de “liberdade negativa”, como se expressou Isaiha Berlin. A autonomia implicava a área de atuação livre de intervenção do Estado e de terceiros: quanto menor a intervenção, maior a liberdade e mais efetiva a autonomia.

Mas a compreensão de que o homem é livre à medida que não sofre intervenções estatais e de terceiros, vivenciada no contexto do liberalismo burguês próprio do séc. XIX, acirrou os contrastes sociais no cenário das cidades sem planejamento urbano e absorvidas por uma classe miserável de trabalhadores. Se o orgulho aristocrático se justificava no sentimento de superioridade, por se compreender a nobreza como a eleita de Deus, o orgulho da burguesia se manifestava no sentimento de ser a classe apta à sobrevivência. A riqueza seria o índice do merecimento e a pobreza da inaptidão. Não surpreende, desta feita, que no séc. XIX se tenha difundido, por entre a burguesia europeia, a tese do darwinismo social. (FLEISCHACKER, 2006, p. 127-128).

A percepção da liberdade como não intervenção estatal e dos contrastes sociais como o reflexo da aptidão e inaptidão da burguesia e proletariado, respectivamente, levou a condições extremas de pobreza e miséria, expostas de forma virulenta nos bairros proletários de Paris e Londres, as grandes metrópoles europeias. Nesse ambiente de fortes contrastes e animosidades, fomentou-se o sentimento de revolta proletária. Já em meados do sec. XIX, o principal rival do capitalismo não se revelava na aristocracia, mas no proletariado (HOBSBAWN, 2007, p.168); por esse período, a Europa serviu de palco a uma série de revoluções de cunho social que já se iniciou em 1848.

Esse foi o contexto dos escritos de Karl Marx. Tomando por emprestada a dialética hegeliana, não obstante se indispuesse ao seu idealismo, Marx parte da observação elementar da alienação da própria pessoa pelas necessidades da sobrevivência, quando levada a aceitar condições aviltantes de trabalho. Ele alça o trabalho a elemento basilar à liberdade, realização e dignidade da pessoa: ela se realizaria, plenamente, no trabalho, de forma que quando as necessidades da subsistência a prendessem a relações laborais degradantes, a pessoa encontrar-se-ia alienada de si mesma, ou seja, perderia a liberdade de ser a si.

Referida perspectiva trata a liberdade de forma diversa como vinha sendo talhada pelos liberais do séc. XIX: a liberdade que não se conceitua no aspecto

negativo de não intervenção. Antes, guarda conceito material que a define: a liberdade como realização no trabalho, como a faculdade de se fazer o que se gosta. Aqui, autenticidade e capacidade se amalgamam. E à teoria alinharam-se os fatos que legitimaram à liberdade a aquisição definitiva de um conceito material.

1.2 O ocaso do Estado liberal burguês e a reconstrução da liberdade

O retorno do intervencionismo público na economia, na cultura e mesmo nas relações privadas decorreu, em um primeiro momento, dos eventos decorrentes da primeira guerra mundial, que geraram sérios problemas às economias nacionais mais importantes do mundo, com o agravante de ter infligido perdas populacionais substanciais aos países europeus. A recuperação desses países se fazia tarefa difícil de ser entregue à espontaneidade das relações privadas. Mas ainda aqui o liberalismo burguês – salvo na União Soviética – permaneceu de pé; ele se precipitaria numa queda sem volta a partir do *crash* da Bolsa de Nova York.

De fato, o *crash* da Bolsa de Nova York é considerado o principal marco da extinção do Estado Liberal burguês, tanto porque o referido evento resultou da ineficiência dos postulados do liberalismo econômico para promover o desenvolvimento sustentável da economia, como porque, para recuperar as economias nacionais seriamente afetadas e desgastadas pela quebra da Bolsa, foram utilizadas medidas distintas das prescritas pelo liberalismo e que se mostraram – num primeiro momento – mais eficientes. Por outras palavras: o *crash* da Bolsa de Nova York revelou, tanto nas suas causas como nas medidas de superação, a debilidade dos postulados econômicos dos Estados burgueses. Tratando das causas do *crash* da Bolsa de Nova York, observou Hobsbawm (1995, p.104):

A segunda perspectiva da depressão se fixa na não geração, pela economia mundial, de demanda suficiente para uma expansão duradoura. As fundações da propriedade da década de 1920, como vimos, eram fracas, mesmo nos EUA, onde a agricultura já se achava praticamente em depressão, e os salários em dinheiro, ao contrário do mito da grande era do jazz, não estavam subindo, mas ao contrário estagnaram nos últimos anos loucos do *boom* (*Historical Statistics of the USA*, I, p. 164, tabela D722-727). O que acontecia, como muitas vezes acontece nos *booms* de mercados livres, era que, com os salários ficando para trás, os lucros cresceram desproporcionalmente, e os prósperos obtiveram uma fatia maior do bolo nacional. Mas como a demanda da massa não podia acompanhar a produtividade em rápido crescimento do sistema industrial nos grandes dias de Henry Ford, o resultado foi superprodução e especulação. Isso, por sua vez, provocou o colapso. Também aqui, qualquer que sejam as discussões entre historiadores e economistas, que ainda hoje debatem a questão, os contemporâneos com forte interesse em políticas de governo ficaram profundamente impressionados com a fraqueza da demanda; inclusive John Maynard Keynes.

Após o *crash*, vários países desenvolveram políticas de intervenção na economia: o Estado assume o papel de principal agente a instigar o desenvolvimento das atividades produtivas e a incentivar a criação de novos postos de trabalho.

Referidas políticas intervencionistas, por sua vez, mostraram-se eficientes na superação da crise entre as grandes guerras; mais relevante ainda, abrandaram as condições sociais de pobreza e miséria que, até então, acompanhavam o liberalismo burguês.

Paradoxalmente, contudo, a melhoria de vida da grande massa trabalhadora, resultante do novo modelo estatal intervencionista, refreou o ímpeto dos movimentos proletários, tanto mais com a difusão de novos fatores de identidade para além da classe social, como a nacionalidade. Os programas estatais bem sucedidos, aliados às políticas de massa, canalizaram segmento expressivo da população, inclusive aqueles que formavam o movimento trabalhista, para políticas de extrema direita, na contramão das revoluções do século XVIII e XX. Iniciava-se, aqui, uma nova era, que se opunha ao âmago do fundamento liberal: a autonomia.

Ou, por outras palavras: as conquistas sociais resultantes do Estado social possibilitaram a cenografia adequada à dimensão social do homem característica dos Estados totalitários, mediante ditadura totalitária com o apoio da massa da população. Referidos Estados, mobilizando a população através de políticas de publicidade a explorar o orgulho nacional e de raça, impunham um modelo de vida boa ao qual não se podia fugir. O pluralismo manifesto no respeito às individualidades passou a ser concepção rejeitada, até porque o homem se realizaria no Estado, que promoveria o bem comum:

O totalitarismo determina que o indivíduo se encontre transformado em simples molécula de um conjunto ou reduzido a mero soldado de um exército, verdadeiro ‘carneiro embrutecidamente disciplinado no rebanho dos consumidores’, despojado de qualquer garantia de um espaço próprio de autonomia perante o poder público ou de participação política que a sua dignidade pressupõe e impõe ao Estado: (i) O homem no Estado totalitário não é cidadão, nem pessoa dotada de uma vida privada perante o Estado, antes se assiste à completa absorção do homem pelo Estado; (ii) O totalitarismo apaga qualquer antiga ideia de direitos fundamentais de natureza pessoal ou de participação política do indivíduo perante o Estado, fazendo antes avultar o direito do estado e, neste preciso âmbito, transformando cada indivíduo num centro de deveres perante o Estado (OTERO, 2007, p. 308-309).

O mais grave, entretanto, é que a socialização do homem deu-se mediante a perspectiva criminosa de ódio racial. Ao término da segunda guerra mundial, a consciência dos crimes contra a humanidade cometidos pela Alemanha nazista e dos estragos resultantes das novas tecnologias bélicas, que devastaram cidades inteiras – em especial as bombas atômicas – voltaram a sensibilidade jurídica à reafirmação do homem; reafirmação, contudo, que não se deu mediante o retorno ao liberalismo clássico dos séculos XVIII e XIX.

Após a segunda guerra, inicia-se a tarefa de construir um novo modelo de Estado, com o propósito de resgatar a liberdade, sem abrir mão das conquistas obtidas pelo Estado social. Buscar o equilíbrio entre o Estado de Direito e o Estado Social no contexto de uma democracia passa a ser o principal desafio do Estado Democrático de Direito, em que a reafirmação do homem não se dá em apenas uma dimensão, mas em várias.

1.3 O Estado Democrático de Direito: dimensão material e multidimensional do homem

Os avanços obtidos com a experiência do Estado social estavam entranhados na vivência política e social por ocasião do término da segunda guerra mundial, quando se buscou a elaboração de um novo modelo de Estado. Dessa forma, a reafirmação do homem não se faria mediante a perspectiva de um Estado ausente e afastado, que se limita a manter a ordem interna e externa. Antes, o Estado deveria possibilitar a efetiva vivência dos direitos fundamentais. Passou-se a trabalhar, então, com a perspectiva do Estado de Direito material, em que um núcleo central de valores mostra-se determinante ao Estado:

El Estado material de Derecho se pregunta, por el contrario, por el contenido y la orientación de la actividad estatal. En su marco, el poder estatal es considerado como vinculado sobre todo a determinados principios o valores jurídicos superiores. El derecho es algo más que sólo la forma en la que son declaradas como generalmente vinculantes y, de paso, como reconocibles y calculables las decisiones adoptadas por la dirección del estado. También el propio Estado se ve dominado por el Derecho. El derecho contiene determinados principios fundamentales positivados a los que todo el mundo – incluso el Estado – está sometido (BENDA, 1996, p. 490).

Interessa notar, num primeiro momento, que a afirmação de valores determinantes à conduta estatal implica a existência de um Estado ativo na sua realização. Isso, tanto mediante a atividade jurisdicional, que passa a trabalhar no contexto da superioridade da Constituição à lei, como através da legislação, de quem se espera o contínuo trabalho de reconhecimento e regulação dos direitos fundamentais. Mas não só: em especial da administração se continuou a demandar sua crescente atuação na realização dos valores determinantes ao Estado, de maneira que a ela se mantiveram as inúmeras funções atinentes ao Estado liberal e social, ainda se lhe atribuindo outras.

Já em um segundo momento, é importante observar que os valores determinantes ao Estado Democrático de Direito convergem para a realização humana. Mas a reafirmação do indivíduo, por este modelo de Estado, não se limitou à liberdade negativa, não obstante o reconhecimento da liberdade como esfera de atuação livre de interferências do Estado e de terceiros também seja fundamental à realização do indivíduo. Antes, passou-se a pensar a realização humana por parâmetros mais largos e complexos, a demandar ações e omissões.

O homem é um ser histórico e, portanto, dinâmico, em contínuo processo de construção. Suas demandas, necessárias a sua realização, vão-se modificando, subtraindo e crescendo em conformidade com o momento histórico e cultural vivenciado. Indo além: o homem não é unidimensional; não se realiza por uma única perspectiva ou em um único aspecto. Antes, ele é um ser múltiplo, cultural, inacabado e em contínua formação, de forma que qualquer política voltada a sua realização deve considerar esses fatores.

Pode-se, em síntese, afirmar que a função elementar do Estado Democrático de Direito, a de assegurar a realização do homem, não se limita a uma única frente de abstenção ou atuação. O Estado social revelou que ao homem não basta liberdade negativa. Mas a experiência dos Estados totalitários demonstrou que a liberdade, na sua perspectiva negativa, é fundamental à realização humana. Foi preciso, então, pensar o homem por múltiplas dimensões, para lhe assegurar a realização.

2 SEDIMENTAÇÃO DOS VALORES DA LIBERDADE E DA EQUIDADE COMO EIXO AXIOLÓGICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A compreensão de que a realização humana demanda não apenas omissões, mas atuações públicas em diversas frentes incorporou e sedimentou conceito material para a liberdade. A liberdade perde seu caráter estritamente negativo, para incorporar a autenticidade e realização. Nessa mutação, ela se apodera da racionalidade como dado elementar à natureza humana.

Em seu penúltimo livro, *justice for Hedghogs*, Dworkin, após ponderar que o homem possui o dever de compreender a sua vida como oportunidade a ser bem aproveitada (autorrespeito), o que deve fazer mediante a reflexão daquilo que dá valor e significado à sua existência (autenticidade), explicita:

There are dramatic – and often comical – illustrations of that fact: people struggling to come like sophisticated and expensive foods, for instance, because they want to be the kind of people who do. But even when they are drawn immediately to an activity they find intensely pleasurable, much of the pleasure is parasitic on a more complicated aesthetic evaluation. Listen to a skier describing the thrill of his sport: he reports not the flow of endorphins but the physical and visual sensations of the activity itself [...]

O que ressalta Dworkin é a diferença entre o mero hedonismo e o que ele chama de autenticidade. O homem seria capaz de perceber, para além do imediatismo do prazer e de gostos ligeiros, uma rede coerente de valores que explicam preferências por vezes adotadas de forma irrefletida. Mais: essa aptidão à reflexão coerente e autêntica acerca do que realmente dá valor à vida seria a faculdade moral elementar do homem, que deveria ser resguardada e protegida para que a sua imanência seja preservada.

O ser a si pressuporia, para além dos impulsos primários da obediência, do querer, do desejo e do prazer, a reflexão sobre as causalidades últimas de si, assim como a respectiva apropriação. Também Rawls enumera a faculdade de autoconhecimento, questionamento e coerência, que supera a mera capacidade do gosto e do prazer, como elementar ao ser humano:

Consideramos, portanto, que as pessoas morais se caracterizam por duas faculdades morais e por dois interesses superiores que consistem na realização e no exercício dessas faculdades. A primeira permite das mostras de um verdadeiro senso de justiça, isto é, de uma capacidade para compreender e aplicar os princípios de justiça, para agir segundo eles e não apenas de acordo

com eles. A segunda consiste em formar, revidar e defender de modo racional uma concepção do bem. Dois interesses superiores, que correspondem a essa capacidade, animam as pessoas. Ao dizer que eles são superiores, quero com isso significar que, dada a maneira pela qual se define a concepção-modelo de pessoa, esses interesses governam a nossa vida no grau mais elevado e de maneira eficaz. Isso implica que, cada vez que as circunstâncias exercem um impacto sobre a sua efetivação, esses interesses governam a nossa deliberação e a nossa conduta. Dado que os parceiros representam pessoas morais, eles são, por conseguinte, movidos por esses mesmos interesses que buscam garantir o desenvolvimento e o exercício das faculdades mentais. (RAWLS, 2000, p. 60-61).

Devido ao interesse superior da pessoa no exercício da racionalidade, o primeiro princípio de justiça para Rawls é o da igualdade de liberdades básicas; ou seja, a todos se deve igualmente assegurar “o mesmo sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdades para todos” (2000, p. 144). Rawls, à semelhança de Dworkin, revela-se herdeiro da filosofia individualista, ao reconhecer no homem a faculdade superior de perscrutar-se, de forma racional e não, meramente, instintiva, sobre aquilo que efetivamente valoriza para, com base nesse conhecimento, construir um projeto e estilo de vida que lhe seja pertinente.

As liberdades básicas, segundo Rawls, são instrumentos essenciais ao exercício dessa faculdade do racional. Aqui, a liberdade encontra-se estritamente relacionada ao racional. Mas não apenas as liberdades básicas revelam-se como instrumento de realização da liberdade maior, consistente no exercício da racionalidade; alguns dos direitos sociais também o são, como o mínimo existencial.

À liberdade, entretanto, ainda resta mais uma etapa de desenvolvimento semântico: a sensibilidade às desigualdades não apenas socioeconômicas, como pessoais, familiares e culturais, impeliu a uma sua análise processual. Amartya Sen, nessa ordem de consideração, expõe que a liberdade não basta assegurar a não intervenção no exercício da racionalidade, mas também criar condições para que a pessoa seja livre:

Identifying the value of the capability set with the value of the chosen functioning combination permits the capability approach to put a much weight – including possibly all the weight – on actual achievements. In terms of versatility, the capability perspective is more general – and more informationally inclusive – than focusing only on achieved functioning. There is, in this sense at least, no loss in looking at the broader informational base of capabilities, which permits the possibility of simply relying on the valuation of achieved functioning (should we wish to go that way), but also allows the use of other priorities in evaluation, attaching importance to opportunities and choices (SEN, 2009, p. 236).

Pela perspectiva da capacidade, mais importante do que escolher e formar uma concepção do bem é o “estado” das funções de desenvolvimento (SEN, 2009, p. 235). A liberdade deve ser vista pelo aspecto processual da possibilidade do seu efetivo exercício e não apenas pelo aspecto formal de não intervenção. Mais do que interditar ao Estado a imposição ou proibição de determinado modelo de vida,

atribui-se ao governo a função de criar condições para que cada pessoa possa, efetivamente, desenvolver-se e realizar-se. O aspecto da capacidade passa a ser fundamental ao conceito de justiça, segundo Sen. Isso significa que as políticas públicas de inclusão devem se mostrar sensíveis aos diferentes processos de exercício da liberdade, que são condicionados por vários fatores, tais quais família, clima, sexo, deficiência, dentre outros.

Com a capacidade, a liberdade desenvolve-se em seu último estágio de possibilidade semântica: a liberdade como capacidade para desenvolver-se, para ser a si. Não basta que se permita a pessoa o exercício da racionalidade para formar e desenvolver um projeto de vida que seja coerente aos seus valores primordiais. Também se teria de capacitá-la para se formar e desenvolver autenticamente. Não obstante, a perspectiva da capacidade, mais do que o da racionalidade, desafia os condicionamentos decorrentes da alteridade. Tais condicionamentos, por sua vez, são elementares à própria liberdade, de maneira que ela não se basta como conteúdo axiológico basilar de uma democracia.

2.1 Equidade como medida da liberdade

Para melhor entender o que foi dito acima, não se pode perder por perspectiva que se está pensando e trabalhando o homem no contexto de uma sociedade. A liberdade não é realidade isolada. Antes, a liberdade humana dá-se no ambiente do convívio com os outros núcleos de liberdade, ou seja, na realidade de alteridade: de convívio e interdependência entre diferentes, à qual a escassez é imanente e as limitações também o são. Daí o questionamento: se no convívio social a liberdade não é ilimitada, qual a justa medida da limitação?

No ambiente democrático, outra não poderia ser a resposta: a justa medida de delimitação das liberdades é a reciprocidade. Ou seja, as limitações devem ser informadas pela equidade. Ao compreender a equidade como dado elementar das democracias, o esforço direciona-se, prioritariamente, para se garantir às pessoas – que são aptas à razoabilidade e à racionalidade – livres – no exercício da racionalidade – e iguais – sujeitas a limitações recíprocas da racionalidade – condições equânimes na cooperação social. O primeiro passo é, sem dúvidas, assegurar, igualmente, a todos, *o mesmo* sistema plenamente adequado de liberdades básicas *iguais* para todos, que seja compatível com um *mesmo* sistema de liberdades *para todos* (RAWLS, 2000, p. 144).

Ou seja, considerar cada indivíduo como *pessoa* livre e igual pressupõe e conduz ao estado de igualdade de liberdades básicas que caracteriza a neutralidade nas sociedades democráticas contemporâneas. Para tanto, faz-se necessário que a estrutura básica da sociedade não seja comprometida com nenhuma concepção *a priori* do bem. De igual sorte, as estruturas sociais devem ser vivenciadas em condições não arbitrarias de promoção de determinada concepção do bem. Todas as concepções de bem possíveis em uma democracia são igualmente boas, relevantes e valorosas, de maneira que nenhuma se presta a condicionar a estrutura básica da

sociedade ou a arbitrariamente influir na vivência das relações políticas, sociais e econômicas.

Posto de outra forma: a estruturação dos institutos sociais em comprometimento com determinada concepção do bem ou de forma a favorecer determinado modelo da vida boa estaria a prejudicar a reciprocidade inerente ao razoável, bem como a liberdade de fins imanente ao racional. Tal aconteceria, por exemplo, no caso de se organizar a estrutura básica da sociedade a partir de princípios próprios a determinada religião: em tal situação, além de se criar condicionamentos que prejudicam o livre exercício da racionalidade, estar-se-ia a inviabilizar o respeito mútuo entre as diversas concepções do bem, que se manifesta na ausência de hierarquia e que é característico às sociedades democráticas contemporâneas.

Mas não é só. Também não se pode estruturar a política, a economia e a sociedade de forma que a vivência das relações políticas, econômicas e sociais se dê mediante condições arbitrárias de favorecimento de determinada concepção que passe a especialmente influenciar a política, a economia e os demais institutos sociais. Aqui, igualmente se estaria prejudicando a equidade. É verdade que não se mostra realista trabalhar com a hipótese de que decisões de Estado e de mercado não tenham influência na formação de concepções de bem; a neutralidade de resultados não é possível (RAWLS, 1999, p. 459-460). Por consequência, as inevitáveis decisões políticas sobre as instituições sociais, assim como as necessárias escolhas de mercado sobre os bens e atividades às quais serão direcionados os recursos sociais, não são equânimes à medida que sejam neutras quanto à formação de preferências; mas à medida que sejam tomadas em ambiente equitativo de oportunidade.

Em suma: a reciprocidade realiza-se na equidade que, por sua vez, demanda o descomprometimento institucional aprioístico com concepções do bem e a extirpação de condições arbitrárias de participação nas decisões políticas e mesmo nas escolhas de mercado, que influenciam a formação de preferências. É, portanto, exigência primeira da equidade que todos tenham justas oportunidades para se desenvolverem. Isso, é importante que se frise, não significa que a sociedade deva organizar-se de forma a assegurar que todas as concepções do bem tenham igual sucesso (RAWLS, 1999, p. 462), mas que ela deve se organizar de maneira a extirpar condições arbitrárias de sucesso de algumas concepções do bem em detrimento de outras (RAWLS, 1999, p. 462). Para alcançar tal desiderato, é necessário que a sociedade adote como valor estruturante não apenas a igualdade de liberdades, como a justa oportunidade de preenchimento de cargos e funções abertos a todos (2º princípio de justiça da *Justice as Fairness*), do que resulta justa oportunidade para influir nas preferências sociais.

Ressaltam-se as implicações: a justa oportunidade para desenvolver-se reivindica a justa oportunidade de acesso aos cargos e funções sociais abertos a todos, o que assegura, por sua vez, a justa oportunidade para influir nas preferências sociais, que é condição à realização da equidade na sociedade democrática. Mas a equidade, não apenas tem forte caráter processual, como também se apresenta como condicionamento e limite material ao processo deliberativo político e

mercadológico, ainda que diferente seja a sua intensidade no âmbito público e privado.

A equanimidade é, por consequência, a medida da liberdade em uma democracia. Dessa medida, já se tinha apropriado o pensamento jurídico norte-americano, conforme relata Martha Nussbaum:

[...] La igualdad que estamos examinando ahora es una cosa diferente y muy básica, está estrechamente relacionada con la idea de igual respeto. Se trata de la concepción de que las personas tienen igual valía como ciudadanos y, por lo tanto, deben ser tratadas como iguales por las leyes e las instituciones[...] Sin embargo – [...] a efectos políticos, cabe servirse de una concepción más bien general de la conciencia, entendida como la capacidad de buscar sentido en la vida. Como he dicho, esta capacidad es un aspecto de una noción más general de la dignidad humana, una noción que ha guiado el pensamiento político Norte-americano desde la época de la fundación del país y que ha adquirido progresivamente la mayor importancia en el mundo entero, recogida en las constituciones de muchas naciones y en documentos del movimiento internacional por los derechos humanos. De modo que al nivel más general estamos expresando que nuestros principios políticos comportan un compromiso con la idea de que todos los ciudadanos son iguales en dignidad y que, debido a tal dignidad, deben ser tratados con un respeto igual por las leyes y por las instituciones.

Ainda esclarece Nussbaum (2009, p. 233):

[...] Esto significa que la política no debe crear rangos ni niveles de ciudadanía, no debe hacer que la ciudadanía sea jerárquica [...] Una igual posición requiere no sólo la no obstaculización, sino también, como advirtió Madison, una política simbólica que reconozca la igualdad y no cree grados ni órdenes entre los ciudadanos. Podría pensarse que el dominio simbólico carece de importancia. Eso creían numerosos defensores de los impuestos religiosos de Virginia, quienes sostenían que, después de todo, nadie estaba obligado en realidad a pagar a la Iglesia oficial si no quería hacerlo. Sin embargo, lo que Madison advirtió es que la falta de respeto en el dominio simbólico es una suerte de insulto, una bofetada en el rostro y, sobre todo, es el tipo de bofetada en el rostro que el señor propina al vasallo, la cual a un tiempo manifiesta y constituye rangos jerárquicos.

O reconhecimento da equanimidade como medida da liberdade possibilita análise integrada de vários pontos de tensão que se revelam na estrutura básica: aborto, casamento homossexual e poliafetivo, filiação homoafetiva, práticas culturais e religiosas, dentre outros. A análise de situações que contam com a estranheza de grande parte da população e que, por conta disso, envolvem preconceitos acirrados, ao adotar o parâmetro da “equanimidade/equidade de liberdade”, ganha método racional de julgamento. Tanto mais relevante, porque reforça os valores mais importantes de uma democracia: pluralismo, tolerância e respeito mútuo.

A reciprocidade de limitações lembra que não se pode pretender que uma pessoa tenha maior ou menor restrição em sua liberdade do que outra. As restrições são recíprocas; as pessoas possuem uma mesma relevância para o Estado. Por outro

lado, o reconhecimento da reciprocidade liberta as pessoas de determinismos morais particulares, que arbitrariamente se entranham nas engrenagens de funcionamento da máquina estatal, reforçando uma hierarquia de valores incompatível com a equanimidade. A possibilidade de se pensar o direito mediante o valor da igualdade de liberdade implica nihilismo ético que, paradoxalmente, o imuniza de visões particulares de vida e de mundo cuja publicização prejudicaria a igualdade, a liberdade e o sentimento de livre e igual.

Mais, a análise dessas questões cardeais pelo parâmetro e pelo discurso da equanimidade e liberdade dota de publicidade os referidos critérios, os trazendo para serem trabalhados mediante realidade política e não dogmática. Incute o sentimento material de igualdade e ausência de hierarquia, mediante o qual os cidadãos devem reconhecer a si e aos demais no âmbito da cultura pública democrática. Referida consciência, por sua vez, é a liga mediante a qual se deve tecer a realidade social para que se vivencie uma democracia sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade foi alvo de mutações semânticas que refletiam a filosofia e pensamento próprio de cada época. Há época em que a liberdade assumiu o eixo axiológico das sociedades ocidentais, ela foi apropriada pela perspectiva negativa: não intervenção de terceiros ou do Estado na esfera de atuação privada. Mas tal perspectiva sofreu forte desgaste no decorrer do século XIX, em decorrência de demandas sociais trabalhistas, da grave crise econômica de 1929 e dos conflitos bélicos, que chamaram a intervenção pública na economia, nas relações culturais e sociais. No contexto do intervencionismo, a liberdade não mais se bastava na perspectiva absentéista: antes, adquiriu conteúdo material, marcado por considerações à realização individual.

As constituições dos países democráticos ocidentais abraçaram referida perspectiva, ao preverem como direitos fundamentais bens, instrumentos e institutos imprescindíveis a cada qual para a construção reflexiva de um modelo ou estilo de vida que lhe seja pertinente. De outra sorte, esses bens, instrumentos e institutos devem ser previstos e assegurados sob a medida da equanimidade e reciprocidade. Por um lado, isso implica que a estrutura básica não deve estar comprometida com nenhuma concepção apriorística do bem. Por outro, a equanimidade se indis põe a condições arbitrárias de vivência das relações políticas, econômicas e sociais que favoreçam determinada concepção do bem em detrimento de outras.

Tais restrições advindas da equanimidade são imprescindíveis para que as pessoas se sintam como igualmente importantes e livres em uma sociedade; ou seja, para que seja superado qualquer sentimento de hierarquia entre pessoas diferentes e diversos modelos e estilos de vida. A partir da perspectiva central da “equanimidade da liberdade”, devem ser analisados os vários pontos de tensão, presentes na estrutura básica, de forma coerente e integrada. Como resultado, confere-se ao eixo axiológico do qual se está a tratar publicidade, o que lhe permite a apropriação

intencional, consciente e deliberativa pelos membros da coletividade e a construção de uma democracia sustentável.

Com isso, se reforça a tolerância, o respeito mútuo e a pluralidade, que condicionam materialmente uma democracia madura e sustentável. Antes do que um regime político, a democracia implica o reconhecimento da paridade e da igual relevância de todos e de cada qual: todos possuem igual dignidade na sua individualidade.

REFERÊNCIAS

BENDA, Ernesto. El estado social de derecho. In: BENDA, Ernesto; HEYDE, Wolfgang; HESSE, Conrad; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J. (orgs.). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 1996. p. 487-559.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Trad. Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOBBSAWM, Eric J. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

NUSSBAUM, Martha C. *Libertad de conciencia; en defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa*. Trad. Alberto E. Álvarez e Araceli Maira Benítez. Barcelona: Tusquets Editores, 2009.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007, v. I.

O'DONELL, Guillermo. *Democracia, agência e estado; teoria com intenção comparativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

_____. The priority of right and ideas of the good. In: FREEMAN, Samuel (org.). *John Rawls: collect papers*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 449-472.

_____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Recebido em 10.08.2016

Aceito em 07.06.2017

ANÁLISE CRÍTICA AO FUNCIONALISMO SISTÊMICO-RADICAL E AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

CRITICAL ANALYSIS OF SYSTEMIC-RADICAL FUNCTIONALISM AND THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY

Rafael José Nadim de Lazari¹
Ricardo Bispo Razaboni Junior²

Sumário: Considerações iniciais. 1 O início das Escolas Penais. 2 Causalismo, Neokantismo e Finalismo. 3 O sistema Funcionalista Teleológico-Racional. 4 O sistema Funcionalista Radical ou Sistemico. 5 O Direito Penal do Inimigo. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho objetiva tecer considerações acerca do funcionalismo penal sistemico-radical e do direito penal do inimigo, ambas as teorias criadas por Günther Jakobs. Para isso, faz referência às escolas penais e às principais teorias do delito (Causalismo, Neokantismo e Finalismo), adentrando posteriormente ao estudo do funcionalismo teleológico-racional e ao funcionalismo sistemico-radical. Adiante, faz considerações acerca das velocidades do direito penal, objetivando expor o direito penal do inimigo e seus fundamentos. O método empregado é o dedutivo, pois procura resgatar as principais justificativas das teorias que fundamentaram o pensamento funcionalista sistemico-radical e do direito penal do inimigo, obtendo como problemática a possível aplicação das referidas teorias. Desse modo, conclui-se que a teoria oferecida por Jakobs, cognominada como funcionalismo sistemico-radical, se mostra totalmente inviável, no que se refere à sua aplicação, principalmente quando em lado oposto se observa o funcionalismo de Roxin. Não obstante, deve ser totalmente repugnada a aplicação da teoria do direito penal do inimigo, visto que se mostra intragável perante as garantias e direitos conquistados ao longo do tempo.

Palavras-chave: Escolas penais. Teorias do delito. Funcionalismo. Velocidades do Direito Penal. Direito penal do Inimigo.

Abstract: The present work aims to make considerations about the systemic-radical criminal functionalism and criminal law of the enemy, both theories created by Günther Jakobs. In order to do this, it makes reference to the criminal schools and the main theories of the crime (Causalism, Neokantism and Finalism), later entering in the study of the teleological-rational functionalism and the systemic-radical functionalism. Then, it makes considerations about the speeds of criminal law, aiming to expose the criminal law of the enemy and its fundamentals. The method used is deductive, since it seeks to recover the main justifications of theories that supported the systemic-

1 Pós-doutorando em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas. Palestrante no Brasil e no exterior. Advogado e consultor jurídico. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com

2 Advogado. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA. Membro do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) – Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPq. E-mail: razabonijr@gmail.com

radical functionalist thinking and the criminal law of the enemy, obtaining as problematic the possible application of these theories. Therefore, it can be concluded that the theory offered by Jakobs, known as systemic-radical functionalism, is totally impracticable in its application, especially when on the opposite side Roxin's functionalism is observed. Nevertheless, the application of the criminal law theory of the enemy must be totally disliked, since it is unbearable in the face of the guarantees and rights acquired over time.

Keywords: Criminal schools. Crime theories. Functionalism. Speeds of criminal Law. Criminal law of the enemy.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Funcionalismo Sistêmico-Radical e o Direito Penal do Inimigo, concebidas por Günther Jakobs, são teorias que ganham a cada dia mais relevância no cenário mundial, devido ao fato de serem propostas e estudadas por grandes doutrinadores nacionais e estrangeiros, tanto em seu sendo crítico, quanto como proposta para solução da criminalidade e do terrorismo.

O objetivo deste trabalho é analisar a dogmática dessas teorias, fazendo a reconstrução histórica dos fundamentos que levaram à criação delas, apresentando-as posteriormente para, ao final, responder a questão sobre a aplicabilidade e legitimidade da teoria funcionalista sistêmico-radical e do Direito penal do inimigo. Para isso, o método empregado é o dedutivo. Utilizam-se pesquisas bibliográficas como principal fonte de observação histórica e teórica.

Desse modo, em síntese, a pesquisa trata, inicialmente, do começo das escolas penais, fazendo referência ao surgimento da Escola Clássica e a Escola Positivista. Justifica-se o estudo das escolas clássicas acima aludidas, dada sua importância para os três sistemas a seguir.

No capítulo seguinte, abordar-se-ão os sistemas cognominados Causalismo, Neokantismo e Finalista, os quais se mostrarão essenciais para o entendimento dos sistemas funcionalistas.

No terceiro capítulo, estudar-se-á o Funcionalismo Penal Teleológico-Racional, criado pelo alemão Claus Roxin em meados de 1980. Com base no pensamento de Roxin, adentrando ao apogeu do presente trabalho, analisar-se-á o Funcionalismo Sistêmico-Radical, originado pelo também jurista alemão Günther Jakobs, o qual apresentou contraponto à ideia de Roxin e que ensejou o Direito Penal do Inimigo.

Por fim, serão analisadas as velocidades do direito penal, criadas pelo doutrinador espanhol Silva Sanchez, com foco, em especial, na terceira velocidade do direito penal, o chamado Direito Penal do Inimigo, criado também por Jakobs, o qual se mostra como uma teoria fundada no funcionalista sistêmico-radical e na racionalidade comunicativa.

Justifica-se que o presente estudo não tem como intuito esgotar o tema, mas sim trazer informações que instiguem o debate, a fim de colaborar para futuras pesquisas dedutivas e hipotético-dedutivas acerca da temática.

1 O INÍCIO DAS ESCOLAS PENAIS

Primeiramente, analisar-se-á a origem das escolas penais, cognominação presenteada por Flávio Augusto Monteiro de Barros para as escolas providas do pensamento jurídico-filosófico acerca da etiologia do delito e dos fundamentos e objetivos do sistema penal (MORAES, 2011, p. 109).

Num contexto histórico penal, percebe-se que as escolas penais marcaram os períodos humanitários (“o homem deve conhecer a Justiça”) e científico (“o Direito deve conhecer o homem”), no que se refere à matéria criminal. Tais ideologias transformaram e influenciaram a evolução da dogmática penal, tanto na perspectiva da teoria do delito, quanto nas concepções acerca das finalidades das penas (MORAES, 2011, p. 110).

Nesse sentido, em meados do século XVIII, Cesare Beccaria, baseado nos princípios do contrato social do direito natural e do utilitarismo, trazidos por Montesquieu, Hume e Rousseau, se mostrou como um ícone da personificação do movimento humanitário, o qual lutou contra penas cruéis, torturas, dentre outras incoerentes incriminações e desigualdades que eram determinadas de acordo com a classe social do malfeitor (MORAES, 2011, p. 110).

Surge, desde então, a Escola Jurídica Italiana, denominada posteriormente por Enrico Ferri de Escola Clássica Criminal. Tal movimento originou outros percussores, como Carrara, Romagnosi (*Genesi Del Diritto Penale*) e Rossi (*Tratato di Diritto Penale*). A fim de compreender a definição de escola clássica, tem-se que é útil analisar a delineação do delito que Carrara apresentou e que centraliza os “postulados capitais” dessa escola.

Luis Jiménes de Asúa (*apud* MORAES, 2011, p. 111) apresenta o rol de postulados de maior significado, sendo eles: a) método especulativo na sua essência; b) imputabilidade com base na culpabilidade moral e no livre-arbítrio; c) delito como objeto jurídico (Carrara); d) pena como malefício e como meio de tutela jurídica (caráter retributivo); e) princípio da legalidade dos delitos e das penas; f) definição precisa por meio de rol taxativo das circunstâncias modificativas do crime (agravantes); g) atenção maior ao crime e não ao delinquentes (“o juiz, conhecendo a maldade do fato, não pode considerar a maldade do homem”). (BENTO DE FARIA, 1961, p. 41).

Nesse plano, ensina-se que delito é a infração da lei estatal proclamada para escudar a segurança social, resultante de um ato externo do homem, sendo este positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso. (GARCIA, 1976, p. 86).

Passando à análise do período científico, esse que se pauta na necessidade de o Direito conhecer o homem, deu-se lugar à ideia de Lombroso, Garofalo e Ferri, a qual fora chamada de Escola Positiva. No âmbito político-social, a Escola Positiva afirmou a necessidade de se restabelecer o equilíbrio entre os direitos dos indivíduos e os do Estado. (MORAES, 2011, p. 112).

[...] se a Idade Média tinha visto somente o delinqüente e a Escola Clássica tão somente o homem, a realidade impunha ter em conta o homem delinqüente, não desconhecendo no delinqüente os direitos insuprimíveis do homem, mas não esquecendo nunca a insuprimível necessidade da defesa social contra o delinqüente (FERRI, 1999, p. 64-65).

Conforme pautado por Ferri, a dessemelhança da Escola Clássica e da Positiva está pautada no método hipotético-dedutivo e na lógica abstrata, já que a primeira tem como objeto o crime, como entidade jurídica, e esta tem como objeto o delinqüente como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigoso pelo delito praticado (FERRI, 1999, p. 64).

Vistos os fundamentos das principais escolas penais primárias, analisar-se-ão, a seguir, os movimentos causalistas, neokantistas e finalistas, considerados como teorias do delito. Justificam-se as presentes análises por serem ideais para compreensão do pensamento de Jakobs na formulação do funcionalismo sistêmico-radical e da teoria do inimigo.

2 CAUSALISMO, NEOKANTISMO E FINALISMO

Neste tópico abordar-se-ão as principais teorias do delito. Primeiramente, analisar-se-á a teoria causal da ação, ou causal-naturalista, a qual fora desenvolvida por Franz Von Liszt e Ernst Von Beling. A teoria pressupõe que ação é a transfiguração do mundo externo causado pelo líbito humano, isto é, causação cuja resultância se deu por um ato de vontade, compreendido como gesto corpóreo voluntário, com “tensão (contradição) dos músculos”, determinada, não por imposição, mas por convicções ou representações e executadas pela intervenção dos nervos. (MORAES, 2011, p. 119).

A influência do positivismo penal sobre a teoria causal foi responsável por uma concepção de ciência que somente poderia ser apreendida através dos sentidos, sobre aquilo que seria mensurável (FONSECA, 2009, p. 159). O sistema compreende de modo diverso a afirmação de que o tipo penal abrange os elementos objetivos e descritivos; a antijuricidade, o que houver de objetivo e normativo; e a culpabilidade, o subjetivo e descritivo (MORAES, 2011, p. 119). Nasce assim a definição de que o tipo compreende uma descrição objetiva de uma modificação do mundo exterior. A antijuricidade se define formalmente, como oposição à ação típica de uma norma do direito, a qual se fundamenta na ausência de causas de justificação. A culpabilidade, por sua vez, é psicologicamente conceituada como a conexão psíquica entre o agente e o fato (GRECO, 2000, p. 2).

Condensa ainda Claus Roxin que o sistema ‘clássico’ do delito de Von Liszt e Beling, o qual foi predominante no início do século e que na atualidade permanece bastante influente, cujas categorias perduram na atual dogmática alemã, principiava da conjectura de que injusto e culpabilidade se conectavam um ao outro como o lado externo e interno do delito. (ROXIN, 2002, p. 198-199). Entretanto, apesar de ser considerado como um grande avanço para o direito penal pretérito, o Causalismo naturalista não sanou alguns pontos, como a impossibilidade de explicar crimes omissivos, culposos e tentados.

No que se refere ao Neokantismo, tem-se que ele nasceu da superação do paradigma positivista-naturalista, o qual adotou dois entendimentos essenciais. O primeiro se fez por meio da Escola de Marburgo, por seu principal representante Stammler, o qual se mostrava de limitada reflexão nas Ciências Penais. Em segundo plano, tem-se a Escola Sul-Occidental, formada por Lask, Radruch e Sauer.

Diferenciando-as, observa-se que a Escola de Marburgo, por meio de ensinamentos de Stammler, expôs o alicerce formal da ciência jurídica, enquanto a Escola Sul-Occidental, por meio de seus pensadores, procurava conceder conteúdo valorativo às estruturas formais. (MIR PUIG, 1976, p. 232 e ss.). Ainda nesse sentido, resgata-se o pensamento de Radruch, o qual expõe que:

[...] a teoria do “delito justo” de Stammler é só um método que não desenvolve nenhum sistema de Filosofia de Direito (...). Adquire a validade geral de seus conceitos em virtude de seu caráter puramente formal. Assim, é menos uma filosofia jurídica que uma lógica da consideração valorativa do Direito, uma crítica da razão jurídica; certos cimentos de utilidade pouco comum para toda filosofia do Direito, mas ainda não o edifício mesmo (...) (1976, p. 236).

Seguindo adiante, Stammler, adotando o conhecimento de Kant (daqui se originou o termo Neokantismo) distingue a “matéria” da “forma”, bem como observa a distinção entre as ciências “causais”, ou “naturais”, das ciências “finais” (GOMES, 2007, p. 135). As ciências “causais” ou “naturais” são demonstradas pela independência da Ciência do Direito em relação à ciência natural, independência esta fundada na ciência dogmática do Direito, que não investiga as “causas”, mas os “fins”, em sentido de uma preposição jurídica ou de uma instituição. Em que pese as ciências “finais”, considerada por Larenz como mais importante, cabe ao Direito ordenar e classificar conforme um critério superior, o qual torna possível nessa ideia a superação do positivismo jurídico. (LARENZ, 1966, p. 100).

Como forma de sucessão aos ideais do Neokantismo, surge a teoria finalista, a qual em síntese procura vencer o dualismo metodológico do neokantismo, declinando-se a premissa sobre o qual este se firma, ou seja, sob o fato de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de se ultrapassar. A realidade, para a corrente finalista, já apresenta em si um mandamento interno, possui uma coerência intrínseca: “a lógica da coisa” (Sachlogik). Nesse plano, o direito não pode “flutuar nas nuvens do dever ser, vez que o que vai regular é a realidade”. (GRECO, 2000, p. 5).

Apesar de ambos serem respostas ao movimento que lhe antecederiam, o Neokantismo fora resposta à restrita interpretação da realidade levada fielmente pelo positivismo e o naturalismo. Por sua vez, o finalismo, inclinava-se pela ontologia, pelo “ser”, demonstrando-se como resposta ao ponto de vista considerado unilateral do Neokantismo (GOMES, 2007, p. 139). Depreende-se então que o “ser” só age finalisticamente; logo se o direito quer proibir ações, só pode proibir ações finalistas (GRECO, 2000, p. 5).

Nessa esteira, logicamente o finalismo segue estruturas lógico-reais, tornando-se explicável que essa teoria, que fora criada por Hans Welzel, e também é chamada de teoria final da ação, refere-se, em síntese, que a conduta humana é o exercício de uma finalidade e, por isso, a ação é um acontecer final, e não, apenas causal. Assim explica Claus Roxin:

[...] a chamada teoria finalista, que dominou a discussão dogmática penal das primeiras duas décadas do pós-guerra, chega, por sua vez, a um novo sistema do Direito Penal. Seu ponto de partida é um conceito de ação diverso das antigas concepções sistemáticas, consideravelmente mais rico de conteúdo. Para ela, a ‘essência’ da ação que determina a totalidade de estrutura do sistema, encontra-se no fato de que o homem, através de uma antecipação mental, controla cursos causais e seleciona meios correspondentes no sentido de determinado objetivo, ‘supradeterminando-o finalisticamente’ (ROXIN, 2002, p. 200).

Em crítica à teoria finalista, Hassemer apresenta que apesar de essa não ter estimulado o nazismo ou ampliado o coro das escolas antiliberais da era nazista, resta axiomático que o entendimento pessoal de ação e de antijuricidade, como se retira dos ensinamentos penais finalísticos, encontrava um correspondente contemporâneo, mesmo que desvirtuado, no ‘Direito Penal da vontade’, elaborado pelo pensamento penal nazista (HASSEMER, 1993, p. 20-21).

Hassemer ainda afirma, de forma crítica, que os fundamentos reais da teoria finalista dissipam com facilidade a questionamentos, visto que é certo que a polêmica das escolas penais, no final do último século, debatia os “justos fins das penas”. Ademais, tem-se que Liszt, em seu “Programa de Marburgo”, já trazia um desenho da “ciência penal total”. Nesse plano, arrebatava dizendo que “Certo é também que os neokantianos e os neo-hegelianos tentaram emprestar ao Direito Penal suas próprias tradições filosóficas. Tudo isso, porém, diante das pretensões da teoria finalista, não passava de meros estilhaços”, tornando-a ao final ridícula. (HASSEMER, 1993, p. 20-21). O finalismo tenta, assim, superar o dualismo metodológico do neokantismo, negando seu pensamento axiomático:

[...] o de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar. A realidade, para o finalista, já traz em si uma ordem interna, possui uma lógica intrínseca: a lógica da coisa (Sachlogik). O direito não pode flutuar nas nuvens do dever ser, vez que o que vai regular é a realidade. (GRECO, 2000, p. 4).

Tratados os pontos principais do início das escolas penais, especificadamente o Causalismo, Neokantismo e Finalismo, os quais servirão de escopo para o ponto principal do trabalho, o qual se aproxima, abordar-se-á a seguir o funcionalismo de Claus Roxin, teoria amplamente contraposta por Jakobs.

3 O SISTEMA FUNCIONALISTA TELEOLÓGICO-RACIONAL

Ao analisar o Funcionalismo no direito penal, observa-se, em primeiro plano, que a estrutura dessas dogmáticas penais reside na teoria do consenso de Habermas e na teoria sistêmica de Luhmann, ambas estabelecidas nas ideias de Merton e Parsons. Assim, nota-se que no âmbito penal há três linhas básicas funcionalistas. A primeira, criada por Claus Roxin, se faz por meio do funcionalismo moderado, o qual é voltado para a necessidade de que a Política Criminal possa penetrar na dogmática penal. (MORAES, 2011, p. 127).

No mesmo plano, expõe o funcionalismo limitado, o qual se justifica por sua utilidade social, mas se vincula ao Estado Social e Democrático de Direito, com todos os seus limites – exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, dignidade e proporcionalidade, proposto por Mir Puig (MORAES, 2011, p. 127). Por fim, denota o funcionalismo radical ou sistêmico, oferecido por Günther Jakobs, o qual é representado pelo funcionalismo sociológico inspirado na Teoria dos Sistemas de Luhmann (MORAES, 2011, p. 127).

Porém, elucidamos que há outras correntes funcionalistas, como, *in verbis*, o funcionalismo do controle social, ofertado por Hassemer (1998, p. 37), o qual se ampara no garantismo penal de Luigi Ferrajoli e propõe um “novo ramo” do direito, cognominado como direito de intervenção, e o funcionalismo reducionista ou contencionista, ofertado por Zaffaroni, o qual procura reestruturar os elementos do crime, com foco principal na tipicidade, trazendo a ideia de que é necessário o resultado jurídico do crime, a ofensividade. (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2001).

Adiante, seguindo os ideais do funcionalismo estrutural de Parsons, o qual é identificado no Direito Penal como teleológico, valorativo e ‘moderado’, surge o sistema funcionalista moderado ou teleológico-racional, que fora concebido pelo jurista alemão Claus Roxin, considerado um dos mais influentes dogmáticos do direito penal germânico.

Desde meados de 1970, de acordo com Roxin (2002, p. 205), tem sido desenvolvido um sistema “jurídico penal teleológico-racional ou funcional”, o qual busca superar, de modo definitivo, o modelo científico-natural ou lógico causal por um conjunto de normas orientadas a uma valoração jurídica. (PORTUGAL, 2013, p. 12).

Apesar de existirem diversas teorias funcionalistas, podemos observar que os defensores deste movimento estão de acordo – apesar das muitas diferenças quanto ao resto – em que a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-

se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal (GRECO, 2000, p. 7).

A princípio, Roxin destaca que o funcionalismo, a rigor, encontra-se inserido em uma conjuntura metodológica ampla, a chamada jurisprudência de valores. Nesse sentido:

[...] esta pode ser entendida como o método segundo o qual as construções jurídicas devem ser conscientemente guiadas por determinados valores e finalidades. Toda jurisprudência dos valores tem, portanto, uma questão fundamental a resolver: de onde se retiram os valores sobre os quais se edificará o sistema? (ROXIN, 2002, p. 62-63).

Roxin destaca ainda que desde 1970 encontra-se “empenhando esforços bastante discutidos no sentido de desenvolver um sistema jurídico *copenal* ‘teleológico-racional’ ou ‘funcional’” (2002, p. 205). Trata-se de um método firmado pelo cuidado pragmático, o qual é considerado como resposta à demasiada abstração do finalismo, *sui generis*, ao seu ontologismo, tencionando guiar a dogmática penal por meio das funções político-criminais exercidas pelo Direito Penal, modificando-a funcional ou funcionalizando-a.

Nessa esteira, Luís Greco (2000, p. 7) manifesta a conjectura da patente dessemelhança entre o finalismo e o funcionalismo, referindo-se primeiramente ao finalismo como sendo a fixação de dolo eventual e sua delimitação da culpa consciente. Welzel soluciona o dilema por meio de considerações meramente ontológicas, não questionando a valoração jurídico-penal. Assim, a finalidade se faz pela vontade de realização, compreendendo não só o que o autor efetivamente deseja, como, *in verbis*, as consequências que sabe necessárias e as que considera possíveis e que assume o risco de gerar. Desse modo, conclui que o valor pré-jurídico não é modificado pela valoração jurídica; a finalidade se mantém finalidade, ainda que passe a ser cognominada de dolo.

Em outra conjuntura, no que se refere ao funcionalismo, observa que não interessa, *prima facie*, até que ponto a estruturação lógico-real da finalidade pode alcançar, visto que ainda que algo exista e seja univocamente cognoscível, a problemática que se tem à frente é um “problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso?”. Nesse plano, o funcionalismo entende que, quando mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, à custa da proteção de bens jurídicos, e conseqüentemente, quanto menos exigências formular para que haja o dolo, mais terá a proteção de bens jurídicos e mais limitará a liberdade dos cidadãos. (GRECO, 2000, p. 8). Conclui Greco expondo que são diversas as concepções possíveis da realidade, coroando que:

O finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano-falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de

considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal. (GRECO, 2000, p. 8).

Numa análise da teoria de Claus Roxin, essa se apresenta como uma síntese entre o pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos). Defende-se, assim, que o Direito Penal somente deve atuar nos casos em que o bem jurídico venha a ser violado, de modo que se não for, deverá ocorrer à incidência do princípio da insignificância como forma de excludente material de tipicidade. (GRECO, 2000, p. 9). Ademais, defende ainda que mesmo o fato sendo típico, ilícito e culpável, há outras formas mais eficazes e oportunas do que a sanção penal, por isso segure a inserção da necessidade de pena nos elementos do crime. Cabe a essa teoria a ideia de entender para que a pena funciona e se esta atinge sua finalidade, levando como base o princípio da intervenção mínima, caso a caso.

Desse modo, conclui-se que o finalismo se mostra como uma doutrina ontologista, que prejulga o problema de um modo valorativo; já o funcionalismo de Roxin se trata de uma doutrina teleológica, orientada para realização de certos valores provindos de Política criminal acolhida pelo Estado social de direito, a fim de assegurar os bens jurídicos tidos como indispensáveis para a sociedade.

4 O SISTEMA FUNCIONALISTA RADICAL OU SISTÊMICO

Tendo como objetivo se opor à teoria de Claus Roxin, o jurista alemão Günther Jakobs cria, em meados de 1980, a teoria funcionalista sistêmica ou radical, provocando polêmicas e gerando debates que se estendem até o presente momento. Jakobs, baseando-se principalmente nas ideias de Niklas Luhmann (NIKITENKO, 2006, p. 127), e ao contrário de Roxin, instiga uma nova fundamentação da dogmática jurídico-penal e do sistema, atrelando a missão do Direito penal (prevenção geral) com a perspectiva sociológico-funcionalista (GOMES, 2007, p. 147).

As divergências significativas, por sua vez, separam os pontos de vistas do funcionalismo moderado do radical, e superam a esfera metodológica. Neste sentido, Jesus-Maria Silva Sanchez (1992, p. 70) ensina que de um lado Jakobs, por meio de seu funcionalismo radical, absolutiza o critério funcional, rejeitando toda limitação que descenda do horizonte ontológico, ou até mesmo do sentido ordinário do vocábulo. Em outro prisma, divergem as referências funcionais que, em cada situação, dão conteúdo e significado a cada uma das categorias do sistema.

Em contraposição, o referido autor aduz que o funcionalismo moderado de Claus Roxin não confere, por sua vez, tanta magnitude ao sistema penal, muito menos as exigências derivadas dele, conservando certa operatividade dos limites externos ancorados na “esfera do ser (natureza das coisas) ou na própria linguagem”. O funcionalismo de Roxin instrui as categorias do Direito penal às destinações da Política criminal, ou seja, enquanto Jakobs preceitua como decisivas as necessidades “sistêmicas” orientadas à “função do Direito penal”, sendo esta a manutenção,

prevenção e integração por meio do reforço da norma, Claus Roxin oferece acolhimento a valores e princípios garantistas ao configurar o sistema da dogmática jurídico-penal e do Direito penal. (SILVA SANCHEZ, 1992, p. 70).

A transgressão de uma regra social, ou seja, o delito, é vista de modo socialmente disfuncional, não porque está ferindo ou porque está colocando em perigo bens jurídicos, mas porque questiona a “confiança institucional” no sistema (GOMES, 2007, p. 148).

A delinquência se mostra para Jakobs, primeiramente, como “expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao Direito”, resultando em constrangimento à plenitude e solidez social. Dessa feita, a teoria sistêmica não se confina a resguardar bens jurídicos, pois sim a função. Visa, em plenitude, a confiança institucional no sistema e seu bom funcionamento (GOMES, 2007, p. 148). Ademais, a doutrina do direito penal como proteção de bens jurídicos, como proposta por Roxin, tampouco apresenta contribuição alguma na limitação da antecipação da punibilidade. Por sua vez, a doutrina do direito penal como proteção da vigência da norma, como proposta por Jakobs, demonstra sua validade especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é uma lesão da vigência da norma, a pena é a sua eliminação (JAKOBS, 2005, p. 51).

Nesse sentido, revela Jakobs que “o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade” (JAKOBS, 2003, p. 1).

Jakobs parte do axioma que a função da pena é (re)afirmar a validade da norma em benefício da estabilização do sistema social, considerando por sua vez que a culpabilidade constitui “uma falta de fidelidade ao direito”, fundamentando assim a necessidade de pena (MORAES, 2011, p. 134). Neste momento, vale resgatar a teoria clássica do delito e a da ação, a qual Jimenez afirma que, em relação à manutenção da estrutura social:

Todas las categorías del delito en atención a la contribución que éstas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social. En este contexto, el autor rechaza, como es lógico, tanto el método del naturalismo científico de la teoría clásica del delito como el modelo ontológico de la doctrina final de la acción (JIMENEZ, 2006, p. 24).

Jakobs, por outro lado, adotou um novo conceito de ação, o qual dispõe:

[...] La acción, por tanto, es expresión de un sentido. Esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dirigida a evitar las consecuencias (JAKOBS, 1992, p. 14).

Do mesmo modo, não se pode deixar de validar a posição ofertada por Claus Roxin (2002, p. 130), que expõe em primeiro plano sua impressão positiva pela teoria da imputação de Jakobs por sua sólida fundamentação filosófico-sociológica, referindo-se ainda que a beleza do sistema criado por Jakobs não se encontra somente na sua teoria da imputação objetiva, mas também nos reflexos que ela provoca no restante da teoria do crime, bem como na precisão e harmonia com que cada problema é solucionado, sempre devendo levar em conta os efeitos colaterais.

Revela, ainda, que a concepção do sistema de Jakobs consiste na estruturação da dogmática jurídico-penal com base nos conceitos e categorias provindas da teoria de sistemas sociais, observando-se com enfoque as lições de Luhmann. No que se refere ao conteúdo, controversa peculiaridade da teoria de Jakobs encontra em deixar a culpabilidade ser absorvida pelo conceito de prevenção geral, em concordância com sua teoria dos fins da pena. Assim, a culpabilidade não é algo oferecido ou “objetivamente dado, mas simplesmente ‘adscrito’ ao autor sem qualquer consideração às suas capacidades concretas, na medida daquilo que seja necessário para o ‘exercício de fidelidade ao direito’” (ROXIN, 2002, p. 130).

Alto se revela o nível da teoria de Jakobs, pois, apesar de ser um opositor tal como Roxin, Batista, por sua vez, também elogia a doutrina, aduzindo que se trata de “uma elaboração teórica de altíssimo nível” dizendo ainda que “poderá fazer sucesso nos países centrais, ricos, com baixa conflitividade social” (BATISTA, 2004, p. 20). Assim, conclui-se que o funcionalismo de Jakobs procura, sobretudo, assegurar o império da norma, diferentemente de Roxin, que procura instituir valores político-criminais e proteger bens jurídicos.

Ressalta-se, por fim, que o estudo até aqui se mostra essencial para entender os próximos, ou seja, as velocidades do Direito Penal e o Direito penal do Inimigo, já que se encontram inteiramente ligados.

5 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A fim de recapitular o estudo até aqui, como acentuado por Moraes, tem-se que:

Nos últimos anos, a concepção clássica do delito (Carrara), a concepção neoclássica do delito (neokantismo) e o sistema finalista do delito (Welzel), passaram a dialogar com a escola funcionalista dividida basicamente entre as seguintes orientações: o funcionalismo estrutural de Parson (no Direito Penal identificado como teleológico, valorativo e ‘moderado’ adotado por Roxin) e o funcionalismo sistêmico de Luhmann (no Direito Penal identificado como estratégico, normativista e ‘radical’, adotado por Jakobs) (MORAES, 2011, p. 124).

Para uma assimilação apropriada do Direito Penal do Inimigo e o que ele representa ao funcionalismo sistêmico-radical de Jakobs, é necessário esclarecer que

o Direito Penal persiste e obtém o encargo de estabilizar as relações sociais. Adentrando nas chamadas Velocidades do Direito Penal, estas revelam-se importantíssimas para o presente estudo, já que se referem ao tempo que o Estado leva para punir o autor de uma infração penal, sendo ela mais ou menos grave.

Os institutos denominados como Velocidades do Direito Penal foram criadas pelo espanhol Jesús-María Silva Sánchez, o qual é considerado um dos mais respeitados penalistas da atualidade. A teoria traz consigo a ideia de que temos no ordenamento jurídico várias dimensões de Direito Penal, graduados de acordo com sua rigidez. (MELIÁ, 2012, p. 92). Primeiramente, Silva Sanchez divide o Direito Penal em duas velocidades, denominadas como a primeira velocidade e a segunda velocidade, mas, por fim, afirma existir uma terceira velocidade, que seria denominada como Direito Penal do Inimigo.

No que se refere à análise dos institutos denominados como velocidades do Direito Penal, Silva Sanchez introduz a primeira velocidade como um modelo de Direito Penal liberal-clássico, garantista, tradicional e mínimo, que se vale preferencialmente da pena privativa de liberdade, como finalidade de uma ação penal, mas se funda em garantias individuais inarredáveis, como meio eficaz para obtenção de justiça, sistema esse adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro (SANCHEZ, 2002, p. 40).

No segundo ponto de sua lição, tem-se a análise do Direito Penal de segunda velocidade, instituto que defende a flexibilização, de forma proporcional, de garantias penais e processuais penais, porém fundamentada na certeza da adoção de medidas alternativas à prisão, ou seja, flexibiliza-se garantias devido ao fato de que não haverá a aplicação de pena privativa de liberdade, mas sim penas alternativas, como restritivas de direito e pecuniárias. Segundo Alexandre Rocha de Almeida de Moraes, as velocidades alusivas acima são verificadas de forma que:

A primeira, pautada no modelo liberal-clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios político-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade – pecuniárias ou restritivas de direitos (MORAES, 2011, p. 230).

Como última dimensão do âmbito penalista, tem-se a terceira velocidade, a qual seria, portanto, uma velocidade híbrida, heteróclita, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização ou supressão das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade). No âmbito da terceira velocidade do direito penal encontra-se, portanto, o Direito Penal do Inimigo, ofertado por Jakobs em meados de 1985, e que vem ganhando adeptos e relevância no mundo jurídico, principalmente no hemisfério norte do planeta, após a ocorrência de vários crimes que chocaram a humanidade, como o atentado terrorista de 11 de setembro ao World Trade Center, os atentados terroristas em Madri e Londres, ocorridos respectivamente em 11 de março de 2004 e 07 de julho de 2005 e, por fim, o atentado na cidade de Paris em 13 de novembro de 2015.

A teoria, originada no pensamento funcionalista sistêmico fundado na racionalidade comunicativa, traz consigo uma distinção entre duas espécies de criminosos, “dois polos de um só mundo ou duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal” (JAKOBS, 2007, p. 21), as quais são: a) os criminosos que têm suas garantias legais preservadas devido ao fato de terem praticado crimes de baixo grau ofensivo, assegurando a eles a preservação do status de cidadão e garantindo, após o cumprimento da penalidade, a manutenção de seus direitos e de sua perspectiva de reintegração social (Direito Penal do Cidadão); b) os criminosos de alta periculosidade que cometeram ou possivelmente poderão cometer crimes de elevado teor ofensivo, e por conta disso sofreriam medidas de segurança próprias, ou seja, penas rígidas a fim de controlá-los, mesmo que de forma antecipada, suprimindo para isso garantias legais e processuais. (Direito Penal do Inimigo). Em outras palavras:

[...] de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia (GOMES, 2010, p. 2).

Jakobs pondera que são considerados como inimigos do Estado os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (2003, p. 39). Nesse sentido, conceitua ainda que quem, por princípio, age de modo controverso à norma, não oferece garantia de seu comportamento pessoal. Visto isso, não poderá ser tratado como cidadão, devendo ser combatido como inimigo. Expõe, também, que nessa “guerra” há lugar somente para um “legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado, ao contrário, o inimigo deve ser excluído” (JAKOBS, 2005, p. 49-50).

Como lembrado por Wermuth (2010, p. 6), Jakobs propõe a adoção desta dicotomia a fim de direcionar o Direito Penal a combater a criminalidade em um conceito global, sob a fundamentação de que, sem essa diferenciação, não existiria alternativa para o combate a determinados crimes, com foco especial nas organizações criminosas e no terrorismo.³

3 Segundo WERMUTH (2010, p. 7), as regulamentações do Direito Penal do inimigo, destarte, embasam-se na habitualidade e no profissionalismo das atividades dos indivíduos assim considerados, bem como ao fato de pertencerem a organizações criminosas estruturadas que afrontam o Direito Penal “ordinário”. Por outro lado, para MARTÍN (2005, p. 7), puesto que la existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real, y puesto que la falta de seguridad cognitiva existente con respecto a ellos – esto es, el peligro que los mismos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico – es un problema que no puede ser resuelto con el Derecho penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco con medios policiales, de ahí resulta

No que diz respeito à vigência das normas, onde mora grande semelhança com o funcionalismo sistêmico, pontua-se a diferença entre sua finalidade para os cidadãos e para os inimigos, observando que “O Direito Penal do Cidadão mantém a vigência da Norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos” (JAKOBS, 2012, p. 29). Em outras palavras, “O Direito penal do cidadão é direito de todos; o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra” (JAKOBS, 2005, p. 30).

Tido como um dos principais discípulos do filósofo e jurista do direito germânico, Hans Welzel, Jakobs sustenta sua teoria em diversos fundamentos de filósofos do *ius naturale* (Direito Natural), como:

a) Rousseau: O inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal; b) Fichte: quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos; c) Hobbes: em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo; d) Kant: quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o "estado comunitário-legal", deve ser tratado como inimigo (GOMES, 2004).

Desse modo, em síntese, pode-se observar que no Direito Natural, há a argumentação a partir de um ponto de vista absolutamente relacionado com a teoria do contrato, onde todo delinquente é um inimigo, como preconizado por Rosseau e Fichte. Entretanto, para a preservação de um destinatário para expectativas normativas, é mais adequado proporcionar o status de cidadãos aos que não se desviam por princípio da norma, como proposto por Hobbes e Kant (JAKOBS, 2009, p. 22).

O Direito Penal do Inimigo traz consigo três pilares, os quais constituem fundamentos essenciais a sua aplicação e demonstram o porquê de ser conhecido como a terceira velocidade do direito penal, quais são: a) antecipação da punição; b) desproporcionalidade das penas e criação de leis severas direcionadas aos “Inimigos do Estado”; c) relativização e/ou supressão de garantias processuais. Nesse plano, Manuel Cancio Meliá afirma:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (2012, p. 90).

No que se refere à finalidade do Direito Penal, Jakobs adota, como visto, a teoria da prevenção geral positiva da pena e os fundamentos de sua concepção, os quais se encontram na filosofia do Direito de Guilherme Hegel, o qual entende que a prática da conduta criminosa e a realização da justiça como reflexo estatal equivalem ao modo de um processo de desejo, ânsia, com o sobrepujamento da diferença entre o desejo geral e o individual, “há uma antítese entre a vontade geral e a vontade individual”. A conduta delituosa, como manifestação do desejo individual, contrapõe a vontade geral. “Por sua vez, a aplicação da pena consiste na negação da vontade individual, sendo, portanto, a negação da negação, tendo como consequência a confirmação do direito” (HEGEL, 1968, p. 112).

Não obstante, em alguns aspectos, o direito penal do inimigo adota a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.⁴ Tais adoções levam Jakobs a discordar da ideia de que o Direito Penal tem por finalidade a proteção de bens jurídicos, como estudado anteriormente no funcionalismo de Roxin, sustentando assim que o Direito Penal tem por finalidade a garantia da vigência da norma (JOKOBS, 2005, p. 33).

Desse modo, conclui-se que o Direito Penal do Inimigo, tal como o Funcionalismo Radical, tem como finalidade a manutenção da vigência da norma, porém somado com a distinção entre criminosos e a necessidade de combater a classe que chama de inimigos do Estado, mesmo que para isso seja necessária a supressão ou relativização de direitos e garantias legais atualmente ofertadas e protegidas pelo Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi exposto no presente trabalho, indaga-se: São legítimas, lê-se, legais e aplicáveis, as teorias do funcionalismo sistêmico radical e a teoria do direito penal do inimigo, ambas propostas por Günther Jakobs?

Dessa forma, para responder a questão, retomamos alguns pontos. Tem-se, conforme estudado até aqui, que o funcionalismo penal de Claus Roxin, conhecido também como teleológico-racional, propõe a reconstrução da teoria do delito com alicerces em parâmetros políticos criminais. Esta, por sua vez, também permite que as dificuldades jurídicas possam ser resolvidas de diversas formas, dando a possibilidade de interpretações distintas, diferentemente do pensamento finalista, que pauta sua resolução através, apenas, de reflexões axiológicas.

4 Para Luhmann (1983, p. 45 e ss.), O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas (...) Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos

Ademais, no pensamento de Roxin, enquanto o bem jurídico não for atingido, o Direito penal não deve atuar, prevalecendo, inclusive, a ideia de insignificância como política criminal, de modo a excluir materialmente a tipicidade. Aqui mora o pensamento teleológico, o qual atendendo as finalidades valorativas por meio da política criminal, deverá orientar-se pela proteção de bens jurídicos. Sendo assim, constrói a ideia de um direito penal comprometido com uma proteção eficaz e legítima de bens jurídicos.

Por outro lado, tem-se o funcionalismo sistêmico-radical de Jakobs, que por sua vez, em total oposição às ideias trazidas por Roxin, procura defender a vigência da norma. Revela-se que tal linha doutrinária obtém duas inegáveis marcas do pensamento *luhmanniano*, quais sejam: a) o vínculo do sistema social com todas as formas de comunicação; b) a noção de bem jurídico-penal.

Nesse sentido, Jakobs despreza qualquer ideal axiológico (finalismo), bem como a ideia de que o direito penal deve proteger os bens jurídicos (funcionalismo teleológico), insistindo, por sua vez, na necessidade de proteger sua rigidez na valoração das normas, colocando-as acima de tudo. Sustenta também que a sociedade se mantém por meio de normas, e não por determinados estados e bens (crítica ao pensamento de Roxin), defendendo, assim, que basta a infração da lei para haver a imposição de uma sanção penal.

Recapitulado os principais pontos dos funcionalismos de Claus Roxin e de Günther Jakobs, observa-se que se trata de teorias de qualidade indiscutível, tanto por suas bases teóricas filosóficas, quanto por suas repercussões e discussões no sistema penal mundial. Conclui-se, portanto, que a concepção de Roxin representa a humanização por meio da Política-criminal, tendo como objetivo principal a proteção dos bens jurídicos como finalidade do Direito Penal. Em sentido oposto, caminha a teoria funcionalista de Jakobs, já que pretende proteger a norma, não se importando com bens jurídicos, onde se revela intragável, ilegítima e inaplicável.

Ademais, Roxin dá a importância devida para o princípio da insignificância e intervenção mínima, aplicando-os quando não afetado o bem jurídico, ao contrato de Jakobs, que os menospreza, tratando-se, assim, de uma concepção cuja preocupação não reflete a realidade que o sistema penal vive atualmente.

Claramente faltam aspectos de humanização para o funcionalismo de Jakobs, ao contrário do que ensina o funcionalismo de Roxin, que engrandecem seus fundamentos e a colocam em visível ponto de aceitação, principalmente quando observado em lado oposto o funcionalismo de Jakobs.

Observa-se, em outro ponto, originado do pensamento funcionalista radical de Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, o qual se verifica como a terceira velocidade do direito penal, pois busca a aplicação de penas rígidas, cumuladas com a relativização ou supressão de garantias penais e processuais penais, em detrimento aos chamados “inimigos do Estado”, ou seja, para a classe de criminosos considerada de alta periculosidade.

Nessa teoria, defende Jakobs que o individuo desviado que praticar crime de alta periculosidade, infringindo a norma, deve ser considerado inimigo do estado, devendo ser tratado como tal, sofrendo, assim, suas sanções como forma de medida

de segurança e coação estatal. Mesmo sendo inegável a complexidade e qualidade de fundamentação do Direito penal do inimigo, pontua-se que sua aplicação não pode sequer ser sugerida no cenário atual, visto que representa uma ameaça, um ataque aos princípios e garantias do Estado de Direito.

A análise da teoria de Jakobs deixa claro que diversos dos seus aspectos confrontam diretamente nosso ordenamento jurídico, sendo a aplicação de seu conteúdo inconstitucional (observando os ensinamentos do Ordenamento Jurídico Brasileiro). Comprova-se isso com seu conjunto material, o qual fere princípios básicos do Direito Penal e Processual Penal, como a ampla defesa e o contraditório.

Verifica-se, ainda, que a teoria do Direito penal do inimigo constitui clara ofensa a diversos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, elencados como cláusulas pétreas explícitas por força do artigo 60, § 4º, da Carta Magna, “*verbi gratia*”: o direito à vida; à liberdade; igualdade; a indispensabilidade de advogado; a proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante; a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, o direito à integridade física e moral do preso, presunção da inocência, dentre outros diversos direitos e garantias elencados no artigo 5º da Constituição Federal.

Todavia, além da evidente inconstitucionalidade por força das garantias penais e constitucionais aludidas acima, o Direito penal do inimigo encontra-se em notória ofensa à base de nossa Carta Magna, a qual desempenha função ímpar como pilar de um Estado Democrático de Direito, cognominada de Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elencado como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III.

Tratar pessoas como inimigas, negando-lhes dignidade, suprimindo garantias legais e impedindo-as de reintegrar-se socialmente, como proposto nas medidas de seguranças de Jakobs, não aparenta ser a medida ideal e cabível para os entraves discutidos por Jakobs. Nesse contexto, apesar da crise humanística, o Estado Democrático de Direito roga por preservação de seus princípios, garantias e direitos, devendo qualquer ideologia maximalista ser combatida com a mesma força que se propõe. Não há inimigos, há cidadãos detentores de direitos e deveres, sujeitos a penas e sanções, porém, munidos de dignidade que deve ser preservada.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Novas Tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BENTO FARIA, Antonio. **Código Penal Brasileiro** (Comentado). Rio de Janeiro: Record, 1961.

CALLEGARI, André Luís *et al.* **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2. ed. Campinas: BookSeller, 1999.

FONSECA, Mariana Martins de Castilho. Uma Análise da Contribuição do Funcionalismo de Claus Roxin à Teoria da Ação. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 157-178, jan./jun. 2009.

GARCIA, Basileu. **Instituições do Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1976, v.I, t. I.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo** (ou inimigos do Direito Penal). São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

_____. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’ de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 32, 2000.

_____. A pena de Prisão à Luz da Moderna Política Criminal. In: HIRECHE, Gamil Föppel El. **A Função da Pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.

_____. Perspectivas del Derecho penal futuro. **Revista Penal**. Barcelona, n.1, 1998.

HEGEL, Guilherme F. **Filosofia del derecho**. Tradução Angélica Mendoza de Montero. Buenos Aires: Editora Claridad, 1968.

JAKOBS, Günther. **El concepto jurídico-penal de acción**. Conferencia impartida en el CEU de Madrid em mayo de 1992. Traducida por Manuel Cancio Meliá; p. 14. Del mismo: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1991, p. 136 y ss.

_____. **Sociedade, Norma e Pessoa: Teoria de Um Direito Funcional**. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, 2003. V. 6; versão em espanhol: Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. Tradução Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

_____. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coords.). **Direito Penal e funcionalismo**. Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Direito Penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (orgs./trads.). **Direito Penal do inimigo. Noções Críticas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; MOREIRA, Luiz (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e Trad.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e Trad.). 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Manual de derecho penal del enemigo**. Madrid: Editora Thosomcivitas, 2003.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Algunos Planteamientos Dogmáticos en la Teoría Jurídica del delito en Alemania, Italia y España. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. V. 34, 2006, p. 11-74.

LARENZ, Karl. **Metodologia de la ciencia del derecho**. Trad. E. Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ariel, 1966.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

MELIÁ, Manuel Cancio. Direito penal do inimigo? In: **Direito Penal do inimigo. Noções Críticas**, 2. ed. Organização e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1976.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Reed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

NIKITENKO, Viviani Gianine. Funcionalismo-Sistêmico Penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. **Revista Direito em debate**. N. 25, jan./jun. 2006, p. 123-135.

PORTUGAL, Daniela. A Autopoiese no Direito e o Funcionalismo Sistêmico de Günther Jokobs na Aplicação da Lei Penal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS**, v. 8, n. 2, 2013.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: JMB, 1992.

_____. **A Expansão do Direito Penal**. Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed., rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001.

WERMUTH, Maiquel A. Dezordi. O Direito Penal do inimigo como resposta simbólica à macrocriminalidade. **Revista Direito e Justiça**: Reflexões Sociojurídicas, ano X, nº 15, novembro, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2001.

Recebido em 08.06.2017

Aceito em 12.09.2017

ACESSO À JUSTIÇA COM FUNDAMENTO NA EDUCAÇÃO

ACCESS TO JUSTICE BASED ON EDUCATION

Daniela Menengoti Ribeiro¹
Caroline Christine Mesquita²
Marcel Ferreira dos Santos³

Sumário: Considerações iniciais. 1 Conjecturas sobre o termo justiça. 1.1 A busca do acesso à justiça. 2 A educação para se alcançar a justiça. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho aborda a problemática da construção, dignificante e justa, do organismo social. Para tanto, considera o conceito de justiça entendido como uma virtude que deve ser praticada e mantida nos panoramas do meio termo. Esta temática abre-se para a edificação da justiça aristotélica, a qual se constrói diariamente pela prática saudável e responsável de cada organismo social, que visando o desenvolvimento educativo da própria sociedade, culminará em uma justiça comprometida com a pessoa humana. Analisa-se a necessidade de uma educação mais crítica e com senso de justiça mais centrado na pessoa humana. Para refletir sobre esses problemas, será utilizado o método de abordagem dedutivo e a pesquisa bibliográfica como procedimento.

Palavras-chave: Educação. Organismo social. Justiça aristotélica.

Abstract: This paper addresses the problematic of the construction, dignified and fair, of the social organism. In order to do so, it considers the concept of justice understood as a virtue that must be practiced and maintained in the mid-term panorama. This theme opens for the construction of Aristotelian justice, which is built daily by the healthy and responsible practice of each social organism, by aiming at the educational development of society itself, will culminate in a justice committed to the human person. It analyzes the need for a more critical education with a sense of justice that is more human-centered. To reflect on these problems, it will be used the deductive approach method and bibliographic research as a procedure.

Keywords: Education. Social organism. Aristotelian's justice.

1 Doutora em Direito-Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, França. Mestre em Direito-Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas e da graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Coordenadora/Líder dos Grupos de Pesquisa (CNPq): “Instrumentos jurisdicionais de efetivação dos direitos da personalidade” e “Internacionalização do direito: dilemas constitucionais e internacionais contemporâneos”. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). E-mail: <daniela.ribeiro@unicesumar.edu.br>.

2 Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), bolsista da CAPES. Especialista pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, bem como pela Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Maringá. Advogada. E-mail: <chcmesquita@hotmail.com>.

3 Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Professor da Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Maringá. Professor dos cursos de Pós-graduação de Direito Civil e Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica de Maringá (PUC). Graduado em Direito pela Universidade Paulista. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Vice-diretor da Escola da Magistratura, Núcleo de Maringá. Membro efetivo do Conselho Fiscal da Associação dos Juizes do Estado do Paraná. E-mail: <marcelfsantos@hotmail.com>.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade, por meio da moral e dos costumes, exerce uma pressão sobre o conjunto normativo vigente. Dessa relação mutualística decorre que há um maior grau de traços de justiça nas normas jurídicas emanadas dos valores morais da sociedade vivente.

Assim sendo, as normas morais dão completude de significância às normas jurídicas, visto que aquelas se revelam axiomas fundamentais da construção destas. Os reflexos no Direito são inevitáveis, pois a arte do legislador e do juiz será a de apontar o caminho da felicidade, que justifica a existência da legislação ou da sentença.

É, portanto, de fundamental importância a influência das normas morais sobre as normas jurídicas, especialmente se observado o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que é axioma estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema internamente harmônico, e afasta de pronto a ideia de predomínio do individualismo atomista do Direito.

Dessa maneira, se o aplicaria como leme a todo o ordenamento jurídico, compondo o sentido a este, e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflite. Demonstrando a intervenção das normas morais sobre as normas sociais, na medida em que a justiça é uma exigência da moral, pois na relação entre a moral e o Direito está contida a relação entre a justiça e o Direito.

Nesse contexto, observa-se que, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, as autoridades competentes devem buscar, sempre, reestruturar as normas jurídicas, para que se tornem mais justas e adequadas ao corpo social, em virtude de este estar, como o Homem, em constante e ininterrupto desenvolvimento. Logo, a participação da sociedade na efetivação de uma justiça mais humana e capaz de identificar as diferenças e alavancar a justiça social, em um primeiro momento, é o ideal de justiça que se espera conquistar; em um segundo momento, para que a própria coletividade não precise sofrer perdas irreparáveis, isto é, que não se busque uma justiça tardia como em outrora, como a da Segunda Guerra Mundial.

1 CONJECTURAS SOBRE O TERMO JUSTIÇA

Primeiramente, deve-se tecer algumas linhas gerais sobre a conceituação da justiça, visto ser uma palavra em construção imanente com o ser humano, posto ser este que lhe dá significância e sentido. Assim sendo:

[...] nota-se que foi a vontade de justiça de cada pessoa que levou à necessidade do direito na sociedade estrutural, como regulador do justo. Nasce, assim, o direito como uma possibilidade de se alcançar a justiça. Portanto, as leis são essenciais para a vida em sociedade; o direito é fundamental para a existência da pessoa humana e a vida em sociedade em paz pela justiça. (PINTO, 2010. p. 21-22)

O conceito de justiça é entendido como uma virtude que deve ser prática e manter-se nos panoramas do meio termo (ARISTÓTELES, 2001, p. 105):

A lei bem elaborada tem ao bem retamente, ao passo que as leis elaboradas às pressas não tendem assim tão bem. [...] Com efeito, a justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo. [...] Ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo. (ARISTÓTELES, 2001, p. 100-101)

Portanto, a boa conduta social é o resultado da prudente eleição dos meios para que se alcance a justiça. Nessa esteira, a eleição e a decisão demonstram estar sob o domínio humano, com o seu julgamento a respeito do justo e do injusto torna-se algo inerente à disposição racional e habitual direcionada para a boa ação de cada um. (MASCARO, 2012. p. 76-81)

Toda arte e toda investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a um bem [...]; o bem é aquilo que as coisas tendem. [...] esse bem supremo é a felicidade e considera que o bem viver e o bem agir equivalem a ser feliz. [...] ela é o primeiro princípio, pois fazemos todas as coisas tendo-a em vista, e o primeiro princípio e causa dos bens é, [...], algo louvável e divino. Uma vez que a felicidade é, então, uma atividade da alma conforme à virtude perfeita. [...] chamamos de justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que a compõem para a sociedade política. (ARISTÓTELES, 2001. p. 1-101)

Desse modo, como interpreta Tomas de Aquino, a justiça é um modo fundamental de regulamentar as relações humanas, através do direito natural, que ao seu juízo é composto de primeiros princípios e segundos princípios. Quanto aos primeiros, são vagos, universais, evidentes e indemonstráveis, que na filosofia prática se expressam nos apogemas “não lesar outrem, dar o devido segundo mérito, viver honestamente”, base de *sindérese* já reconhecida pelos romanos. Os princípios segundos são dinâmicos e se alteram de conformidade com o fluxo da experiência humana. (AQUINO, 2012. p. 28ss.) Contudo, sublinha-se que não há no pensamento aristotélico uma posição dicotômica entre justo natural e justo legal, “[...] estando ambos ligados ao justo político, participando conjuntamente da racionalização do meio-termo, como formador de leis justas e boas. Contudo, o justo natural, enquanto ideal de aperfeiçoamento da regra legislativa, atua vetorialmente sobre o legal, norteando sua reelaboração”. (ALMEIDA; BITTAR, 2010. p. 126-127)

Por isso que a riqueza do tomismo está no reconhecimento da pessoa, um estado de potência que habita o ser do homem e o põe em dinamismo, por agir livre,

na expansão de suas riquezas ontológicas. Essa potência está presente em toda a espécie humana, portanto, há igualdade que se configura em Lei, e aqui está toda a ordem justa ínsita à natureza do ser. Cabe ao direito positivo traduzir essa lei, e toda vez que as normas humanas não fixarem, com fidelidade, o percurso da lei da natureza do ser humano, podem até ser designadas de lei, mas não serão chamadas de Direito. (AQUINO, 2012, p. 31ss)

O justo resulta da interpretação da natureza das coisas sobre a ótica do jurista. Este traduz a interação da sociedade na formação de normas morais, e toma a lei positiva como diretiva ao bem comum. “Os fenômenos da derivação e da determinação são elencados na tese do Aquinate, pelo que as normas da natureza determinam e subordinam o direito positivo de onde é derivado, inclusive no instante de sua aplicação ao caso concreto”. (ZENNI, 2006. p. 107)

Já sob a perspectiva de John Rawls, a primeira virtude das instituições sociais é a justiça,

[...] Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis. (RAWLS, 2000. p. 3-4)

Justiça, sob essas premissas, é o primeiro dos ideários humanos, visto que é buscada em todas as ações do ser. Nada obstante, o seu conteúdo objetivo seja impalpável, o reconhecimento do dever de alcançá-la, quer quanto ao conteúdo e extensão, quer quanto às formas e meios de efetivação dela na vida, é uma constante inarredável, mesmo para os mais céticos ou ignorantes. De tal modo, “[...] A tentativa de dissociar os argumentos de justiça e direitos dos argumentos da vida boa é equivocado por duas razões: primeira porque nem sempre é possível decidir questões sobre justiça e direito sem resolver importantes questões morais; segundo porque, mesmo quando isso é possível, pode não ser desejável”. (SANDEL, 2012. p. 312)

Por conseguinte,

[...] A justiça é a finalidade do direito, mas essa finalidade morre tão logo tenha dado vida ao direito, e o direito continua a viver, por mais diferente que seja de seu criador. A finalidade é causa de tornar-se, mas não causa da existência do direito; como o homúnculo de Wagner, este é imediatamente emancipado com o seu nascimento, trilha seus próprios caminhos e torna-se ele próprio finalidade, fim em si mesmo. (RADBRUCH, 1999. p. 227)

Chega-se a tal conclusão, tendo em consideração que a ética jurídica não é dogmática, isto é, circunscrita ao direito positivado, muito embora este seja o seu universo. “A ideia do direito é filha da ideia de justiça, mas a partir de agora ocupará um aposento próprio” (VILLEY, 2003. p. 73), tendo em perspectiva que ela é

dikelógica, comprometida com a busca, incessante, pelo ideal de justiça. Sendo esse o princípio norteador do viver humano, conseqüentemente, está indissociável com a dignidade humana, em razão de esta funcionar como um espelho, no qual o corpo social projeta seus princípios e valores.

1.1 A busca do acesso à Justiça

A expressão *acesso à justiça* é enfrentada pela doutrina com diferentes sentidos. Primeiramente, um sentido *lato* foi empregado a ela, partindo de uma visão axiológica do termo *justiça*, compreende o ingresso a ela como a entrada a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais do ser humano. Contudo, com a sobrecarga do poder judiciário, passaram os estudiosos a restringir a expressão, atribuindo a ela apenas o significado de justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimo as expressões *acesso à Justiça* e *acesso ao Poder Judiciário*. (RODRIGUES, 1994. p. 28) Então, percebe-se “que a ideia de acesso à Justiça, hoje, significa não mais simplesmente o acesso à tutela jurisdicional do Estado. Mais que isso, traduz a exigência de que a ordem jurídica seja justa (como dissera Watanabe), e que o acesso seja generalizado, efetivo e igualitário (como dissera Cappelletti)”. (CASTILHO, 2006, p. 14)

Isso implica afirmar que tal nomenclatura deve ser vista sob duas perspectivas – *stricto* e *lato sensu* –, o que abre margem para o emprego das duas denominações. Inicialmente, analisar-se a *stricto sensu*, à qual nasce do movimento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, nascido dos escombros da Segunda Guerra Mundial e exportada para o mundo, ocidental e oriental, como bandeira de luta pela preservação da humanidade. (RODRIGUES JÚNIOR, 2007. p. 27)

Mauro Cappelletti e Garth Bryant frisam que o projeto *Acesso à Justiça* procurou analisar tanto os obstáculos jurídicos, econômicos, sociais e psicológicos que dificultam ou impedem o uso do sistema jurídico, como os esforços desenvolvidos por diferentes países no sentido de superar estes obstáculos, logo a amplitude do tema permite incluir toda e qualquer investigação sobre o Poder Judiciário e sobre formas alternativas de resolução de conflitos.⁴ (CAPPELLETTI, 1988. p. 7-8)

[Assim], nos países ocidentais, a partir de 1965, foram sentidas quatro ondas de reforma, espargidas do movimento acesso à justiça: a primeira, preocupada com os serviços de assistência judiciária gratuita; a segunda,

4 Mesmo o Brasil sendo um dos principais países constituintes da América Latina não participou do projeto internacional *Florence Project*. Contudo, outros países membros como Chile, Colômbia, México e Uruguai se fizeram representar, relatando até suas experiências no campo do Acesso à Justiça. O despertar do interesse brasileiro para essa temática se dá apenas com o processo político social da abertura política, em outras palavras com a eclosão de movimentos sociais e implantação do Plano Marshall e as pressões internacionais. (FALCÃO, 1981. p. 51ss).

voltada para a proteção dos interesses difusos; a terceira, relativa a um enfoque de múltiplas alternativas de resolução de conflito; a quarta, pretende expor as dimensões éticas dos profissionais e da concepção de justiça, dando luz a um novo ensino jurídico. (BACELLAR, 2012. p. 19)

A nomenclatura da expressão *acesso à justiça*, portanto, não deve ser analisada como tendo uma melhor conceituação em detrimento de outra, visto que pelo deslinde da história, abre-se margem para o emprego das duas denominações. Especialmente, se notar que o sentido de encontrar a justiça nunca foi extirpado de ambas, pelo contrário, a *lato sensu* engloba no seu significado a *stricto sensu*, pois ambas mantêm seu compromisso com a busca pelo justo e humano. Nesse sentido, Kazu Watanabe observa que os diversos ramos do direito são partes constitutivas de uma unidade, encontrando-se ligados entre si por um princípio de coerência que torna essa unidade um todo indivisível, cujo centro é representado pela justiça. (WATANABE, 2012. p. 25)

Dessarte, a missão do jurista, mais que o sociólogo e o político, que vêm tomando os fenômenos como objeto de investigação, está em traduzir da natureza das coisas para o campo da normatividade, o fundamento de validade do direito, essa lei que habita o ser de cada um, exortando o humano à autonomia e responsabilidade, no espaço social, por exigência ontológica, conferindo-lhe adjetivo de pessoa digna. Esse é o cerne da justiça que se quer inocular na pós-modernidade e que se construiu milenarmente entre os antigos e medievos e não cessa de retomar no instante coevo.

2 A EDUCAÇÃO PARA SE ALCANÇAR A JUSTIÇA

Para uma real participação do indivíduo na elaboração dos valores de uma sociedade deve-se garantir a todos condições apropriadas aos meios de livre desenvolvimento humano e social, capaz de habilitá-los à maior participação possível nos atos e instituições em que transcorra sua vida. O movimento educacional ocorrido no início do século XX, como salienta Anísio Spínola Teixeira, acendeu o acesso à educação e a busca da construção do saber,

[...] caracterizou-se como um movimento de educação limitada, em rigor de treino das chamadas massas, mantendo-se o sistema de educação das elites fundamentalmente fechado às classes populares. As reais oportunidades educacionais continuaram apenas acessíveis às classes superiores, ou aos que tivessem enriquecido com as novas oportunidades econômicas. (TEIXEIRA, 1996. p. 19)

A não compreensão e reflexão necessária das questões atuais refletem na inserção automática do indivíduo aos padrões que a sociedade introduz como corretos. O ser humano é convidado a tomar para si os valores impostos pelo coletivo, em prol da manutenção de uma segurança social da normalidade aparente. Tal desvirtuação manifesta a formação do homem do senso comum, o homem sem vida

meditativa, que não se abstrai, pois o mesmo devora objetos, os come sem mastigar, pois recebe insaciavelmente imagens feitas e conteúdos prontos, diferentemente do homem que analisou, que mastigou o objeto, onde o seu mundo é profundamente categorial. (MIRANDA, 1937, p. 167) Eis que “[o] mundo não seria diferente do que é se a nossa consciência fosse diferente, mas o nosso conhecimento sê-lo-ia, como é diferente o nosso conhecimento do conhecimento do homem primitivo, dos animais”. (MIRANDA, 1937, p. 231)

[...] os advogados e os juízes são chamados, como os médicos, quando se declaram as doenças; mas, para que as doenças não ocorram, é necessário que o povo tenha acesso a conhecimentos elementares de higiene. Depois de tudo, uma certa educação jurídica estendida aos não juristas é um meio para combater as pragas sociais [...]. Quer para fins educacionais quer para fins informativos, ou seja, tanto na formação do caráter como no treinamento técnico para as várias obrigações sociais, é necessário um mínimo de conhecimento jurídico. (CARNELUTTI, 2006. p. 12)

Resgatando uma concepção clássica de São Tomás de Aquino, tem-se que somente a razão e o ensino são formas de obtenção do conhecimento, enquanto a razão induz a busca por conclusões particulares em meio aos princípios universais e evidentes, o ensino engloba a necessidade de uma cooperação em um processo educativo entre mestre e aprendiz, uma verdadeira arte. (AQUINO, 2000. p. 32). A invenção da educação está ligada à inconformidade do homem de ser como é, e à necessidade de ser como entende que deve ser, através de um projeto de formação, que segundo Joaquim Carlos Salgado, “é a estrutura elétrica do seu ser, cuja epifania se dá no drama da história, e se efetiva no sujeito universal de direitos pela experiência da consciência jurídica”. (SALGADO, 2007. p. 21)

Dessa forma, processo de integração de uma sociedade globalizada desenvolverá:

[...] as potencialidades, do organismo biológico humano venham a desenvolver-se, produzindo inclusive o que chamamos de mente e inteligência que, rigorosamente, não é algo de inato, mas um produto social da educação e do cultivo. O suposto “ser racional” dos gregos e o suposto “indivíduo” de Stuart Mill são dois produtos altamente elaborados, não sendo inata senão a possibilidade de determinado organismo humano se fazer um e outro, se a sua história, as suas experiências, as pessoas com que conviver e se agrupar, ou seja, a sua educação, a isto o ajudarem. (TEIXEIRA, 1976. p. 317-318)

Sob essa perspectiva, Edmilson Menezes salienta que todo homem tem necessidade de ser educado, pois nasce num estado bruto e precisa formar sua conduta, ou seja, “[a] educação é o vetor do progresso, ela fornece a base para a esperança num plano de conjunto da evolução humana, de um progresso geral rumo ao melhor”. (MENEZES, 2000, p. 110)

Immanuel Kant, a seu turno, pondera que o jurídico surge na realidade da pessoa na presença de três características que permitem distinguir, na realidade pessoal, um plano ontológico de um plano jurídico. Em princípio, a alteralidade que

declara um direito em face de outro. Na sequência, vem a exterioridade, aduzindo que apenas as realidades exteriores, ou potencialmente exteriorizáveis, podem ter relevância para o direito. A terceira, conteúdo ético, assevera que terá importância para a ordem jurídica, unicamente, a realidade pessoal que esteja imbuída de fins de realização humana. (KANT, 2008. p. 86-88)

Por seu turno, Goffredo Telles Junior explana que o homem almeja a educação, visto ser ela o meio para conseguir sua plenitude consubstanciada na inteligência. Logo, o autor introduz que o homem:

[...] é conduzido por suas aspirações. Ele é levado pela ânsia de aumentar suas capacidades, de atualizar suas potencialidades, de crescer em conhecimento, de penetrar a existência das cousas, de ampliar seus domínios. Ele é impulsionado por tensões persistentes, por impulsos de sua natureza, por suas obstinações intelectuais, no sentido de alcançar um status mais elevado, ou melhor, ou mais cômodo, do que aquele em que ele se encontrava. (TELLES JUNIOR, 1988. p. 235)

Os conflitos e problemas humanos, sejam econômicos, políticos, ou sociais são solucionáveis pela educação, isto é, pela cooperação voluntária, mobilizada pelo agir comunicativo do organismo social. Porém, como sublinha Víctor García Hoz, a alma tem arraigada uma tendência à desordem, logo, “para que possamos prescindir dos castigos. É preciso muito cuidado e muita habilidade para manter a ordem 'sem usar quase a correção', quer dizer, usando-a pouco, mas usando-a afinal”. (HOZ, 1989. p. 99) Posto que,

[...] O processo educacional implica o pressuposto de que “o consenso já estabelecido é verdadeiro até que se produzam argumentos em contrário”, o que é compatível com a antecipação da situação de fala ideal. Os fatos triviais constituem um núcleo epistêmico compartilhado por toda gente. A convicção arraigada de que eles correspondem a experiências objetivas das quais os enunciados que os afirmam constituem testemunho se traduz, ao mesmo tempo, em estruturas linguísticas e no especial modo de julgar que constitui o “senso comum”. (ROCHA, 1990. p. 197-198)

Segundo Amartya Sen, “[o] papel da democracia na prevenção da violência comunitária depende da capacidade dos processos políticos de educação inclusivos e interativos para subjugar o fanatismo venenoso do pensamento comunal divisionista”. (SEN, 2009, p. 336)

Dessa maneira, o acesso à educação justa decorre de atitudes e posturas positivas nesse sentido, tanto por parte do poder público, em suas três faces – executivo, judiciário e legislativo – como dos órgãos da administração direta e indireta, dos membros do ministério público, advogados e dos cidadãos, enfim, da coletividade de pessoas do corpo da sociedade. Posto que, “[...] Declara a Constituição brasileira que a educação é um direito de todos. Para ser atendido esse direito, torna-se indispensável a manutenção de um sistema de escolas públicas e gratuitas para toda população, que ofereça o mínimo de educação reputado necessário para a vida normal do brasileiro”. (TEIXEIRA, 2005. p. 234)

Por seu turno, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 6º positiva que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.⁵

Na mesma esteira, Dione Ribeiro Basilio aduz que com a promulgação da Constituição de 1988, a educação passou a contemplar uma exaltação dos princípios democráticos, bem como a liberdade com uma vasta previsão constitucional, posto que veio concebida não apenas como tópico específico dentro do título VIII, capítulo III, Seção I, da Carta política. Mas, também, espalhada em outros trechos dela, sem contar sua positivação como um direito social, referendado em seu artigo sexto. (BASILIO, 2009. p. 47)

O acesso à educação é um direito social, do qual decorrem todos os outros, visto ter como centro a dignificação da pessoa humana. Assim sendo, esse direito não deve ser apreciado como uma lista que está no papiro da Constituição Federal, apenas, pois, “[...] o direito se destina à experiência e só se aperfeiçoa no contraste permanente da experiência que corresponde ao seu ser axiológico”. (BEZERRA, 2008. p. 243)

Dessarte, a reflexão acerca do alargamento da função do acesso à educação justa corresponde à busca de um ensino jurídico ético e satisfatório, a fim de se construir uma base comprometida com valores morais ao operador do direito, dotando-o não apenas um mero espectador da ciência jurídica, mas, sim, um ator da operacionalização de um direito entrelaçado com um agir comunicativo, capaz de atender aos anseios do todo organismo sociais pulsante.

Uma vez reconhecido que a expansão dos cursos jurídicos no Brasil deveria ter sido feita com preocupações de qualidade, a fim de atender às necessidades regionais e às necessidades da sociedade brasileira, não se afigura possível permitir que tais ensinamentos continuem defasados e impliquem em problemas sociais. (MACHADO, 2009. p. 60)

Conforme bem exposto por Faria, “ensinar, portanto, não é apenas transmitir informação, mas, ao mesmo tempo, dar seu cometimento, isto é: fixar o seu sentido”. (FARIA, 1979. p. 110) Se os aplicadores do direito não aprendem corretamente a lidar com o direito, é evidente que os resultados dessa educação deficitária acarreta inúmeros prejuízos, dentre eles o problema do acesso à justiça e da perda do direito material por parte de um litigante posto em situação de conflitos de interesses.

Resta à sociedade, alicerçada na era dos direitos humanos, em que o acesso à justiça se tornou ponto fundamental para a efetivação de todos esses direitos, é

5 Preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 205, que: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

incontroverso que o desafio atual do direito está relacionado à promoção do acesso à ordem jurídica materialmente igualitária. (MACHADO, 2009. p. 145)

O acesso à justiça está calcado na instituição judicial, e diretamente relacionado, por via de consequência, ao sistema educacional que vige, eis que dentre os obstáculos mais conhecidos para a efetivação do acesso à justiça está o despreparo profissional daqueles que deveriam auxiliar no processo em busca do justo, e, ainda, de forma mais carente, está o organismo social, pois quicá tem clara a definição do justo e do injusto, sempre tendendo ao egoísmo e à garantia do próprio interesse, perdendo de vista fazer parte do corpo maior que é a sociedade.

Oportunamente, há de se observar que acesso à justiça corresponde ao sistema que deve ser disponibilizado a todos, possuindo por objetivo fundamental a produção de resultados individual e socialmente justos. Nesse diapasão, Mauro Cappelletti ainda afirma que a “aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa” pode constituir um óbice muito grande no acesso à justiça, pois a maioria da população possui uma imagem desvirtuada da figura da justiça e do advogado, pois o litigante se sente em um “mundo estranho”. (CARNELUTTI, 2006. p. 8-22)

Isso porque, a falta de preparo do aplicador do direito em demonstrar para a sociedade sua real função e a forma como a justiça é feita – em face de sua defasagem no âmbito educacional – propicia um sentimento generalizado de que o poder judiciário é ineficiente e os aplicadores do direito não buscam a justiça. Explica-se melhor: a partir do momento em que os aplicadores do direito e da justiça não se encontram devidamente habilitados e preparados para o exercício de suas funções, a justiça tende a tornar-se mais morosa e a própria credibilidade das pessoas em sua efetivação torna-se distante, senão por vezes, até mesmo, fantasiosa.

E é justamente no momento em que a educação deficitária e o acesso à justiça se chocam que os estudiosos dos cursos de direito devem analisar a situação de ensino, pois a educação descompromissada com o exercício do direito gera um processo demorado e um resultado emblemático, e por vezes obscuro, que tende a modificar a visão que as pessoas têm da justiça e a credibilidade que ela passa aos homens de uma sociedade.

Resumidamente, a educação possui função ímpar no pleno andamento da sociedade de forma a auxiliá-la na justaposição da justiça e na credibilidade que o poder judiciário apresenta aos homens.

Nesse contexto, não se pode permitir que a educação jurídica brasileira se perca em face dos interesses egoísticos, econômicos e políticos. Incumbe aos estudiosos do direito verificar essas incoerências e não permitir que o curso de direito se perca no simples estudo das leis dissociado da realidade moderna. Tanto o acesso à justiça quanto o sentimento social de credibilidade na justa aplicação das normas necessitam de maior observância a preceitos institucionais e educacionais eficientes e coerentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da contextualização histórica posta é possível notar que o histórico educacional brasileiro, em razão de influências externas, falhas operacionais normativas e engendramentos político influenciou sobremaneira o campo específico educacional jurídico, gerando defasagens de ensino que culminaram em consequências para a sociedade.

Denota-se com isso que o saber tecnicista se sobrepôs à educação crítica fundada no caráter axiológico da norma. O operador do direito pauta-se muito mais em leis positivas do que no justo da realidade fática de cada célula social, mesmo a Constituição dando vazão a uma interpretação mais extensiva. Nota-se, assim, que há um clamor reverberante para a mudança das diretrizes da educação jurídica mais centrada na pessoa humana.

O ensino jurídico está defasado, pois forma profissionais sem teor crítico. Acarreta-se, com isso, uma queda no desempenho da função do operador do direito perante a sociedade, visto que as atuais demandas precisam ser solucionadas com segurança e eficiência, através de uma nova ótica de aplicabilidade das normas jurídicas, as quais têm por fim motivar a participação social plena e capaz de dirimir seus próprios conflitos com espírito altruísta e ético.

Em um panorama ampliativo, e ainda mais desolador, é o diagnóstico que se faz do ensino brasileiro como um todo. Vislumbra-se que o espírito social não é debatido, nem por vezes ensinado nas instituições educativas. Resta à sociedade apenas a sombra do majestoso preceito da cidadania, restringido pelos indivíduos como mera obrigação de votar, sem a consciência, ampla e crítica, de sua real participação cidadã.

Contudo, não se trata de se apregoar uma justiça social utópica ou uma aplicação do acesso à justiça romântica, fundadas em um devaneio. Posto que não se busca um maniqueísmo – justo e injusto –, pelo contrário seria uma condição natural, que as pessoas nasçam com um senso moral que se desenvolve com a educação voltada para criticidade.

Deve-se lutar pelo ingresso irrestrito e racional da educação, o qual possibilite um agir comunicativo que dê margem a uma dialética comprometida com um saber que dissemine e tenha como parâmetro a moral, dessa forma denotando que a pessoa humana faz parte de um todo maior, e que todos mutuamente se vinculam e se complementam, formando um organismo social.

A ética e o social se amalgamam para a formação de um atuar em consonância com critérios dignificantes, o qual somente se vislumbra com bases sólidas, formadas ao longo da vida. Portanto, a educação é o ponto chave para uma comunidade virtuosa, centrada na dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AQUINO, Santo Tomás de. **Da Justiça**. Tradução Tiago Tondinelli. Campinas: Vide Editorial, 2012.

AQUINO, Tomás de. **Sobre o ensino (de magistro) e os sete pecados capitais**. Tradução Luiz Jean Lauand. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Torrieri Guimarães. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASILIO, Dione Ribeiro. **Direito à educação**: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da teoria dos direitos fundamentais e da Constituição Federal brasileira de 1988. 2009. p. 47. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russell, 2006.

CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça**: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão. São Paulo: Atlas, 2006.

FALCÃO, Joaquim. **Cultura jurídica e democracia**: a favor da democratização do Judiciário. São Paulo: Tao, 1981.

FARIA, José Eduardo. **O ensino jurídico e a função social da dogmática**. Brasília: UnB, 1979.

HOZ, Víctor García. **Educar**: uma difícil tarefa. São Paulo: Editora Nerman, 1989.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social.** São Paulo: Atlas, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENEZES, Edmilson. Kant e a ideia de educação das luzes. **Revista Educação e Filosofia.** v. 14. n. 27/28- jan./jun. e jul./dez. 2000. Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Educação, Departamento de Filosofia e Programa de Mestrado em Educação.

MIRANDA, Pontes de. **O problema fundamental do conhecimento.** Porto Alegre: Ed. Globo, 1937.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso livre de ética e filosofia do direito.** Parede (Portugal): Príncipe Editora, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito.** Tradução Jacy de Souza Mendonça. **Introdução à ciência do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Alexandre Sergio da. Cientificidade e consenso: esboço de uma epistemologia a partir da teoria consensual da verdade de Junger Habermas. *In:* OLIVA, Alberto (Org.). **Epistemologia: a cientificidade em questão.** Campinas: Papirus, 1990.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo: Fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2009

TEIXEIRA, Anísio Spínola. **Educação é um direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996.

TEIXEIRA, Anísio Spinola. **Educação no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Ética**: do mundo da célula ao mundo da cultura. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A crise do direito liberal na pós-modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

Recebido em 08.06.2017

Aceito em 10.07.2017

PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO: REFLEXOS PARA ALÉM DO NOVO ENTENDIMENTO

PRESCRIPTION OF GOVERNMENT SEVERANCE INDEMNITY FUND FOR EMPLOYEE: REFLECTIONS BEYOND THE NEW UNDERSTANDING

Alexandre Antonio Bruno da Silva¹
André Studart Leitão²

Sumário: Considerações iniciais. 1 A prescrição no Direito do Trabalho. 2 A prescrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. 3 O fim da prescrição trintenária. 4 Efeitos da decisão. 4.1 Administração pública como empregadora. 4.2 Empregadores privados. Considerações finais. Referências.

Resumo: O Fundo de Garantia do Tempo do Serviço, desde a sua criação, originou inúmeras discussões em relação a sua natureza jurídica. Não sem motivo, uma vez que a consideração acerca da sua natureza jurídica desencadeia uma série de consequências na ordem jurídica. Uma das consequências que mereceu o maior número de discussões é aquela que busca definir o prazo prescricional para a cobrança dos débitos relativos às suas contribuições não efetuadas. Durante muitos anos defendeu-se, inclusive nos tribunais superiores, que o FGTS, por seu viés social, teria como regra geral o prazo prescricional de 30 (trinta) anos. Regra que seria excepcionada apenas nos casos em que o devedor fosse a Fazenda Pública. Recentemente, o STF consolidou o entendimento de que o prazo prescricional deveria ser similar aos dos demais créditos trabalhistas. No estudo em apreço, verificam-se os fundamentos e os possíveis efeitos práticos dessa decisão.

Palavras-chave: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Prescrição. Supremo Tribunal Federal (STF). Auditoria do Trabalho.

Abstract: The Government Severance Indemnity Fund for Employee, since its creation, has given rise to a number of discussions regarding its legal nature. Not without reason, since the consideration about its legal nature triggers a series of consequences in the legal order. One of the consequences that deserved the largest number of discussions is the one that seeks to define the limitation period for the debts collection related to contributions not made. For many years, it was argued, even in the higher courts, that the FGTS, by its social right character, would have as a general rule the prescriptive period of thirty (30) years. A rule that would only be excepted in cases that the debtor was the Public Treasury. Recently, the Federal Supreme Court consolidated the understanding that the limitation period should be similar to other labor credits. In the present study, it is verified the bases and possible practical effects of that decision.

Keywords: Government Severance Indemnity Fund for Employee (FGTS). Prescription. Federal Supreme Court. Labor Audit.

1 Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFC. Mestre em Informática pela PUC-RJ. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Auditor-Fiscal do Trabalho. E-mail: <alexandre.bruno@terra.com.br>.

2 Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Procurador Federal. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). E-mail: <andrestudart@gmail.com>.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A ordem jurídica gravita em torno da segurança e da justiça, dois de seus valores essenciais. Para realizar a justiça, são previstos diferentes mecanismos, como a redistribuição de riquezas e a garantia do devido processo legal. A segurança, por sua vez, encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física, albergando conceitos fundamentais como a continuidade das normas jurídicas e a estabilidade das situações anteriormente controvertidas (BARROSO, 2001, p. 3).

Em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada. É nessa ordem de ideias que se firmou o conceito (artificial) de prescrição. Em termos sucintos e de forma geral, trata-se da estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo (BARROSO, 2001, p. 3).

Esta influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmoques. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais o pode (DANTAS, 1977, p. 397-398).

Dessa forma, a prescrição é um instituto que, em nome da segurança nas relações sociais, torna inexigíveis parcelas não reivindicadas ao longo de certo prazo legalmente estabelecido. É figura que confere prevalência ao valor segurança, em detrimento do valor justiça. A ordem jurídica assegura a busca, pelo titular, da proteção estatal a seus interesses, mas desde que o fazendo em um prazo máximo fixado, de maneira a não eternizar situações indefinidas no âmbito social. Se o justo não é perseguido em certo tempo, fica a ordem jurídica com a segurança, em favor da estabilização social (DELGADO, 2016, p. 261-262).

Deve se ressaltar que a prescrição é regra em todos os campos do direito, sendo que a imprescritibilidade é situação excepcional. Nesse sentido, a própria Constituição Federal de 1988 enumera as hipóteses de imprescritibilidade, garantindo, em sua sistemática, o princípio geral da perda da pretensão pelo decurso de tempo.

No âmbito do Direito do Trabalho, o instituto da prescrição sempre mereceu tratamento diferenciado. Normas específicas foram criadas e questões relativas à aplicabilidade direta das regras gerais do direito civil e processual civil serviram de campo fértil para várias discussões. Verifica-se, no entanto, nos últimos anos, o surgimento de posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que pugnam pela unificação.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), desde a sua criação, originou uma série de questões jurídicas. Foi necessário algum tempo para que a sua

natureza jurídica fosse sedimentada como um direito de cunho trabalhista. Definida a sua natureza, reuniram-se as condições para a revisão do antigo prazo prescricional de 30 (trinta) anos.

O objeto central do estudo será discutir os fundamentos apresentados para alteração do prazo de prescrição para a exigência dos créditos relativos ao FGTS e os possíveis efeitos práticos dessa decisão. Com esse objetivo, inicialmente, serão apresentadas as regras gerais da prescrição no âmbito trabalhista..

1 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Roberto de Ruggiero justifica que o tempo produza a perda de um direito, ao indicar que o ordenamento não tutela quem não exerce o seu direito, mostrando que o despreza, que não o quer conservar. Segundo ele, é de interesse da ordem social que, depois de um dado tempo, desapareça qualquer incerteza nas relações jurídicas, bem como toda possibilidade de contestação ou pleito daquele direito (RUGGIERO, 1999, p. 412). Câmara Leal (1982, p. 16) arremata esse entendimento, elencando como fundamentos da prescrição:

O interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição.

A prescrição é um fenômeno produzido pelo decurso do tempo, que tem como efeito a consolidação (aquisição) ou a extinção (perda) de situações jurídicas. Dessa forma, o instituto da prescrição surge em duas espécies, a prescrição aquisitiva e a prescrição extintiva, que são nitidamente distintas e disciplinadas de forma separada. No direito brasileiro, a prescrição aquisitiva foi tratada com o *nomen juris* de usucapião, enquanto o termo vocabular prescrição ficou restrito à prescrição extintiva (FARIAS; ROSENVALD, 2015).³

As regras gerais concernentes à prescrição estabelecidas essencialmente pelo Código Civil aplicam-se, em linhas gerais, à prescrição trabalhista. Entretanto, o direito do trabalho tem firmado regras específicas. A especificidade é encontrada em temas como prazos prescricionais dos direitos trabalhistas, critérios de contagem da prescrição, momento de arguição da prescrição e âmbito de aplicação no direito trabalhista da prescrição intercorrente.

O Direito do Trabalho brasileiro adere ao conceito de prescrição encontrado no Código Civil Brasileiro de 2002, tratando-a como a perda da pretensão, que é o

3 A prescrição aquisitiva ou usucapião encontra-se regulada na Parte Especial do Código Civil, Livro III - do Direito das Coisas, Título III – Da Propriedade, em seu art. 1.238 e seguintes. A prescrição extintiva ou simplesmente prescrição, está regulado na Parte Geral, Livro III – Dos Fatos Jurídicos, Título IV – Da prescrição e da decadência, através do artigo 189 e seguintes.

poder de exigir, pelas vias judiciais, a prestação descumprida pelo devedor. Entretanto, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, a prescrição no Direito do Trabalho, por versar sobre matéria de cunho patrimonial, não deve ser conhecida *ex officio* pelo Juiz. Esse foi o entendimento, mesmo com a alteração do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973, que prescreve que o juiz acate essa prescrição e da revogação do art. 194 do Código Civil Brasileiro de 2002, que impedia o uso dessa prerrogativa.

Nesse entendimento, as normas gerais de prescrição só seriam aplicáveis ao Direito do Trabalho quando compatíveis com os seus princípios e regras. A jurisprudência tem se inclinado pela incompatibilidade desses dispositivos legais com a ordem trabalhista (arts. 8º e 769, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) (DELGADO, 2016, p. 289).

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE – PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO – ART. 219º, § DO CPC – APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A alteração do artigo 219, 5º, do CPC, efetuada pela Lei n. 11.280/2006, autoriza o Juiz a declarar, de ofício, a prescrição. O instituto, no entanto, não se mostra compatível com o processo do trabalho, em razão de princípios e peculiaridades que o regem, dentre outros, a indisponibilidade de alguns dos direitos do empregado, a natureza alimentar do salário, e a própria desigualdade econômica entre empregados e empregadores, não presentes na relação jurídica disciplinada pelo Código de Processo Civil. Recurso de revista conhecido e provido (TST. RR - 501700-13.2006.5.09.0019, Relator Ministro: Milton de Moura França, 4ª Turma. Julgado em 11.10.2011, DEJT 28.10.2011) (BRASIL, 2011).

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N. 11.496/2007. RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. PRONÚNCIA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 219, parágrafo 5º, DO CPC COM O PROCESSO DO TRABALHO. O art. 219, parágrafo 5º, do CPC, que possibilita a pronúncia de ofício da prescrição pelo juiz, não se aplica subsidiariamente ao Processo do Trabalho, porque não se coaduna com a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e com o princípio da proteção ao hipossuficiente. Precedentes desta Subseção Especializada. Recurso de embargos conhecido e não provido (TST. E-RR - 82841-64.2004.5.10.0016, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Julgado em 20.02.2014, DEJT 07.03.2014) (BRASIL, 2014).

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) manteve a prerrogativa judicial de pronúncia da prescrição, mas, efetivamente, como simples faculdade do julgador (art. 487, II, c/c art. 332, § 1º, ambos do CPC/2015). Além disso, deve se seguir a regra prudencial, que determina que “a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se”, conforme o art. 487, do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

Maurício Godinho defende que, ao determinar a atuação judicial, em franco desfavor de direitos laborais, a regra civilista entra em choque com vários princípios constitucionais. Citam-se como os princípios mais atingidos o da valorização do trabalho e do emprego, o da norma mais favorável e o da submissão da propriedade

à sua função socioambiental, além do próprio princípio da proteção (DELGADO, 2016, p. 289). Segundo o autor, mesmo que se acredite que essa regra seja compatível com o Processo do Trabalho, está claro que ela deve atuar dentro de certos limites. Como previsto no art. 487, CPC/2015, deve ser concedida prévia vista à parte contrária para manifestação, seja porque não se conhece de prescrição não arguida na instância ordinária (Súmula 153, TST), seja porque não pode ser efetivada em recurso de revista e na fase de liquidação/execução (DELGADO, 2016, p. 289).

Ressalte-se, entretanto, que o entendimento não se encontra pacificado. Gustavo Garcia (2016, p. 1275) assinala que, ainda que pertinentes as críticas apresentadas contra a aplicação da prescrição *ex officio*, elas devem ser entendidas como meras críticas a uma lei já aprovada, servindo no máximo como sugestão ao legislador, não se podendo confundir crítica ao direito legislado com interpretação científica do Direito.

Assim no plano da ciência jurídica, ao se propor analisar e interpretar a atual precisão jurídico-normativa quanto à prescrição, embora seja possível não se concordar com a nova orientação adotada pelo legislador, o fato é que lei ordena que seja conhecida de ofício pelo juiz, independentemente da natureza do direito material em discussão (GARCIA, 2016, p.1275).

Gustavo Garcia sustenta ser necessária a aplicação do art. 487, inciso II, do CPC/2015, inclusive no âmbito trabalhista, pois, caso isso não seja feito, existirá um verdadeiro vácuo legislativo. Afinal, não existe qualquer previsão no ordenamento jurídico afirmando que o juiz depende ou necessita de arguição da parte para conhecer a prescrição. Uma vez sendo verificado que o direito objetivo não é mais exigível, entendeu o legislador que assim será considerado pelo juiz, mesmo de ofício, o que está em consonância com os princípios da primazia da realidade, celeridade e economia processual.

Nesse sentido, ainda que exista eventual hipossuficiência de uma das partes da relação jurídica, esse fato não é critério apto a excepcionar a aplicação da disposição legal. Ressalta-se que a condição de hipossuficiência existe em outros tipos de relações jurídicas, como nas relações de consumo, não sendo tal preceito aplicável.

Assim como o recibo de pagamento pode ser considerado, de ofício, pelo juiz, decidindo pela improcedência do pedido, o mesmo passou a ocorrer com a extinção da exigibilidade do direito material, em razão da prescrição. O fato extintivo do direito, em regra, não precisa ser arguido pela parte para ser conhecido pelo juiz, tal como ocorre no pagamento, pois deve prevalecer a decisão judicial em conformidade com a verdade real e com o Direito objetivo (GARCIA, 2016, p. 1276).

Esclarece, por fim, que o entendimento que defende que a prescrição deve ser alegada, não devendo ser pronunciada *ex officio*, encontra-se na contramão da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial. A atual regra de decretação, que

existe sem fazer ressalvas, decorre do claro intuito em se alcançar maior economia e celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CF, acrescentado pela EC 45/2004). É posto fim no processo em que a pretensão é claramente inexigível, por já ter se consumado a prescrição (GARCIA, 2016, p. 1277).

Outro ponto que merece destaque é o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. Segundo a doutrina objetiva, o ponto de partida para a contagem do prazo deveria ser a violação do direito. Essa tese foi consagrada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 189, que estabelece que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”.

Entretanto, é preciso ressaltar que a prescrição é também um fenômeno subjetivo, cujo prazo começa a fluir do momento em que o titular do direito violado toma ciência da lesão, mesmo que esta tenha acontecido anteriormente. Esse posicionamento é defendido por Câmara Leal, cujo entendimento já foi manifestado pelo TST em sua composição plena.

[...] não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular – *cum contra desides homines, et sui juris contentores, odio sal exceptiones oppositae sunt* – não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação. [...] Todavia a ignorância não se presume, pelo que ao titular incumbe provar o momento em que teve ciência da violação, para que possa beneficiar-se por essa circunstância a fim de ser o prazo prescricional contado do momento da ciência e não da violação (CÂMARA LEAL, 1993, p. 23).

Segundo o Tribunal Superior do Trabalho, “A prescrição deve ser contada a partir da data em que o trabalhador toma, efetivamente, conhecimento da violação de seu direito individual. Recurso de revista provido para que o Tribunal Regional aprecie o mérito da causa” (BARROS, 2008, p. 1023).

No que concerne à prescrição intercorrente, aquela que surge no curso da ação, há uma divergência jurisprudencial. Para o Supremo Tribunal Federal, o direito trabalhista admite a prescrição intercorrente (Súmula 327). Já para o Tribunal Superior do Trabalho, é inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente (Súmula 114). Como, aliás, prevê o art. 884, § 1º, da CLT, que consagra a prescrição como “matéria de defesa” nos embargos à execução, incide a prescrição intercorrente no processo do trabalho. Essa prescrição só poderia ser a intercorrente, pois seria inadmissível arguir prescrição sobre pretensão que já consta da coisa julgada. Trata-se da omissão reiterada do exequente no processo, em que ele abandona, de fato, a execução, por um prazo superior a dois anos, deixando de praticar, por sua exclusiva omissão, atos que tornem fisicamente possível a continuidade do processo (DELGADO, 2016, p. 290).⁴

4 Exemplo seria na liquidação por artigos, se o juiz ordenar a apresentação dos artigos de liquidação e o liquidante deixar transcorrer *in albis* o prazo de dois anos se o contrato já tiver sido terminado ou de 5

Por fim, a regra geral da prescrição para os créditos trabalhistas, conforme o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, é de 5 (cinco) anos. Uma vez violado o direito trabalhista, o empregado terá cinco anos para exigir o seu direito material subjetivo. Entretanto, uma vez extinto o contrato de trabalho, o prazo prescricional é de dois anos. Decorrido o biênio, há prescrição total da pretensão quanto aos direitos de natureza pecuniária, decorrentes do contrato de trabalho extinto.

2 A PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

Em relação ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, é importante que se façam algumas observações. A natureza jurídica desse Fundo sempre foi tema de grande controvérsia doutrinária, apresentando diversas repercussões práticas, inclusive em relação ao prazo prescricional aplicável (GARCIA, 2016, p. 875). O FGTS possui natureza complexa, de difícil caracterização. Trata-se de direito trabalhista, mas, como conjunto de depósitos, constitui, também, um fundo social de aplicação variada. Prevalece, na jurisprudência, o entendimento de que a contribuição do FGTS, a ser depositada pelo empregador, não possui natureza tributária, tratando-se de uma contribuição social, especial, com natureza trabalhista (GARCIA, 2016, p. 876).

A ordem jurídica sempre ofereceu critério prescricional distinto ao FGTS. A jurisprudência, anterior à Constituição de 1988, já havia pacificado a prescrição trintenária em relação aos depósitos principais incontroversos, depósitos que devem ser recolhidos durante a regularidade do contrato de trabalho.⁵ Tratando-se, porém, de depósitos reflexos, parcelas de FGTS decorrentes de parcelas principais judicialmente pleiteadas, o prazo prescricional incidente seria o pertinente ao padrão trabalhista. Nesse sentido, a prescrição do FGTS acompanharia as das demais verbas trabalhistas e ocorreria quando passados dois anos (antigo Enunciado 206).⁶ Estando prescrito o principal, seus reflexos também ficariam sob o manto da prescrição.

A Constituição de 1988 trouxe algumas novidades. Em primeiro lugar, deve-se atualizar a redação original do Enunciado 206. Obviamente, a expressão “bienio”, referida por esse enunciado, deve ser alterada interpretativamente para “quinquenal”, como resultado de mera adequação normativa em face do prazo constitucional. Além disso, como a nova Constituição fixou um prazo geral de

(cinco) anos se estiver em vigor, o executado pode arguir a prescrição intercorrente ou o juiz pronunciá-la de ofício, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC/73 (NCP, art. 487, II). Não sendo possível que se argumente com violação ao art. 878 da CLT, pois a *execução trabalhista* pode ser *ex officio*, mas a liquidação por artigos depende de iniciativa da parte. Sem título executivo líquido e certo, não há como ser promovida a execução.

5 Súmula nº 95 do TST – PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. FGTS (cancelada) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. (Cancelada em decorrência da sua incorporação à nova redação da Súmula nº 362). Histórico: Redação original (RA 44 / 1980, DJ 15.05.1980).

6 Redação original – Res. 12/1985, DJ 11, 12 e 15.07.1985. Nº 206 FGTS. Incidência sobre parcelas prescritas A prescrição bienio relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS.

prescrição de dois anos após a ruptura do contrato, deve-se compreender que até mesmo o prazo trintenário do FGTS, repetido pelo art. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/90, estaria sujeito à regra geral dos dois anos. Nessa linha, a Súmula 362 do TST, com as suas antigas redações.

Nº 362 FGTS – Prescrição (Redação – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003). É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

Nº 362 FGTS – Prescrição (Redação original – Res. 90/1999, DJ 03, 06 e 08.09.1999). Extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em Juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Contudo, sendo a ação proposta a menos de dois anos do final do contrato, prevaleceria a prescrição trintenária da Lei n. 8.036/90. Dessa forma, estaria respaldado o biênio constitucional, a natureza complexa do FGTS e o princípio da norma mais favorável. Seria possível discutir a regularidade de depósitos dos diversos anos do contrato, até o máximo de trinta anos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi um pouco além, preservando o prazo trintenário para a pretensão arrecadadora do órgão gestor do FGTS, a Caixa Econômica Federal, independentemente do fluxo do prazo bienal extintivo dirigido à pretensão do empregado (Súmula 210, STJ). Essa compreensão acerca da matéria manteve-se pacificada também em julgados do STF, prolatados desde a promulgação da Constituição de 1988. Entretanto, ao decidir o Recurso Extraordinário com Agravo 709.212-DF (BRASIL, 2014), em 13.11.2014, o Plenário da Corte Máxima decidiu alterar essa sedimentada leitura jurisprudencial, declarando inconstitucional o prazo trintenário estabelecido pelo art. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/90, assim como o art. 55 do Decreto n. 99.684/90 (Regulamento do FGTS) (BRASIL, 1990), por afronta ao prazo quinquenal fixado no art. 7º, XXIX, da Constituição.

3 O FIM DA PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA

Em seu voto vencedor, o Relator Ministro Gilmar Mendes ressalta que a antiga controvérsia em relação à natureza jurídica do FGTS é questão prejudicial à definição do prazo prescricional aplicável. Segundo ele, o FGTS, que surgiu como uma alternativa à estabilidade de emprego, modificou a sua natureza ao longo do tempo, inclusive com a criação do seguro desemprego, passando a ser um direito trabalhista autônomo.⁷ Em seu voto, inicialmente, é feito um rápido estudo histórico acerca da relação entre a natureza jurídica do FGTS e a sua prescrição. Segundo o art. 20 da Lei 5.107/66, que criou o FGTS, a cobrança judicial e administrativa dos

7 Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes, para reforçar o seu entendimento, cita a obra de Jose Afonso da Silva, **Comentário Contextual à Constituição**, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191.

valores devidos ao FGTS deveria ocorrer de modo análogo à cobrança das contribuições previdenciárias e com os mesmos privilégios. O Tribunal Superior do Trabalho, em seu antigo Enunciado 95, assumiu a tese de que o FGTS seria uma contribuição previdenciária, fixando o prazo de trinta anos, até então válido para a cobrança das contribuições previdenciárias.

Após a Constituição de 1988, foi promulgada a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, que deu nova disciplina ao FGTS. Em relação ao prazo prescricional, o art. 23, § 5º, dispunha que “o processo de fiscalização, de atuação e de imposição de multas rege-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária”. Entretanto, conforme ressalta o Ministro Gilmar Mendes, o art. 7º, III, da Constituição Federal arrola o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como um direito dos trabalhadores, colocando termo na discussão acerca da sua natureza jurídica. Afasta-se a tese do suposto caráter tributário ou previdenciário das contribuições devidas ao fundo, salientando ser o FGTS um direito de índole social e trabalhista.

Esse já era entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, entretanto, continuava a decidir pelo prazo prescricional de 30 (trinta) anos, aplicável às contribuições sociais, de acordo com o art. 144, da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, que dispunha sobre a Lei Orgânica da Previdência Social (BRASIL, 1960).

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENÁRIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, ART. 144. A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249- RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Recurso extraordinário conhecido e provido (BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 134.328 Distrito Federal. Relator: GALVÃO, Ilmar. 1ª Turma. Julgado em 02 de fevereiro de 1993. Publicação em 18 de fevereiro de 1993) (BRASIL, 1993).

No Supremo Tribunal Federal, a natureza jurídica do FGTS já se encontrava pacificada, tratava-se de direito social de proteção ao trabalhador, havendo apenas descompasso em relação a essa natureza e aos seus efeitos em relação à prescrição. Decidia-se pela prescrição trintenária.⁸

Acredita-se que a permanência da prescrição trintenária tinha como base a ideia de proteção ao trabalhar na constância da relação de emprego. Prova disso é o antigo Enunciado 362 do TST, com redação de 2003 que, ao mesmo tempo em que indicava a prescrição trintenária durante a vigência do contrato, utilizava-se da regra

8 **Julgados do RE 134.328**, Rel. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 19.2.1993; do RE 116.761, Rel. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 2.4.1993; e do RE 120.189, Rel. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 19.2.1999.

constitucional de prescrição para créditos trabalhistas de 2 (dois) anos após a extinção do contrato.⁹

Segundo Gilmar Mendes, a previsão de prazo dilatado para o ajuizamento de reclamação contra o não recolhimento do FGTS revela um descompasso com a literalidade do texto constitucional. Atenta contra a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas, princípios basilares de nossa Constituição e razão de ser do próprio Direito. Para ele, o próprio arcabouço legal e institucional do FGTS, revela-se apto a afastar toda e qualquer alegação de que a manutenção do prazo prescricional de 30 (trinta) anos seria justificável pela impossibilidade fática de o trabalhador exigir judicialmente, na vigência do contrato de trabalho, o depósito das contribuições; o que redundaria em sua demissão ou na aplicação de sanções.

Além disso, segundo Gilmar Mendes, em relação à cobrança dos depósitos relativos ao FGTS, é facultado não apenas ao próprio trabalhador, mas também ao sindicato a que estiver vinculado, exigir judicialmente o depósito dos valores relativos ao FGTS (art. 15 da Lei 8.036/1990) (BRASIL, 1990). Além do sindicato, o art. 1º da Lei 8.844, de 20 de janeiro de 1994, atribui ao Ministério do Trabalho a competência para a fiscalização e a apuração das contribuições devidas ao FGTS. Em seu art. 2º, o referido diploma legal afirma competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos referentes ao FGTS e a representação judicial e extrajudicial do Fundo, para fins de cobrança (BRASIL, 1994).

A legislação que disciplina o FGTS também criou instrumentos para que o trabalhador, na vigência do contrato de trabalho, tenha ciência da realização dos depósitos pelo empregador e possa, direta ou indiretamente, exigí-los. Nos termos do art. 17 da Lei 8.036/1990, os empregadores são obrigados a comunicar mensalmente aos trabalhadores os valores recolhidos ao FGTS e repassar-lhes todas as informações sobre suas contas vinculadas recebidas da Caixa Econômica Federal ou dos bancos depositários. Além disso, a Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente operador, envia aos trabalhadores, periodicamente, extrato atualizado dos depósitos.

Por fim, em seu voto, Gilmar Mendes entendeu ser necessária a modulação dos efeitos da decisão. A modulação que se propõe consiste em atribuir à decisão efeitos *ex nunc* (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão. Assim, pelo menos no campo formal, o direito do trabalhador aos seus depósitos está totalmente protegido.

9 Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Nº 362 FGTS – Prescrição É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

4 EFEITOS DA DECISÃO

Firmado o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o primeiro efeito foi a pronta alteração da redação da Súmula 362, do Tribunal Superior do Trabalho, que passou a ter a seguinte redação:

Súmula nº 362 do TST. FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015. I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).

Acredita-se que os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal não serão poucos e são relativamente previsíveis. Nesse trabalho, a análise dos efeitos tomará por base o critério subjetivo, o do devedor dos depósitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Inicialmente, serão analisados os reflexos da decisão em relação aos entes públicos, para em seguida, fazer-se a análise em relação aos entes privados.

4.1 Administração pública empregadora

A Administração Pública somente é considerada empregadora, para fins de FGTS (art. 15, § 1º, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990), quando admitir trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 15, § 2º, da Lei 8.036/90). Importante ressaltar que, mesmo que o contrato seja declarado nulo, uma vez regido pela Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), deverá a Administração Pública depositar os valores referentes ao FGTS em conta vinculada (art. 19-A, da Lei 8.036/90).¹⁰ Entretanto, apesar de figurar como empregadora e ter obrigações similares aos demais entes privados, a auditoria das contribuições sociais e da legislação trabalhista foi por muito tempo afastada dos entes públicos.

Essa omissão deveu-se ao entendimento exarado pelo Parecer L-038, de 18 de novembro de 1974, da Consultoria-Geral da República (CGR), que visava a dirimir a divergência de interpretação sobre a legitimidade de cominação de multa, juros e correção monetária em cobrança de débito do Instituto Nacional de

10 O Supremo Tribunal Federal admitiu a necessidade de recolhimento da contribuição se reconhecida a nulidade da contratação temporária. É o que registra a ementa do RE 596.478, julgado em junho de 2012, que decidiu pela constitucionalidade do art. 19-A, da Lei 8.03/90, que dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a administração pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário.

Colonização e Reforma Agrária (INCRA) para com o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS).

Segundo esse parecer, contrário inclusive às decisões das altas cortes, considerava inaplicável a multa para as pessoas de direito público, por inexistência de poder de polícia. Baseava-se na ideia de que, na hierarquia dos privilégios, o da União prefere ao de suas autarquias. Nesse sentido, seria inteiramente descabido que uma autarquia (INPS), órgão delegado da União, pudesse ter poderes disciplinares para impor multas a outras pessoas de direito público.¹¹

Após esse parecer, as contribuições sociais e relativas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço só passaram a ser auditadas sistematicamente, em relação aos entes públicos, 30 (trinta) anos depois, com o Parecer no AGU/GV – 01/2004. Esse parecer modificou o entendimento da extinta Consultoria-Geral da República, tendo a seguinte ementa: “As multas previstas em lei são aplicáveis às pessoas jurídicas de Direito Público. O favorecimento, pela exclusão, caracteriza desvio de poder”.

Os argumentos apresentados para a derrubada do antigo parecer da Consultoria-Geral foram inúmeros. Inicialmente, é importante lembrar que as entidades estatais, quando agindo como empregadoras, devem ser tratadas como tais.¹² Os empregados públicos mantêm com qualquer entidade estatal relação de emprego disciplinada pelo Direito do Trabalho, materializado na Consolidação das Leis do Trabalho e nas demais normas laborais da atividade privada (CARRION, 2005, p. 57).

Ressalte-se que o Parecer L-038/74 pautou a atividade da auditoria do trabalho por 30 (trinta) anos. Durante esse período, raramente ou nunca, foi verificada a regularidade das obrigações trabalhistas dos entes públicos. Além disso, há uma peculiaridade em relação à prescrição do FGTS dos empregados públicos. O Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932, estabelece que as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem (BRASIL, 1932).

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que há mais de uma década vem afirmando que, nas ações de cobrança de qualquer verba, inclusive do FGTS, em face da Fazenda Pública da União, dos Estados e dos Municípios, o prazo prescricional é quinquenal, nos termos do Decreto 20.910/32.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. DÉBITO RELATIVO AO FGTS. PRESCRIÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

11 A respeito desse Parecer o Exmo. Sr. Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 2-12-74”. Publicado na íntegra no Diário Oficial de 04/12/1974, págs. 13750-13752. Republicado no Diário Oficial de 06/12/1974, pág. 13.878, por ter saído com incorreções no D. O. de 04-12-74.

12 Grande parte dessa discussão foi mantida pela antiga redação do art. 239, § 9º, do Decreto 3.048/99, que isentava das multas impostas, por recolhimento fora do prazo as entidades de direito público. Esse decreto foi alterado, retirando do elenco de entidades isentas das multas por atraso, as pessoas jurídicas de direito público, através Decreto nº 6.042, de 2007.

ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. APLICABILIDADE. 2. O prazo trintenário não se impõe na hipótese de cobrança de crédito relativo a FGTS contra a Fazenda Pública, devendo ser a prescrição, in casu, quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32. (STJ. REsp 559.103/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 16/02/2004) (BRASIL, 2004, p. 222)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. COBRANÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. PREVALÊNCIA DO DECRETO 20.910/32. 1. O Decreto 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a lei geral. Desse modo, o prazo prescricional para a cobrança de débito relativo ao FGTS em face da Fazenda Pública é de cinco anos. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 107 do extinto TFR: "A ação de cobrança do crédito previdenciário contra a Fazenda Pública está sujeita à prescrição quinquenal estabelecida no Decreto n. 20.910, de 1932". (STJ. REsp 1107970/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 10/12/2009) (BRASIL, 2009)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA. **FGTS. DEMANDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. APLICAÇÃO DO DECRETO N. 20.910/32.** 2. "O Decreto 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a lei geral. Desse modo, o prazo prescricional para a cobrança de **débito relativo ao FGTS** em face da **Fazenda Pública** é de cinco anos". (STJ. AgRg no AREsp 461.907/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 02/04/2014) (BRASIL, 2014)

Dessa forma, parece-nos claro que a nova interpretação da prescrição, em relação aos entes de direito público, não deverá ter grande impacto nas decisões judiciais. Entretanto, não é o que ocorre administrativamente. A Nota Técnica n. 181/2013/DMSC/SIT, que norteava a atividade dos auditores do trabalho, não fazia qualquer observação em relação aos órgãos públicos quanto à prescrição trintenária. Dessa forma, os levantamentos de débitos elaborados pela Auditoria do Trabalho desconsideravam o limite de 5 (cinco) anos para a cobrança de dívidas em relação aos entes de direito público, contemplando todos os débitos encontrados nos últimos 30 (trinta) anos.

Logo após a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal, foi publicada a Nota Técnica 97/2015/SIT/MTE, de 15 de maio de 2015, que também não fez qualquer ressalva ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos para os entes públicos. Limita-se a estabelecer regras gerais para os levantamentos. Ressalte-se, entretanto, que o reconhecimento da dívida por parte do ente público, ao firmar termo de compromisso de pagamento junto à Caixa Econômica Federal, importa em renúncia à prescrição (BRASIL, 2013).

4.2 Empregadores privados

Em relação aos devedores privados, que contratam trabalhadores no regime da Consolidação das Leis do Trabalho, os efeitos da nova prescrição serão mais sentidos. Como já ressaltado pelo próprio relator, Ministro Gilmar Mendes, o FGTS foi constituído originalmente como uma alternativa à estabilidade. Afirma, entretanto, que a mera criação do seguro-desemprego o substituiria nessa função, passando este a ser um direito autônomo.

Entretanto, acredita-se que estabilidade e seguro-desemprego não se confundem. A multa rescisória do FGTS não tem apenas a função de minorar os efeitos do desemprego. Ela visa, também, a desestimular a demissão de empregados que tenham mais tempo de serviço na empresa considerando os ônus decorrentes da rescisão. Nesse sentido, soa falacioso afirmar que o FGTS modificou a sua natureza após a criação do seguro-desemprego.

Mas o desemprego não é meramente uma deficiência de renda que pode ser compensada por transferências do Estado (a um pesado custo fiscal que pode ser, ele próprio, um ônus gravíssimo); é também uma fonte de efeitos debilitadores muito abrangentes sobre a liberdade, a iniciativa e as habilidades dos indivíduos. Entre seus múltiplos efeitos, o desemprego contribui para a “exclusão social” de alguns grupos e acarreta a perda da autonomia, de autoconfiança e de saúde física e psicológica. (SEN, 2010, p. 36-37)

Além disso, a decisão do STF certamente provocará um desestímulo ao recolhimento do FGTS. A redução do período de sua exigibilidade servirá de prêmio para o mau pagador, provocando enormes prejuízos para o empregado, inclusive, no momento da demissão. Os valores devidos ao FGTS, não depositados na vigência do contrato, após a fluência do novo prazo prescricional, não servirão de base para o pagamento da multa rescisória.

Conquanto seja verdade que o empregado disponha de ferramentas de controle dos depósitos do FGTS em sua conta, é pouco verossímil que ele, durante a constância da relação empregatícia, formalize alguma reclamação em relação aos recolhimentos não efetuados, haja vista o risco potencial de extinção do vínculo empregatício por iniciativa do empregador. Do ponto de vista pragmático, o ato de o empregado fiscalizar o patrão, definitivamente, não parece ser uma alternativa interessante para aqueles que dependem do salário para subsistir.

Diante de tal cenário, a cobrança de parcelas não depositadas do FGTS acaba sendo realizada juntamente com o pedido judicial de rescisão indireta do contrato de trabalho. Vale dizer: o empregado somente reclama judicialmente os depósitos do FGTS, quando pretende desligar-se do emprego. Essa alternativa era protegida pela interpretação anterior, que autorizava a cobrança dos depósitos não realizados em virtude da prescrição trintenária. O próprio Tribunal Superior do Trabalho entende que o reiterado recolhimento irregular ou incorreto dos depósitos do FGTS constitui falta grave do empregador, suficiente a ensejar a rescisão indireta do contrato de trabalho (BRASIL, 2012).

Por fim, conforme já salientado, compete à auditoria-fiscal do trabalho a fiscalização da regularidade dos depósitos efetuados pelas empresas. Uma vez lançados esses valores, compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em dívida ativa dos débitos relativos ao FGTS e a representação judicial e extrajudicial do Fundo, para fins de cobrança.

Na prática, o Relatório de Gestão do Fundo de Garantia do Tempo do ano de 2015 expõe uma série de dados significativos, que demonstram certas dificuldades na fiscalização dos valores não recolhidos junto ao FGTS.

A tabela a seguir apresenta as seguintes colunas: a massa salarial declarada na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS); o valor que deveria ter sido recolhido no FGTS, tendo por base a massa salarial declarada (8% do valor da massa salarial); os valores efetivamente depositados pelos empregadores nas contas vinculadas dos empregados; os valores não recolhidos às contas; o valor auditado, lançado para cobrança ou recolhido e, por fim, a taxa de intervenção da fiscalização nos valores não recolhidos.

Tabela 1 – Tabela de intervenção direta da auditoria-fiscal do trabalho sobre o FGTS não recolhido

Ano	Massa Salarial RAIS (R\$ milhões)	Valor de FGTS Devido (R\$ milhões)	Valor de FGTS Depositado (R\$ milhões)	Total do Débito FGTS (R\$ milhões)	Resultado da Fiscalização (R\$ milhões)	Taxa Fiscal
2011	742.242,66	59.379,41	53.675,05	5.704,35	1.552,36	27,21%
2012	844.569,41	67.565,55	61.455,00	6.110,54	1.607,19	26,30%
2013	955.644,59	76.451,56	69.190,52	7.261,04	2.279,07	31,39%
2014	1.052.177,88	84.174,23	76.358,65	7.815,57	2.535,11	32,44%

Fonte: Relatório de Gestão do FGTS de 2015.¹³

O indicador “taxa fiscal” representa a taxa de intervenção direta da auditoria do trabalho no recolhimento dos valores em atraso junto ao FGTS. A informação é obtida através do confronto entre o valor do FGTS que não foi depositado e os valores recolhidos ou levantados durante as ações fiscais.

Através desses dados, percebe-se que a taxa de inadimplência em relação às empresas que informam a RAIS é da ordem de 9,6% (nove por cento e seis décimos), sendo que, desse montante, apenas cerca de 30% (trinta por cento) é

13 BRASIL. Caixa Econômica Federal (CEF). **Relatório de Gestão do FGTS 2015**. Disponível em: <caixa.gov.br/Downloads/fgts-relatorio-gestao/RELATORIO_GESTAO_FGTS_2015.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

atingido pela auditoria do trabalho. Dessa forma, aproximadamente 70% (setenta por cento) dos valores não depositados não chegam a ser cobrados pela auditoria. Em termos totais, esse valor representa cerca de 2,5% (dois por cento e cinco décimos) dos valores a serem recolhidos junto ao FGTS.

Ressalte-se que a grande massa de valores depositados junto ao FGTS, dentre as empresas regulares junto à RAIS, é composta pelas empresas que depositam os seus valores regularmente, independentemente de qualquer ação estatal de cobrança. Os valores recolhidos por essas representam mais de 90% (noventa por cento) dos valores depositados no FGTS. Em relação aos valores notificados pela auditoria o problema continua.

O relatório de gestão também apresenta dados relativos ao total de empresas auditadas, o total de empresas auditadas em relação à regularidade do FGTS e o número de empresas que tiveram o débito constatado, e que esse débito precisou ser notificado através de documento próprio, a Notificação de Débito do Fundo de Garantia e da Contribuição Social (NDFC).

Tabela 2 – Tabela de ações fiscais da auditoria do trabalho do atributo FGTS.

Ano	Total de empresas ativas	Empresas auditadas	Taxa auditadas	Empresas FGTS Auditado	Taxa FGTS auditado	NDFC lavradas	Taxa NDFC lavradas
2012	10.994.738	269.025	2,45%	150.109	1,37%	15.875	10,58%
2013	12.484.792	275.139	2,20%	137.642	1,10%	16.001	11,63%
2014	14.037.145	265.050	1,89%	114.426	0,82%	18.511	16,18%
2015	15.733.939	249.649	1,59%	79.797	0,51%	19.537	24,48%

Fonte: Relatório de Gestão do FGTS 2015, (BRASIL, 2015) Empresômetro.(2017)

Verifica-se, através dos números relativos ao ano de 2015, que menos de 2% das empresas brasileiras foram auditadas em relação às suas práticas trabalhistas. Isso significa dizer que seriam necessários aproximadamente 50 (cinquenta) anos para que todas as empresas ativas brasileiras fossem auditadas. Em relação ao FGTS, a situação é ainda pior: 0,51% das empresas são auditadas em relação aos seus prováveis débitos de FGTS, ou seja, seriam necessários, considerando o número total de empresas ativas em 2015, mais de 200 anos para que uma empresa fosse auditada, sem falar das empresas extintas e que deixaram para trás valores não recolhidos do FGTS.

A análise da tabela demonstra que o número de empresas auditadas em relação ao FGTS, desde o ano de 2012, está em queda. Esse decréscimo é decorrente, principalmente, da redução do quadro de auditores-fiscais do trabalho, que hoje já possui mais de 1000 (mil) cargos vagos. Apesar disso, o número de NDFC indica evolução pelo aumento da eficiência na escolha estratégica das empresas auditadas.

Não há muita esperança de que com o decrescente número de empresas atingidas pela auditoria seja possível forçar o recolhimento ou elaborar notificações de débitos a ponto de que não sejam provocadas grandes perdas sociais com essa mudança na prescrição. Além disso, através da Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aumentou para R\$ 20 mil o limite mínimo para ajuizar execuções fiscais por débitos para com o Fisco. Revogou-se a Portaria MF 49, de 2004, que previa o valor de R\$ 10 mil reais (BRASIL, 2012).

A mudança aconteceu em virtude de estudos dirigidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), segundo os quais, em ações de execução de dívidas menores do que R\$ 21,7 mil, a União dificilmente consegue recuperar valor igual ou superior ao custo do processo judicial (BRASIL, 2012). Valores abaixo desse patamar não são cobrados judicialmente pela fazenda pública.¹⁴

Ao longo do tempo, pelo mesmo motivo que afastou a fazenda pública das pequenas execuções, as empresas com pequeno número de empregados poderão ser esquecidas pela auditoria em relação ao FGTS. Mesmo que os débitos sejam levantados, esses valores nunca serão cobrados judicialmente.

O número dessas empresas é considerável e, em conjunto, representam os maiores empregadores do país. Desta forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal parece ser a mais condizente com a ordem constitucional pátria. Entretanto, mesmo que juridicamente correta, não considerou devidamente os seus impactos sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segurança jurídica e justiça encontram no instituto da prescrição o mais interessante campo de batalha. É através de suas regras que se decide quando, em nome da segurança jurídica, parcelas não exigidas ao longo de certo tempo deixam de ser exigíveis. Expirado o prazo prescricional, o valor “segurança” passa a prevalecer sobre o valor “justiça”.

O Direito do Trabalho, por meio de sua legislação, doutrina e jurisprudência historicamente sempre procurou elaborar regras especiais para o mundo do trabalho, diferenciando-o das regras gerais do direito privado. Algumas normas jurídicas, mesmo que cogentes, no momento de aplicação no Direito do Trabalho, não foram aplicadas por juízes e tribunais, criando-se um funcionamento próprio para alguns institutos nas relações laborais.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, durante muitos anos, recebeu uma proteção especial por parte da legislação e da jurisprudência. A legislação sempre lhe conferiu tratamento especial, certamente por acreditar que o FGTS

14 Dessa forma, imaginando a remuneração de um empregado de R\$1.000,00 reais (maior que o salário mínimo atual que é de R\$ 937,00), deveriam ser depositados mensalmente R\$ 80,00 (oitenta reais) em sua conta (8% de sua remuneração). Se esse valor for projetado, incluindo os valores incidentes sobre férias e décimo terceiro, haveria uma dívida de cerca de R\$ 1.000,00 (mil reais) por ano, R\$ 5.000,00 (cinco mil) por quinquênio. Empresas com menos de 05 (cinco) empregados nunca teriam por se preocupar com as execuções fiscais.

constituía um fundo social de múltiplas funções. A prescrição trintenária dos depósitos fundiários foi por muito tempo respeitada, não só pela legislação, como também pela jurisprudência.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal mudou de maneira radical esse entendimento. A prescrição dos FGTS passou dos históricos 30 (trinta) anos, para 05 (cinco) anos. Entendendo, de maneira correta, que a mudança implicava grandes impactos sociais, o próprio STF decidiu por modular a aplicação do novo entendimento.

A modulação consiste em atribuir à decisão efeitos prospectivos. Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição viesse a ocorrer após a data do julgamento, aplicar-se-ia, desde logo, o prazo de cinco anos. Para os casos em que o prazo prescricional já estivesse em curso, aplicar-se-ia o que primeiro ocorresse: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão.

Se a decisão está correta e de acordo com a ordem jurídica que se deseja estabelecer, os fundamentos da decisão em relação aos aspectos sociais estão dissociados da realidade. Trata-se de um verdadeiro alheamento. As condições motivadoras da modulação dos efeitos da decisão não foram e nem serão ultrapassadas dentro do prazo estabelecido para a nova prescrição.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ao contrário do que encontramos no texto da decisão, ainda serve como instrumento de garantia de emprego. O valor da multa por rescisão desmotivada representa um freio para demissões de empregados mais antigos. Por outro lado, o seguro desemprego não tem demonstrado qualquer utilidade nesse sentido. Pelo contrário, o seguro desemprego tem estimulado relações de emprego menos duradouras, daí por que é comum que passe por mudanças, criando-se regras cada vez mais rígidas para a sua concessão.

Acreditar que o empregado, por saber que seus valores não estão sendo depositados, tem totais condições de reclamar do seu empregador as parcelas não depositadas demonstra claro distanciamento do STF da realidade do trabalhador brasileiro. Os valores devidos ao FGTS somente são cobrados pelo empregado ao término da relação de emprego. Dessa forma, são atingidos pelos prazos prescricionais das demais verbas devidas durante a relação de emprego.

Ressalte-se, ainda, que o Estado, responsável pela auditoria nas empresas em débito com o FGTS, demonstra uma séria dificuldade em cumprir as suas obrigações. O pequeno número de auditores, a letargia dos processos administrativos e o custo dos processos de execução da fazenda pública têm dificultado a recuperação dos valores não depositados. A prescrição de 30 (trinta) anos permitia que os valores fossem recuperados dentro de um lapso temporal dilatado. O novo prazo forçará a que empregados, sindicatos e o próprio Estado sejam mais céleres e criem novos instrumentos de informação e cobrança. De outra forma, os prejuízos não serão poucos.

REFERÊNCIAS

BARRROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1023.

BARROSO, Luis Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 4, 2001, p. 03. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer L-038, de 18 de novembro de 1974**. Pareceres H-313-66, H717-68 e H-782-69, da C.G.R. Inaplicabilidade de multas entre pessoas jurídicas de direito público. Confirmação de entendimento. Art. 295 do Decreto no 72.771-73. Legalidade. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/7532>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Publicações Eletrônicas da Escola da AGU**: Coletânea de Manifestações da Consultoria-Geral da União - v. 1. Organização de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Otavio Luiz Rodrigues Junior - Brasília: 2012. Disponível em: <agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=171677&ordenacao=16&id_site=7530>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Caixa Econômica Federal (CEF). **Relatório de Gestão do FGTS 2015**. Disponível em: <caixa.gov.br/Downloads/fgts-relatorio-gestao/RELATORIO_GESTAO_FGTS_2015.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei Complementar n.º 138, DE 2012**. Projeto de Guilherme Mussi. Estabelece valor teto para concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais, como dispõe o § 11 do art. 195 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/969097.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. **Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932**. Regulamenta a Prescrição Quinquenal. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto 3.048, de 20 de dezembro de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Decreto 6.042, de 12 de fevereiro de 2007. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, disciplina a aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP e do Nexo Técnico Epidemiológico, e dá outras providências. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6042.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Decreto 99.684, de 8 de novembro de 1990. Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Lei 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Lei 8.844, de 20 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a fiscalização, apuração e cobrança judicial as contribuições e multas devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8844compilada.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. MT. Nota Técnica 97/2015/SIT/MTE. Prazo prescricional do FGTS. Disponível em: <https://enit.mte.gov.br/pluginfile.php/11135/mod_resource/content/1/Nota%20T%C>

3% A9cnica% 20097% 202015% 20Prazo% 20prescricional% 20do% 20FGTS.pdf.
Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. MT. **Nota Técnica no 181/2013/DMSC/SIT**. FGTS. Prescrição trintenária. Dupla proteção. Ausência de inconstitucionalidade e/ou legalidade na anção de fiscalização lastrada em prescrição trintenária. Disponível em: https://enit.mte.gov.br/pluginfile.php/8720/mod_resource/content/2/NT%20181%202013%20FGTS.%20Prescri%C3%A7%C3%A3o%20trinten%C3%A1ria.pdf. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Procuradoria da Fazenda. **Portaria 75, de 22 de março de 2012**. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-de-noticias/portaria-mf-no-75-2012-revoga-portaria-mf-49-2004.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário 134.328 Distrito Federal**. Relator: GALVÃO, Ilmar. 1ª Turma. Julgado em 02 de fevereiro de 1993. Publicação em 18 de fevereiro de 1993. Disponível em: <stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=134328&classe=RE>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário com Agravo 596.478 Distrito Federal**. Relatora: GRACIE, Ellen. Julgado em 13 de junho de 2013. Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-040 divulgado em 28 de fevereiro de 2013. Publicação em 01 de março de 2013. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629995>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário com Agravo 709.212 Distrito Federal**. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Julgado em 13 de novembro de 2014. Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-032 divulgado em 18 de fevereiro de 2015. Publicação em 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>. Acesso em 10 fev 2017.

BRASIL. STJ. **AgRg no AREsp 461.907/ES**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 02/04/2014). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400067149&dt_publicacao=02/04/2014>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. STJ. **REsp 1107970/PE**, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 10/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802631404&dt_publicacao=10/12/2009>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. STJ. **REsp 559.103/PE**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 16/02/2004, p. 222. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1067011&n_um_registro=200300898042&data=20040216&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. TRT3. **RO 00137-2013-045-03-00-1**, Relator: Juiz convocado Mauro César Silva, Data de Julgamento: 30/10/2013. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=1511755. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. TST – **E.RR-2.396/68** – Ac Pleno 942/69 – Rel.: Mozart Victor Russomano. Revista LTr34/46. Trata-se de citada por Alice Monteiro de Barros em seu livro Curso de Direito do Trabalho, 4ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1023.

BRASIL. TST. **E-RR - 82841-64.2004.5.10.0016**, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Julgado em 20.02.2014, DEJT 07.03.2014. Disponível: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR-82841-64.2004.5.10.0016&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAMHJAAP&dataPublicacao=07/03/2014&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. TST. **RR - 403-26.2011.5.04.0202**, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 13/11/2012, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/11/2012. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-403-26.2011.5.04.0202&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKsdAAE&dataPublicacao=23/11/2012&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. TST. **RR - 501700-13.2006.5.09.0019**, Relator Ministro: Milton de Moura França, 4ª Turma. Julgado em 11.10.2011, DEJT 28.10.2011. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-501700-13.2006.5.09.0019&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAESWAAQ&dataPublicacao=28/10/2011&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. **Programa de Direito Civil – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

EMPRESÔMETRO. **Empresômetro** – Tudo sobre empresas. Disponível em: <http://www.empresometro.com.br/Site/Estatisticas>. Acesso em: 15 fev. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1. Parte Geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LEAL, Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 4. ed. atual. por Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Texeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SISTEMA DE INDÍCIOS DE DÉBITO – **IDEB**. Secretaria da Inspeção do Trabalho – SIT. Departamento de Fiscalização do Trabalho. Disponível em: <http://fgts/IDEB/ConsultarQuantidadePCD.asp>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Recebido em 27.02.2017

Aceito em 28.10.2017

ATIVISMO JUDICIAL, PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS N. 126.292/SP E NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE N. 43 E N. 44

JUDICIAL ACTIVISM, PRESUMPTION OF INNOCENCE AND PROVISIONAL EXECUTION OF THE SENTENCE: ANALYSIS OF FEDERAL SUPREME COURT DECISIONS IN HABEAS CORPUS N. 126.292/SP AND DECLARATORY ACTIONS OF CONSTITUTIONALITY N. 43 AND N. 44

**Eduardo Daniel Lazarte Moron¹
Nestor Eduardo Araruna Santiago²**

Sumário: Considerações iniciais. 1 O princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade como decorrência do garantismo processual penal. 2 Sobre a caracterização do ativismo judicial. 3 A execução provisória da pena na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3.1 Da análise pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus n.º 126.292/SP e das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44. 3.2 O ativismo judicial e a nova visão do Supremo Tribunal Federal na execução provisória da pena. Considerações finais. Referências.

Resumo: O artigo analisa o julgamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n.º 126.292/SP e nas medidas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44 em que o plenário concluiu que a execução provisória da pena não afronta o princípio da presunção de inocência. Analisa-se se o Supremo Tribunal Federal utilizou do ativismo judicial, excedendo os limites da sua competência jurisdicional em favor da sociedade e da efetividade da função jurisdicional penal, decidindo contra o texto constitucional, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, estabelecendo uma nova modalidade de prisão provisória não cautelar ou realizou um mero controle de legalidade. A técnica de pesquisa empregada é a revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, realizada a partir do método de abordagem qualitativa. Espera-se contribuir com a discussão, para se for o caso, criticar o Supremo Tribunal Federal em se constatando a sua postura ativista.

Palavras-chave: Presunção do estado de inocência. Execução provisória da pena. Ativismo judicial. Prisão provisória. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The article analyzes the trials in the Federal Supreme Court of Habeas Corpus n.º 126.292/SP and in the precautionary measures of the Constitutionality Declaratory Actions n.º 43 and 44, in which the plenary

1 Doutorando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas (UEA). Advogado. Procurador do Estado de Roraima. Professor universitário das Faculdades Cathedral em Boa Vista Roraima. E-mail: lazla8@hotmail.com.

2 Doutor em Direito, com estágio Pós-Doutoral. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Coordenador do Laboratório de Ciências Criminais (LACRIM) da Universidade de Fortaleza. Advogado criminalista. E-mail: nestorsantiago@unifor.br

meeting concluded that the provisional execution of the sentence does not violate the presumption of innocence. It is analyzed whether the Federal Supreme Court used judicial activism, exceeding the limits of its jurisdiction in favor of society and the effectiveness of the criminal jurisdictional function, deciding against the Brazilian Constitution, the Code of Criminal Procedure and the Criminal Enforcement Law establishing a new type of provisional non-precautionary arrest or carried out a mere control of legality. The research techniques applied are the bibliographical and jurisprudential review, accomplished by qualitative approach. It is expected to contribute to the discussion by criticizing the Federal Supreme Court, if verified its activist position.

Keywords: Presumption of innocence. Provisional Execution of the Sentence. Judicial Activism. Non-precautionary provisional arrest. Federal Supreme Court.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O artigo tem por finalidade examinar se o Supremo Tribunal Federal (STF) utilizou-se do ativismo judicial ou realizou um mero controle de constitucionalidade no julgamento de mérito do Habeas Corpus (HC) n. 126.292 e no julgamento das liminares solicitadas nas medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n. 43 e 44, em que assentou que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal (CF).

O grande desafio na atualidade é buscar o equilíbrio entre o ideal de segurança social e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais. O processo penal caminha por uma linha muito tênue, pois tem que ser eficiente, condenando os culpados, como forma de resposta à sociedade e ao mesmo tempo garantista, observando os direitos fundamentais do acusado.

O método utilizado no presente artigo é o dialético, pois reflete as posições divergentes relativas ao tema e a busca de soluções para problemas no contexto jurídico penal. A pesquisa quanto aos fins mostra-se exploratória, notadamente porque busca aprimorar ideias em tema recente, sendo bibliográfica quanto aos meios empregados e de abordagem qualitativa, analisando a posição adotada pelo STF em relação à execução provisória da pena.

Assim, inicia-se com a evolução do princípio da presunção de inocência e sua concepção na CF. Nos itens subsequentes aborda-se o conceito de ativismo judicial e seus pressupostos para demonstrar como o STF adotou uma postura ativista no julgamento apontado. Os últimos itens versam a respeito da evolução da jurisprudência do STF na execução provisória da pena até os julgamentos proferidos no HC n. 126.292 e nas ADCs 43 e 44, com a finalidade de fazer uma análise crítica dos julgados citados.

De notar que a execução provisória de sentenças penais condenatórias impõe redefinir o alcance do princípio da presunção do estado de inocência, indagar quando ocorre o trânsito em julgado na esfera penal e qual a natureza jurídica da prisão decorrente da execução provisória da pena, na busca de um equilíbrio entre a efetividade da função jurisdicional penal e a observância dos direitos do acusado.

Por fim, o presente estudo propõe-se a analisar a postura ativista do STF nos casos mencionados, a fim de aferir os limites constitucionais e legais na interpretação dada ao princípio da presunção de inocência e ao art. 283 do Código de Processo Penal (CPP).

1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE COMO DECORRÊNCIA DO GARANTISMO PROCESSUAL PENAL

Nos dias atuais, embora o sistema inquisitivo seja estudado apenas como marco histórico e para confrontá-lo com o sistema acusatório (FERNANDES, 2010), os seus ideais dominam a pauta em temas de justiça criminal e mesmo na estrutura do CPP, quando se questiona se um processo penal pode ser, ao mesmo tempo eficiente e garantista, num autêntico equilíbrio entre liberdade e segurança.

O garantismo é uma teoria que reúne o sistema das garantias dos direitos fundamentais no aspecto penal e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais (FERRAJOLI, 2002). Também serve de limitação e de disciplina dos poderes públicos e por essa razão pode ser considerado o traço mais estrutural da democracia. A perspectiva garantista de Ferrajoli tem como base um projeto de democracia social consistindo na expansão dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado na maximização das liberdades e na minimização dos poderes (STRECK; SALDANHA, 2013, p. 411).

A Teoria do Garantismo Penal serve para demonstrar como o processo penal foi pensado e estruturado desde as raízes científicas que legitimam o arcabouço teórico da modernidade, estabelecendo que acusados não podem ser punidos antes de serem processados (ACHUTTI, 2009, p. 44-45). No fim do século XIX e início do século XX o princípio da presunção do estado de inocência sofreu diversos ataques, pois prevalecia o raciocínio de que a maior parte dos imputados resultava culpada ao final do processo, não se justificando a proteção da presunção do estado de inocência, sendo visto como um excesso de garantismo (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 173).

A teoria do garantismo elaborada por Ferrajoli, dedicada ao direito e ao processo penal, estrutura-se na presunção do estado de inocência e liberdade pessoal do imputado e demais garantias processuais inseridas pelo “neoiluminismo penal”, em um complexo paradigma normativo voltado à proteção dos indivíduos mercê da regulação do poder punitivo do Estado, impondo limitações tanto à legislação penal quanto à jurisdição penal (IPPOLITO, 2011, p. 37). O princípio da presunção do estado de inocência decorre de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade

– e não impunidade – dos inocentes, ainda que para isso tenha que se pagar o preço da impunidade de algum culpável.

Segundo Beccaria (1996, p. 35), um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Na mesma linha pensa Marques da Silva (2001, p. 30-31), para quem um dos significados do princípio da presunção de inocência é proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste. Não existem pessoas mais presumidas inocentes e pessoas menos presumidas. Todos somos presumidamente inocentes, qualquer que seja o fato que nos é atribuído (SUANNES, 1999, p. 232). O estado de inocência implica diversas consequências no tratamento do acusado, na carga da prova, na aplicação da pena por meio de um processo com todas as garantias, no direito ao silêncio, na excepcionalidade das prisões cautelares e o de não fazer prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 176-177).

A presunção de inocência confirma a excepcionalidade da utilização não só das medidas cautelares prisionais, pois indivíduos inocentes só serão presos quando realmente for útil à instrução e à ordem pública, consolidando a característica marcante de um processo acusatório-garantista incorporado na CF; mas também as cautelares não prisionais, que, de certo modo, restringem a liberdade dos imputados. Portanto, a existência de prisões cautelares não fere a garantia da presunção de inocência, desde que observados seus requisitos legais e motivada em razões cautelares, a fim de proteger a efetividade do processo e da aplicação da lei penal, não permitindo que o Estado trate como culpado aquele que ainda não sofreu uma condenação penal transitada em julgado.

2 SOBRE A CARACTERIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

No contexto internacional o ativismo judicial tem suas origens no direito americano e surge das dificuldades na interpretação e aplicação da Constituição, passando a ganhar contornos mais subjetivistas em prol da vontade criativa do próprio intérprete (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 23). Todavia, a expressão *ativismo judicial* decorre de uma análise realizada por Arthur Schlesinger Jr. sobre as divisões ideológicas entre os membros da Corte Superior norte-americana em 1947 (BRANCO; MENDES, 2016, p. 195). Porém, os limites e as diferenças entre interpretação, criação judicial do direito e subjetividade dos julgadores começava a preocupar.

O ativismo judiciário brasileiro inspira-se no ativismo americano, mas também dele se afasta por conta das específicas características da cultura jurídica e da organização política e social brasileiras. Mas o que chama a atenção neste distanciamento entre a abordagem brasileira e a norte-americana é a influência provocada naquela pelo neoconstitucionalismo, na medida em que se coloca como

antiformalista, com base nas teorias da escola do direito livre e da jurisprudência de interesses e valores (STRECK; SALDANHA, 2013, p. 401).

O ativismo judicial deve ser compreendido na medida em que o exercício da atividade jurisdicional ultrapassa os limites impostos pelo texto normativo. A atuação jurisdicional pertence institucionalmente ao Poder Judiciário, cuja tarefa precípua é a resolução das controvérsias jurídicas (RAMOS, 2015). Para o presente objetivo o ativismo judicial deve ser compreendido nesses termos, pois, quando a atuação jurisdicional vai além desses limites, coloca-se em evidência o questionamento da possível violação ao princípio da separação dos poderes, assumindo um protagonismo sobre a atividade do legislativo que não lhe cabe.

O ativismo judicial também pode ser encarado sobre dois aspectos, um positivo e outro negativo. No aspecto positivo, o ativismo judicial é visto como uma forma mais contundente de atuação do Poder Judiciário (LEWIS, 1999, p. 7). Como fenômeno negativo, a definição do ativismo judicial reside na constatação da atuação judicial em parâmetros que extrapolem os limites da atividade jurisdicional (SANTORO, 2014, p. 97). Em outros termos, o aspecto negativo do ativismo judicial surge quando o Poder Judiciário deixa de realizar um mero controle de legalidade ou constitucionalidade na interpretação das normas e passa a decidir além delas ou contra texto expresso da lei ou da constituição, exorbitando a sua atuação jurisdicional.

André Karan Trindade (2012, p. 111) acentua “que o ativismo pressupõe e demarca uma disfunção da jurisdição na medida em que os juízes, quando assim atuam, extrapolam o poder que lhes foi atribuído pela Constituição”. No Brasil, em matéria de interpretação constitucional é que a presença do ativismo judicial se mostra mais acentuada, na medida em que os juízes decidem além do texto constitucional, embora este permaneça inalterado.

A compreensão do ativismo judicial gira em torno da adequada atuação dos juízes e os limites da atividade jurisdicional, configurando um problema hermenêutico vinculado à utilização de parâmetros extrajurídicos na solução jurídica do caso. Decisões ativistas nem sempre serão consideradas progressistas, pois baseadas na opinião política e pessoal do julgador.

Não cabe ao Poder Judiciário assumir a prevalência na solução de conflitos em que a matéria debatida envolve questões morais. Em um Estado de Direito exige-se a existência de regras gerais a fim de solucionar conflitos morais, cuja edição é de atribuição do Poder Legislativo, sendo competência do Poder Judiciário a sua aplicação ao caso concreto (ÁVILA, 2009).

3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF, mesmo após o advento da CF, possuía jurisprudência de que a presunção de inocência não impedia a execução provisória da pena, considerando

que os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo.³ Entretanto, esse entendimento foi superado por ocasião dos debates no julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, em 05/02/2009,⁴ em que por maioria assentou que o princípio da presunção do estado de inocência é incompatível com a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. Em outros termos, o STF afastou a possibilidade de execução provisória da pena na pendência de recurso especial ou de recurso extraordinário, e eventuais prisões decretadas na pendência de recursos extraordinários exigiriam a devida fundamentação acautelatória. Observa Bottini (2008, p. 468) que, na execução provisória da pena em razão da interposição de recursos extraordinários, não existem os requisitos para a prisão cautelar, e a privação da liberdade surge como uma antecipação da pena.

No contexto atual, o art. 283 do CPP, de acordo com a nova redação dada pela Lei n. 12.403/11, afastou definitivamente a possibilidade de execução provisória da condenação ao exigir ordem escrita e fundamentada para a imposição da prisão processual, ou sentença condenatória com trânsito em julgado.

Por outro lado, não se pode esquecer que o direito ao duplo grau de jurisdição constitui garantia constitucional implícita e de caráter instrumental decorrente da cláusula do devido processo legal, vinculando-se aos próprios fins do Estado de Direito, afastando qualquer arbítrio por parte do Judiciário no sentido de impor a execução provisória da pena antes da condenação definitiva, isto é, quando pendente de julgamento recurso especial ou extraordinário.

3.1 Da análise pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus n.º 126.292/SP e das Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44

A despeito disso, o STF, nos julgados analisados, modifica o seu entendimento voltando à sua jurisprudência originária, ainda que por outros fundamentos, admitindo que a execução provisória da pena antes do trânsito em

3 EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado. (HC 91675, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00059 EMENT VOL-02302-02 PP-00320 RTJ VOL-00203-03 PP-01218).

4 Habeas corpus n.º 84.078/MG, Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>.> Acesso em: 15 out. 2016.

julgado da sentença condenatória não afronta o princípio da presunção do estado de inocência.

Em 17/02/2016 o Plenário do STF, no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP de Relatoria do Ministro Teori Zavascki,⁵ estabeleceu por maioria a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da presunção do estado de inocência. O Ministro Relator destacou na sua fundamentação que nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema, pois os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos.

Por sua vez, o Ministro Barroso reconheceu que a presunção de inocência, na condição de princípio, admite a sua ponderação com outros princípios constitucionais, qual seja o da efetividade da lei penal. Posteriormente ao julgamento do Habeas Corpus pelo Pleno do STF, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática na medida cautelar no Habeas Corpus n. 135.100/MG,⁶ suspendeu a execução do mandado de prisão, sem prejuízo das medidas cautelares diversas da prisão já estabelecidas. No caso, a sentença condenatória de primeira instância inverteu de forma indevida a presunção do estado de inocência, deixando o acusado de ser presumidamente inocente para ser presumidamente culpado, incumbindo-lhe o ônus de provar o contrário.

Para o Ministro Celso de Mello, essa inversão está em colisão com a cláusula da presunção de inocência, vez que esta se apoia nos fundamentos que estruturam o próprio modelo político-jurídico conformador do Estado Democrático de Direito, no qual as imputações criminais jamais se presumem provadas, citando que a Lei de Execução Penal impõe como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado.⁷

Igualmente, o Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão monocrática na medida cautelar no Habeas Corpus n. 135.752/PB,⁸ suspendeu a execução provisória das penas, vez que a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em

5 Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

6 Medida Cautelar no Habeas corpus n.º 135.100/MG, Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 09 out. 2016.

7 Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver em prisão, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

8 Medida cautelar no Habeas corpus n.º 135.752/PB, Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 09 out. 2016.

julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese da presença dos requisitos autorizadores da prisão cautelar, ofende o princípio da presunção do estado de inocência. Por fim, por maioria, o Plenário do STF entendeu que o artigo 283 do CPP⁹ não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas ADCs 43 e 44.

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ADCs, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção do estado de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”.

O Ministro Edson Fachin abriu divergência e votou pelo indeferimento da medida cautelar, dando ao artigo 283 do CPP interpretação conforme a CF, para afastar da interpretação da norma qualquer vedação ao início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a Cortes Superiores. Seguindo esse posicionamento, o Ministro Barroso defendeu a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. No seu entendimento, a presunção de inocência é princípio, e não regra, admitindo a ponderação com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura, como a efetividade do sistema penal, reiterando os seus argumentos citados no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP.

O Ministro Teori Zavascki reafirmou entendimento, já manifestado no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, afirmando que o princípio da presunção do estado de inocência não impede o cumprimento da pena. O processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social, ressaltando ainda, que o julgamento da apelação encerra o exame de fatos e provas, fazendo valer o duplo grau de jurisdição.

Para o Ministro Luiz Fux, o constituinte não teve intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau na redação do inciso LVII do artigo 5º da CF, pois, caso contrário, o teria feito no inciso LXI, que trata das hipóteses de prisão. Destacou, também, a necessidade de se dar efetividade à Justiça não se preocupando somente com o direito fundamental do acusado, mas sobretudo com o direito da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal.

A Ministra Carmen Lúcia negou o pedido de cautelar, fazendo menção ao seu voto proferido em 2010 sobre o mesmo tema e acentuou que uma vez havendo apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não se mostra

9 Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

arbitrária, considerando a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas.¹⁰ Em sentido contrário, a Ministra Rosa Weber acompanhou o voto do relator, entendendo que o artigo 283 do CPP espelha o disposto nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal, que vincula claramente o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado.

O Ministro Ricardo Lewandowski também acompanhou o voto do relator, afirmando que a presunção de inocência e a necessidade de motivação da decisão para enviar um cidadão à prisão, são motivos suficientes para deferir a medida cautelar e declarar a constitucionalidade integral do artigo do 283 do CPP. Nessa mesma linha, o Ministro Celso de Mello foi enfático ao defender a incompatibilidade da execução provisória da pena com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente, garantido pela Constituição Federal e pela lei penal.

3.2 O ativismo judicial e a nova visão do Supremo Tribunal Federal na execução provisória da pena

A maioria dos Ministros do STF concluiu que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena, tendo como fundamentos: i) o princípio da proibição da proteção deficiente, rompendo com o direito penal seletivo; ii) a presunção da inocência não é violada diante do seu sentido dinâmico.

A nova posição do STF em termos de execução provisória da pena, referente ao caráter dinâmico da presunção do estado de inocência, representou violação à proibição de retrocesso, reduzindo a sua densidade normativa. A presunção de inocência é princípio e não regra, cuja efetividade depende do significado que lhe é atribuído pelos intérpretes da Constituição. A nova posição do Supremo acaba criando um novo texto normativo dissociado do texto constitucional, ultrapassando os limites da competência jurisdicional, traduzindo-se num perigoso ativismo, assumindo as decisões do Poder Judiciário um caráter legislativo e se sobrepondo à atividade típica do Poder Legislativo. (IRIBURE JÚNIOR; SIFUENTES, 2016).

Em sentido oposto, Vladimir Passos de Freitas, comentando a opinião de Lênio Streck (2016), considerou acertada a decisão do STF, pois adequou a CF à realidade existente, adotando o método sociológico de interpretação, fazendo menção ainda ao Pacto de São José da Costa Rica, que dá direito a duas instâncias apenas e não a quatro, ou que se aguarde o trânsito em julgado da sentença definitiva. A Justiça não é lugar para discussão de teses jurídicas, mas sim para promover a pacificação social e a decisão do STF, restaurou o equilíbrio entre o direito à liberdade e a eficiência.¹¹

¹⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 06 out. 2016.

¹¹ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

Ao proceder ao câmbio de entendimento acerca da execução provisória da pena, o STF relativizou o princípio constitucional e convencional da presunção do estado de inocência. A efetividade da justiça criminal não pode ser evocada para ultrapassar o postulado da presunção de inocência, pois não tem previsão expressa na Constituição, não podendo ser considerado princípio nem regra, não tendo, assim, densidade normativa.

Em outros termos, não se pode pretender, em tema de execução provisória da pena, adotar como fundamento a seletividade do sistema penal de forma unilateral, sem critérios técnico-jurídicos e somente em prejuízo do acusado. A mudança de orientação jurisprudencial do STF não diminui a seletividade do sistema criminal; pelo contrário, torna-o mais seletivo, prevalecendo como único critério as condições econômicas abastadas do réu para o exercício de sua defesa, o que se mostra inadmissível.

Outro fundamento passível de críticas é a quebra do paradigma da impunidade, isto é, para acalmar a sociedade que clama por justiça e afastar qualquer crítica ao Poder Judiciário a respeito da sua morosidade adotam como solução a execução provisória da pena, a pretexto de estar garantindo a duração razoável do processo. Mais uma vez, sobressai o caráter ativista da decisão, pois na sua fundamentação acaba violando outros direitos constitucionais sem observância mínima do garantismo processual penal.

A restrição de liberdade do acusado em sede de execução provisória da pena não pode servir de pretexto para garantir os ideais de segurança social e efetividade da função jurisdicional penal e de maneira velada suprir a morosidade do Poder Judiciário ou afastar a sensação de impunidade, a pretexto de resguardar o direito constitucional e a duração razoável do processo em prol da sociedade e em detrimento do acusado.

Como visto, as decisões monocráticas acima citadas convergem no sentido de que a detenção de qualquer indivíduo antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória reveste-se de caráter excepcional, sendo regra nos países civilizados a preservação da liberdade de ir e vir das pessoas. Assim, afigura-se inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, seja deturpada a ponto de caracterizar antecipação de pena.

Vale destacar que no julgamento da Lei da Ficha Limpa, a exemplo do julgamento da execução provisória da pena, os Ministros divergiram a respeito da natureza jurídica da cláusula constitucional da presunção de inocência. Para alguns Ministros é considerado princípio, tanto pela sua densidade normativa, forma de aplicação e caráter fundamental, portanto, passível de ponderação e para outros não teria conteúdo principiológico, mas seria mera regra sujeito à interpretação restritiva por meio de uma denominada redução teleológica.

Para o Supremo não é o esgotamento de todos os recursos que conduz ao trânsito em julgado no processo penal, vez que, no modelo de países de Cortes Constitucionais, o trânsito em julgado é formal, isto é, com a decisão de segunda instância e eventuais recursos constitucionais teriam caráter rescisório.

Analisando a moldura normativa traçada pelo STF, infere-se a omissão a respeito da natureza jurídica da execução provisória da pena e qual o marco em que se considera o trânsito em julgado no processo penal, vale dizer, a ocorrência da coisa julgada penal e se foi estabelecida uma nova espécie de prisão provisória não cautelar em sede de execução provisória da pena, fundamentada no art. 283 e 637¹² do CPP.

Na opinião de Daniel Wunder Hachem (2016), com esse argumento o STF relativiza o significado do conceito de “trânsito em julgado da sentença”, tradicionalmente concebido como a condição de imutabilidade da decisão judicial, obtida após o decurso de todos os prazos para interposição de recursos em face do julgado. Cinde o conceito para afirmar existir uma diferença entre “trânsito em julgado da situação fática” e “trânsito em julgado da situação jurídica”.¹³

Na visão de Emanuela dos Santos Silva (2016), o STF não pode afrontar as garantias constitucionais, com objetivo único de satisfazer apelos políticos e sociais, característico de um direito penal emergencial que promete, por meio, do judiciário ou legislativo, atender aos clamores públicos. A presunção de inocência, somente pode ser relativizada, quando se permite a prisão preventiva, em flagrante ou temporária, porém ela não pode ser totalmente ignorada e flagrantemente violada, fazendo com que o texto constitucional fique sem expressão.¹⁴

Um ponto em comum nos votos dos Ministros favoráveis à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado é a interpretação conforme ao art. 283 do CPP e a defesa da efetividade do sistema de justiça criminal. A novidade dessa decisão fica por conta do sentido dinâmico da presunção de inocência, estabelecendo um caráter relativo ao referido princípio, que não se coaduna com a CF, salvo em se tratando de prisões cautelares devidamente fundamentadas.

É necessário ainda que o STF aprofunde sobre a discussão se somente a convergência das decisões de duas instâncias em termos de condenação conduziria a execução provisória da pena. A princípio o Supremo não a exigiu: assim, se a primeira instância absolve e a segunda instância condena pela primeira vez, inexistente impedimento à execução provisória da pena.

O efeito concreto da decisão do STF será a substituição da banalização da prisão preventiva pela prisão provisória não cautelar decorrente da execução provisória da pena, aumentando ou mantendo os presídios com mais a mesma quantidade de presos provisórios. Nesse sentido, citando Bauman (2005, p. 84) os presídios se configuram como os principais depósitos de detritos humanos da contemporaneidade. Com essa decisão, há uma tendência de piora de um quadro que já não é nada favorável.

12 Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

13 Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 12 dez. 2016.

14 Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/o-stf-e-a-nova-roupagem-da-presuncao-de-inocencia-por-emanuela-dos-santos-silva/>> Acesso em: 11 dez. 2016.

Uma omissão flagrante no julgamento do Habeas Corpus foi que o Ministro Teori Zavascki não declarou formalmente a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP. Não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade. Essa é, aliás, a primeira das seis hipóteses pelas quais o Judiciário está autorizado a não aplicar uma lei. Somente no julgamento das ADCs houve manifestação do STF a respeito da constitucionalidade do art. 283 do CPP, dando interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer interpretação que proíba o início da execução da pena após a condenação em segunda instância.

O ativismo judicial praticado pelo Supremo no presente julgamento reside no equívoco da interpretação, ultrapassando os limites do texto, acreditando que pode se substituir ao legislador alterando o texto normativo interpretado, quando o capacitado para alterá-lo é o próprio emissor do texto. Sobre esse aspecto Daniel Wunder Hachem (2016) critica o ativismo judicial praticado pelo Supremo ao permitir a execução provisória da sentença antes do trânsito em julgado e ao estabelecer um paralelo com o ativismo utilizado quando do reconhecimento da União Estável entre pessoas do mesmo sexo, aponta uma clara distinção:

O Poder Judiciário – aí incluído o STF – pode ir além do que está expressamente escrito no texto da Constituição com o intuito de proteger direitos fundamentais dos cidadãos. Ele tem legitimidade para isso, pois faz parte das suas atribuições. Porém, jamais poderá fazê-lo para ofender direitos fundamentais ou restringir a esfera jurídica do cidadão, notadamente quando a liberdade de ir e vir está em jogo.

Situação muito diversa é ir contra a literalidade do texto constitucional definidor de um direito fundamental para reduzir a esfera de proteção jurídica da liberdade do cidadão contra o poder punitivo do Estado. São, portanto, formas distintas de ativismo judicial: uma para proteger direitos e a outra para restringir direitos. A primeira encontra apoio na função contramajoritária do Poder Judiciário – se as majorias parlamentares, por ação ou omissão, vulnerarem direitos fundamentais, incumbe aos juízes tutelar as minorias afetadas. A segunda encontra vedação no princípio democrático e no princípio da legalidade – é preciso ter legitimidade democrática para, por meio da criação de leis, restringir a esfera jurídica do cidadão.¹⁵

Em outros termos, o ativismo judicial praticado pelo STF, ao permitir a união estável entre pessoas do mesmo sexo, tinha como finalidade a proteção de direitos fundamentais, enquanto que na execução provisória da pena visa restringi-los. Santoro (2014, p. 110), ao abordar o ativismo judicial do Supremo no julgamento da Lei da Ficha Limpa, asseverou que o legislador promoveu uma flexibilização da presunção de inocência ao permitir que se aplicasse ao cidadão uma sanção, a de não poder se candidatar, antes mesmo que se confirmasse essa condenação como definitiva.

15 <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 01 fev. 2017.

No julgamento da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa discutia-se a aplicação de uma sanção de caráter eleitoral e não penal, o que motivou a interpretação restritiva da presunção de inocência pelo STF. Na ocasião o Ministro Relator Luiz Fux destacou que a inelegibilidade não configura uma pena em si, muito menos teria característica penal. (SANTORO, 2014, p. 112-113).

Ocorre que o próprio Ministro Relator da Lei da Ficha Limpa, Luiz Fux, no julgamento da execução provisória também relativizou o princípio da presunção de inocência. Essa relativização não poderia ter ocorrido na execução provisória da pena, pois desta vez estava em debate a restrição da liberdade de locomoção, não se podendo chegar à mesma conclusão quando do julgamento da Lei da Ficha Limpa face ao princípio da presunção de inocência, considerando que o debate se restringia a questões eleitorais de inelegibilidade e não questões penais.

Quando a opinião pública majoritária aceita uma decisão vinda do STF que lhe agrada, é bem provável que, em outros casos futuros, o mesmo STF decida ultrapassando os limites semânticos da Constituição, assumindo da mesma forma uma postura ativista, porém desta vez, sem o respaldo da opinião pública majoritária. Certamente, a sua decisão será fortemente criticada. Por tal razão, a prática do ativismo nesses termos, não é boa (STRECK, 2016).

O STF excepcionou a extensão e o conteúdo do princípio da presunção de inocência, autorizando a restrição ao direito de liberdade dos cidadãos condenados por colegiados, ainda que a condenação admita a sua revisão pela via recursal. Itamar Carvalho Júnior afirma que esse julgamento coloca em destaque a tese da interpretação além do texto e o STF, ao se afastar do texto, não mais interpreta, mas sim estabelece "novo texto" para a CF/88.¹⁶

Os parâmetros analisados dizem respeito ao que a doutrina, até o presente momento, conseguiu apurar como traços comuns entre as consideradas, decisões ativistas. O principal aspecto dentre eles certamente é o afastamento do Poder Judiciário dos limites de sua competência para aplicar a Constituição (RAMOS, 2009, p. 109).

A prerrogativa jurídica da liberdade não pode ser ofendida por interpretações jurisprudenciais que culminem por consagrar a ideologia da lei e da ordem em detrimento dos direitos e garantias fundamentais proclamados pela CF, contra disposição expressa do art. 283 do CPP e da Lei de Execução Penal. Não é competência do STF relativizar princípios constitucionais para atender aos anseios da sociedade na esfera penal. A missão da Corte é a aplicação da Constituição, independentemente da posição que prevaleça na opinião pública e na sociedade.

¹⁶ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 11 dez. 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Democrático de Direito o anseio da sociedade por justiça colocando os culpados no cárcere não justifica a relativização do princípio da presunção de inocência, tornando ilegítimo o direito de punir do Estado.

O processo penal sob a égide do regime democrático, não justifica qualquer juízo condenatório de forma presumida ou antecipada. Diante disso, a execução provisória da pena se mostra incompatível com a regra de tratamento do princípio da presunção de inocência.

O ordenamento jurídico penal brasileiro é expresso em garantir que a execução da pena no processo penal ocorre com o trânsito em julgado. A mera possibilidade de o acórdão penal condenatório desafiar a interposição dos recursos extraordinários não pode servir de fundamento para relativizar o princípio da presunção de inocência. Da mesma forma, a prisão decorrente de uma condenação penal de segunda instância, isto é, a execução provisória de uma pena não constitui nova espécie de prisão cautelar, pois não detém natureza cautelar, violando o princípio da presunção de inocência.

Os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para estabelecer o juízo de ponderação dando interpretação conforme a Constituição do art. 283 do CPP e considerando as definições apresentadas a respeito do ativismo judicial ferem o princípio da presunção de inocência e constituem exemplo de ativismo judicial.

Privilegiar os anseios da sociedade em detrimento do princípio da presunção de inocência, baseado em premissas dissociadas dos fatos e demais princípios constitucionais aplicáveis reflete uma atuação fora dos limites impostos pelo próprio texto constitucional, o qual foi violado e não resguardado.

Sob esse aspecto o ativismo judicial passa a ser um problema quando praticado contra a lei ou quando ultrapassa os limites legais, deixando de ser um mero controle de legalidade ou constitucionalidade.

Por último, conclui-se que as decisões do STF analisadas, embora possam ser vistas como uma forma de combater a impunidade, na realidade constituem um exemplo de ativismo judicial condenável, pois em desconformidade com o texto constitucional, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, ultrapassando os limites da competência jurisdicional, pois revestidas de clamor social, o qual deve ser afastado pela jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo – diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v.242, a. 40, abr. 2015, p.19-45.

ACHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal**: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução Carlos Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. Tradução Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza, 1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

_____. Código de processo penal, de 03 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 06 out. 2016.

_____. Lei de execução penal, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm> Acesso em: 06 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n.º126292/SP, Plenário, Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Habeas-corpus n.º135.100/MG, Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 1 jul. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Habeas-corpus n.º135.752/PB, Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 27 jul. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n.º84.078/MG, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 5 fev. 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Soraia da Rosa. Ativismo judicial e a presunção de inocência do adolescente infrator-Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 122.072/2014. In: **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v.14 n.6 2016, p.186-199.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>> Acesso em: 12 dez. 2016.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo, 3 (1), p. 34-41, jan/jun. 2011.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha; SIFUENTES, Jefferson Prado. Decisão do Habeas Corpus n.º 126.292: Relativização do Princípio da Presunção de Inocência e Jurisdição Constitucional em perspectiva. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Brasília, v. 2, p.590-612, jun. 2016. Semestral. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/845/pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

KARAN TRINDADE, André. Garantismo versus constitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: STRECK, Lenio Luiz; KARAN TRINDADE, André. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEWIS, Frederick P. **The Context of Judicial Activism** – the endurance of the Warren Court legacy in a Conservative Age. Lanham: Rowman & Littlefield Publisher Inc, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 5. ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional**. Tese apresentada à faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

_____. **Ativismo judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTORO, Raquel Botelho. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha. *In: Observatório da jurisdição constitucional*. Ano 7, n.º1 Jan/Jun, Brasília, IDP, 2014, p.95-122. <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/959/649>> Acesso em: 11 dez. 2016.

SILVA, Emanuela dos Santos. **O STF e a nova roupagem da presunção de inocência**. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/o-stf-e-a-nova-roupagem-da-presuncao-de-inocencia-por-emanuela-dos-santos-silva/>> Acesso em: 11 dez. 2016.

SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Ed Juarez de Oliveira, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Ativismo e garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coords.). Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 395-428.

_____. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 11 dez 2016.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Recebido em 20.04.2017

Aceito em 22.06.2017

ANTECEDENTES AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ART. 4º NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DO BRASIL AO MERCOSUL¹

BACKGROUNDS TO THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF ARTICLE 4TH IN THE INTEGRATION PROCESS OF BRAZIL INTO MERCOSUR

Fernanda Eduardo Olea do Rio Muniz²
José Filomeno Moraes Filho³
Antônio Walber Matias Muniz⁴

Sumário: Considerações iniciais. 1 O pensamento imperial sobre integração e os estados formadores do MERCOSUL. 1.1 A busca da integração pelo Brasil com países da Bacia do Rio da Prata. 1.2 Da Doutrina Monroe ao Visconde do Uruguai como marco da integração do Brasil. 1.3 As ações autocráticas do argentino Rosas e a impossibilidade de avanços à integração. 1.4 Desdobramentos das ações de Rosas favoráveis ao Brasil. 2 O avanço da integração no Brasil entre os anos 1950 a 1990. 3 Aspectos constitucionais da integração no Brasil e o art. 4º da CRFB/1988. 3.1 A não formalização da integração nas constituições de 1824 a 1969. 3.2 O art. 4º da CRFB/1988 e a integração do Brasil ao Mercosul. Considerações finais, Referências.

Resumo: O trabalho discorre, em torno de uma abordagem histórica, sobre algumas ideias que antecederam a inserção do Brasil no processo de integração regional a partir de 1823. Considera-se o interstício do governo de D. Pedro II até a consolidação do Mercosul no ano de 1991. Objetiva-se identificar como se deu esse processo de integração regional entre países do cone sul, qual a sua origem e de que modo o constitucionalizamos em 1988. Pesquisa bibliográfica e dados obtidos nos sites institucionais do Mercosul, do Ministério das Relações Exteriores e de conferências de política externa e política internacional realizadas em instituições oficiais brasileiras formam a base metodológica desse trabalho.

Palavras-chaves: Constituição e Integração Regional. Comunidade Latino-americana de Nações. Integração Regional/Mercosul.

Abstract: This study makes a historical approach regarding the facts that precede the inclusion of Brazil in the regional integration process from 1823 onwards. We considered the interstice of D. Pedro II's government until the consolidation of Mercosur in 1991. Our aim is to identify how this regional integration process took place among Southern Cone countries, what its origin

1 O presente texto se apresenta como desdobramento de um trabalho inicial elaborado por dois dos autores, intitulado “*Contribuições do Visconde do Uruguai para o processo de integração regional da América do Sul*”, originalmente publicado nos Anais do II Simpósio internacional Pensar e Repensar a América Latina, promovido pela Universidade de São Paulo em outubro de 2016. ISBN 978-85-7205-159-0.

2 Mestranda em Direito (PPGD-UNIFOR 2017). Especialista em Direito Internacional (UNIFOR-2014). Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais - NEI/CNPQ/UNIFOR. E-mail: fernanda.muniz@edu.unifor.br

3 Doutor (USP-2011) Professor do PPGD da Universidade de Fortaleza. Orientador. Pesquisador do Núcleo de Estudos Internacionais NEI/CNPQ/UNIFOR. E-mail: filomeno@unifor.br

4 Pós-Doutorando (UNB, 2017). Doutor em Integração da América Latina pela USP (2015). Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR (2008). Especialista em Negócios Internacionais (UNIFOR, 2005); e em Direito Público (UFPE, 2003). Professor do curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Coordenador do Núcleo de Estudos Internacionais NEI/CNPQ/UNIFOR. E-mail: walber@unifor.br

is, and how we constitutionalized it in 1988. Bibliographic research and data obtained from the institutional webpages of Mercosur and Brazilian Ministry of Foreign Affairs, as well as documents resulting from foreign policy and international politics conferences held in official Brazilian institutions, form the methodological basis of this study.

Keywords: Constitution and Regional Integration. Latin American Community of Nations. Regional Integration/Mercosur.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É aceitável que o processo de integração regional na América do Sul, segundo o formato que se apresenta nos dias atuais, possui relação direta com o marco mundial da globalização, a qual vem ditando o ritmo do desenvolvimento humano desde os anos 1970. A revolução nos meios de comunicação, advinda do processo de globalização, foi e continua sendo um meio de redução de distâncias geográficas e inevitável aproximação econômica, política e cultural entre estados e pessoas. Dessa forma, as barreiras fronteiriças deixaram de existir e o contato físico entre povos diferentes se estreitou por meio do desenvolvimento da tecnologia, com destaque também para os meios de transporte e comunicações a um custo baixo, resultando desse novo cenário a formação de comunidades globais e regionais a exemplo do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL ou Mercosul). Porém, a ideia de integração surgida em 1823 e ampliada nos meios acadêmico-científicos nos anos 1980 parece-nos fazer perceber que trilharia caminho diferente daquele que se apresentou a partir de 1991 com o Tratado de Assunção.

Dessa forma, pode-se questionar que o processo de integração do Mercosul, o qual inclui o Brasil, não tem no Tratado de Assunção o seu principal ponto de partida. Nem esse Tratado, da forma como foi concebido em 1991, chega a representar as ideias discutidas a partir de 1823, tanto destacadas por Saraiva (1995, p. 34-42) ao mencionar sobre a concepção da Doutrina Monroe, quanto às ideias defendidas por representantes da comunidade científica brasileira, conduzidas por Ennio Candotti, por exemplo, quando entabulava, por diversas reuniões com representantes da comunidade científica argentina no decorrer dos anos 1980, sobre a formulação de um formato de integração entre países sul-americanos. Formulação essa facilmente identificada em relatos contidos na Revista Ciência Hoy, na narrativa feita pelo físico brasileiro Ennio Candotti, em julho de 2017 (online). Em ambos os casos, se consideradas as argumentações em cada momento histórico defendidas, elas poderiam ter resultado num formato diferente de integração, ou seja, não teríamos chegado, a partir de 1991, a uma integração limitada a aspectos somente de cunho econômico e/ou comercial.

Considerando esse cenário de aproximação de estados diversos no cone sul, tem-se como objetivo neste artigo demonstrar os fatos que antecederam o processo de integração que culminaram na formulação do Mercosul, até a inclusão no artigo 4º e parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil/1988, que

rege os princípios das relações internacionais brasileiras e a formalização jurídica da participação constitucional do País no processo de integração do Mercosul.

Nesse longo e discutível processo de integração regional, a narrativa aqui pretendida se inaugura, portanto, em 1823 e transita pelo período imperial brasileiro, no reinado de Dom Pedro II, destacando principalmente o empenho diplomático e estratégico do Visconde do Uruguai para a paz na bacia do Rio da Prata, no período em que o ditador argentino Juan Manuel de Rosas pretendia monopolizar a região, envolvendo sinteticamente a situação de cada um dos países que, a partir desse período, viriam a constituir um bloco de integração regional em 1991. Inclui-se um levantamento em cada Constituição brasileira, desde 1824, visando conferir-lhes pela existência ou não em cada uma delas de dispositivo constitucional autorizativo à participação do Brasil num processo de integração e, por fim, apresenta-se brevemente o formato de integração que vinha sendo discutido, principalmente por cientistas sul-americanos nos anos 1980, com vistas a ser praticado entre os países do atual Mercosul.

Ao redor dessa narrativa algumas indagações são suscitadas: a) Seria possível extrair das ações do Visconde do Uruguai, enquanto ministro dos Negócios Estrangeiros do Império do Brasil, as primeiras contribuições de cunho integracionista entre países da América do Sul? b) Até que ponto a previsão constitucional brasileira de 1988, contida no artigo 4º, parágrafo único, pode ser considerada fruto dos primeiros “ensaios de integração regionais” iniciados pelo Visconde do Uruguai ou das ideias defendidas pelos representantes das comunidades científicas do Brasil e da Argentina, como pretendia Candotti, no decorrer os anos 1980?

1 O PENSAMENTO IMPERIAL SOBRE INTEGRAÇÃO E OS ESTADOS FORMADORES DO MERCOSUL

A história da integração no Brasil, que pode ter se fundado pela cooperação entre países sul-americanos, remonta ao período imperial, mais precisamente com o protagonismo do estadista e diplomata brasileiro Paulino José Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai.

1.1 A busca da integração pelo Brasil com países da Bacia do Rio da Prata

No período imperial, os Estados da América do Sul viviam cenários diametralmente opostos, o que não significou um obstáculo para futura convergência de interesses e aproximação. No que se refere à Argentina, cumpre afirmar que Buenos Aires sempre foi a província mais privilegiada, desde o Vice-reinado espanhol do Rio da Prata, no ano de 1776 (FERREIRA, 2013, p. 129), após a independência e, também, sob a liderança do governador Rosas, que começou em 1829. Buenos Aires foi, desde então, o palco da construção política e do desenvolvimento econômico da Argentina, devendo-se tal fato à priorização dessa

província em detrimento das demais. De governador, Rosas logo se tornou ditador e chegou a fechar o acesso aos portos para todas as províncias argentinas, dando exclusividade a Buenos Aires. Após a conquista da independência, a Argentina viveu uma divisão de ideologia política entre unitários e federalistas, que eram adversários declarados.

Com relação ao Brasil, houve uma política de continuidade. O poder imperial sucedeu o modelo colonial, de maneira que a economia totalmente dependente da mão de obra escrava permaneceu. Com relação ao poder do imperador, havia total centralização e, no cenário político, o acirramento entre liberais e conservadores era intenso.

No que concerne ao Paraguai, tal país viveu por muitos anos em condição de isolamento, logo após ter se declarado independente, em 1811. A postura do governante da época, José Gaspar Rodríguez de Francia, era manter o país fechado para o resto do mundo, temendo a fragmentação territorial, possivelmente pretendida pelo Brasil e pela Argentina. Ainda, o governo de Buenos Aires não reconhecia a sua independência (TORRES, 2011, p. 65).

Em se tratando do Uruguai, seu território foi desde sempre disputado por outros países e se tornou motivo de guerra entre Brasil e Argentina, conhecida como a Guerra da Cisplatina. Sua independência foi declarada em 1828, porém não foi um fato impeditivo para que ele continuasse nos planos argentinos e brasileiros. A importância do Uruguai residia na localização privilegiada à beira do Rio Paraná, no solo fértil e na bem-sucedida prática pecuarista. Outro ponto importante foi que esse país viveu a dissidência entre o Partido Blanco, ligado à Argentina por meio de Manuel Oribe, Presidente uruguaio deposto e acolhido por Rosas em Buenos Aires e que pretendia retomar o poder, e, de outro lado, o Partido Colorado, associado aos farroupilhas.⁵ A aliança com Manuel Oribe era muito relevante para Buenos Aires, significando a possibilidade de reinstaurar o Vice-Reino do Rio da Prata pretendido por Rosas (FERREIRA, 2013, p. 131), o qual menosprezava a Convenção Preliminar da Paz de 1828, realizada com o Império do Brasil, cujo objetivo era assegurar a integridade territorial e independência do Uruguai.

A Argentina em si não era a princípio governada pelo ditador portenho; cada província tinha seu próprio governo, mas, aos poucos, Rosas influenciou alguns e depôs outros, com o propósito de evitar a resistência e estabelecer uma política econômica de alcance internacional e reconhecimento nacional. Ainda assim, o interesse maior de Rosas era nas províncias litorâneas,⁶ como Santa Fé, Corrientes e Entre Rios, que, paulatinamente, acabou por dominá-las (LYNCH, 2009, p. 656-657).

5 Chamavam-se de *farroupilhas* ou *farrapos* os revoltosos contra a política do Império brasileiro. Eram membros do partido liberal e radicais contra a centralização do governo imperial. A proclamação da República do Rio Grande do Sul foi um dos atos de autoafirmação desse movimento contra o governo.

6 O conceito de litoral para a Argentina abrange os grandes rios (Paraná e Uruguai) da Bacia Platina e seus afluentes, portanto, atualmente, são províncias litorâneas argentinas: Chaco, Corrientes, Entre Rios, Formosa, Misiones e Santa Fé.

Nesse contexto, observa-se que o Brasil estava muito mais organizado na formação de seu Estado do que os demais países sul-americanos. Embora estivesse administrando diversos conflitos internos, como as revoltas provinciais, ainda tinha que gerir os problemas externos, tendo em vista o bloqueio dos Rios Paraná e Paraguai ordenado por Rosas, impedindo as relações comerciais do Brasil com seus vizinhos.

1.2 Da Doutrina Monroe ao Visconde do Uruguai como marco da integração do Brasil

Aproximadamente vinte anos antes do início da atuação do Visconde do Uruguai como Ministro dos Negócios Estrangeiros do Brasil em 1843, no ocaso do ano de 1823, o presidente norte-americano James Monroe anunciou, em sua mensagem ao Congresso Nacional, que seu país não admitiria que o Velho Mundo interferisse no Novo Mundo. Para Saraiva (1995, p. 36) surgia então a primeira matriz de uma ideia de integração e, por intermédio dela, os Estados Unidos arvoravam-se no papel de condutores e protetores da América e das soberanias dos países latino-americanos.

A história mostra que a Doutrina Monroe sintetiza o trecho do discurso presidencial que exortava "a América para os americanos", doutrina que levou a uma concepção tutelada da integração animada pelas perspectivas de ruptura com a Santa Aliança e as ideias de recolonização do continente americano, Monroe vislumbrava uma América forte e unida, sob o comando espiritual das ideias da liberdade de mercado e da democracia (SARAIVA, 1995, p. 37).

Os apelos norte-americanos evidenciados pela doutrina monroísta foram chancelados por lideranças como a do patriarca José Bonifácio de Andrada e Silva, ao tempo de um Brasil Imperial, politicamente conservador e geograficamente unitário e soberano em suas ações externas. Assim, Saraiva (1995, p. 37) repercute essas ações representativas de conquistas históricas brasileiras do século XIX e que se seguiram, do Visconde de Cairu a Joaquim Nabuco, passando por diferentes momentos de inflexão e reticências. Assim, o Brasil se afirmou no conjunto das relações internacionais, dentro do continente americano e fora dele. Surge aí, em nossa percepção, um arquétipo de integração, que depois seria retomada pelo então Visconde do Uruguai durante boa parte do período imperial.

Paulino José Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai, iniciou sua trajetória política muito cedo, logo após o curso de Direito em 1831. Dentre suas atuações na vida pública, sem dúvida, a de maior destaque foi sua assunção do cargo de Ministro dos Negócios Estrangeiros, pela primeira vez entre 1843 e 1844 e pela segunda entre 1849 e 1853. Seu desempenho no caso de Rosas, no Rio da Prata, teve incontestável relevância para a aproximação dos países do Cone Sul, ensejando, assim, os primeiros passos no rumo da integração regional. (FERREIRA, 2013, p. 124-127, 136).

No Império do Brasil, a preocupação era administrar os próprios conflitos internos, muito dispendiosos, o que resultou na adoção de uma postura diplomática

neutra, com relação aos conflitos da região Platina. Essa neutralidade foi orientada por Paulino José Soares de Sousa, quando ministro dos Negócios Estrangeiros, mas só teve durabilidade na primeira gestão de Paulino, que, ainda assim, enviou, em 1843, a missão Pimenta Bueno ao Paraguai, visando formalizar o reconhecimento da independência guarani, em face da Confederação Argentina, celebrar tratados comerciais e de amizade, bem como enfraquecer a interferência de Rosas, fato que muito irritou o ditador portenho (TORRES, 2011, p. 69).

Já na segunda gestão de Paulino, as ameaças de Rosas se intensificaram, e o objetivo era anexar o Paraguai e o Uruguai à Confederação Argentina por meio das armas. A ameaça sinalizava maior atenção, pois indicava uma possível tentativa de reunificação do Vice-Reino do Rio da Prata, bem como o isolamento do Brasil na América do Sul, que ficaria fragilizado, podendo ser a próxima vítima do expansionismo territorial rosista, o qual tinha interesse na Banda Oriental do Uruguai, incluindo-se a região Sul do Brasil (FERREIRA, 2013, p. 131 e 136; DORATIOTO, 2012, p. 32-33).

Logo que Paulino reassumiu a pasta dos Negócios Estrangeiros, em 1849, deu início a um processo de afastamento com a Confederação Argentina; o governo brasileiro rompeu com Manuel Oribe, desconhecendo sua ocupação militar a Montevideú por meio de tropas argentinas com base em Cerrito. Paulino concluiu que as arbitrariedades de Rosas, principalmente no que se referia ao bloqueio naval às embarcações brasileiras, sinalizavam um prejuízo expressivo para o Brasil, e prosseguiu a neutralidade no tocante ao estabelecimento de vínculos com Buenos Aires (TORRES, 2011, p. 75; FERREIRA, 2013, p. 138).

Assim, o ministro dos Negócios Estrangeiros do Império do Brasil, Paulino, arregimentou esforços, buscando laços com outros desafetos do governo portenho, como o Paraguai, o Uruguai e os governos das províncias litorâneas de Buenos Aires, cuja representatividade maior era protagonizada pelo governador de Entre Rios, Justo José de Urquiza, com intuito de se fortalecer para o embate contra Rosas. Por outro lado, também agilizava a publicação da Lei Eusébio de Queiroz, que proibia o tráfico de escravos para o Brasil, questão há muito discutida com a Inglaterra e que exigia providências efetivas, pois só dessa maneira poderia resguardar-se de eventual interferência inglesa sob suas ações no Prata (TORRES, 2011, p. 85).

A proximidade das fronteiras sul-americanas da Argentina, do Paraguai, do Uruguai e do Brasil com a Bacia Platina justifica o interesse e a necessidade de os países vizinhos se relacionarem comercialmente por meio da livre navegação dos rios, de forma que as ameaças de Rosas à possibilidade almejada não teria a menor chance de prevalecer em detrimento dos demais. Assim, o Brasil patrocinou e comandou a derrocada de Rosas por meio da invasão operada com sucesso pelos membros da Tríplice Aliança (Entre Rios, Brasil e Montevideú) que ocorreu em 1852 (LYNCH, 2009, p. 661).

Ainda que se observem, historicamente, as inúmeras vantagens que o Brasil Império amealhou do protagonismo na pacificação do Prata, não se pode afastar que o governo imperial teve participação efetiva no restabelecimento da democracia

uruguaia e argentina, e lutado, mesmo que estrategicamente, pelo reconhecimento da independência do Paraguai, fato que culminou na constatação desses países pela necessidade de estabelecer laços com o governo brasileiro. Esses vínculos remontam a diversos tratados celebrados a partir da segunda metade do século XIX, cuja importância não dispensa um relato dos que logo sucederam ao momento de pacificação na Bacia Platina:

1) Tratado de Comércio e Navegação, Tratado de Limites e Tratado de Aliança, todos celebrados em 12 de outubro de 1851, entre o Império do Brasil e a República Oriental do Uruguai;

2) Tratado de Amizade, Comércio e Navegação, celebrado em 7 de março de 1856, entre o Império do Brasil e a Confederação Argentina;

3) Tratado de Amizade, Navegação e Comércio, bem como a Convenção de Limites, ambos celebrados em 6 de abril de 1856, entre o Império do Brasil e a República do Paraguai (BRASIL. Ministério das Relações Exteriores, 2015, *online*).

É sobretudo importante assinalar que, além desses tratados sobre comércio, navegação, amizade e limites, muitos outros foram celebrados até o final do século XIX, tanto com os países em comento quanto com outros sul-americanos, como Peru, Bolívia e Chile. Cumpre observar que todos esses tratados já faziam referência à livre circulação de pessoas, de mercadorias, de capital e à livre concorrência.

Tendo em vista os argumentos expostos, não há como desprezar o fato de que a diplomacia exercida pelo ministro Paulino Soares foi fundamental para que o Brasil se tornasse o precursor dos acordos bilaterais entre os países sul-americanos, viabilizando o estreitamento de laços diplomáticos entre eles. Paulino calculou estrategicamente cada passo que daria na busca da solução do conflito platino, que, segundo TORRES (2011, p. 76) era: levar em consideração a presença que Inglaterra e França significavam na região, para que no momento oportuno pudesse dar cabo ao seu projeto político no local sem maiores problemas; tomar providências que colocassem termo no tráfico de escravos, tema que causava forte pressão inglesa sobre o Império e que tinha se tornado inadiável.

Dessa forma, após ter cessado o bloqueio portuário de Buenos Aires pela Inglaterra e França, ocorrido de 1845 a 1847, com o objetivo de conter as arbitrariedades de Rosas no controle da navegação dos rios da Bacia platina, bloqueio que interferia no comércio desses países na região, a Inglaterra resolveu entrar em acordo com referido ditador, tendo a França permanecido, até 1948, no bloqueio e logo depois se afastado. Nesse cenário, viu o Brasil a oportunidade de pôr em ação seu plano de pacificação da Bacia do Prata.

Os ingleses chegaram a propor uma aliança com Urquiza contra Buenos Aires, mas isso não rendeu ações concretas e o Brasil resolveu financiar total apoio militar ao governo de Entre Rios, que decidiu romper com Rosas, propiciando o sucesso do plano brasileiro, conforme assinala Lynch (2009, p. 660):

O Brasil tinha suas próprias contas a acertar com Rosas. Determinado a impedir que os satélites de Buenos Aires começassem a entrincheirar-se no Uruguai e no litoral e ansioso por garantir a livre navegação do complexo fluvial do Mato Grosso para o mar, o Brasil estava pronto a agir contra o “imperialismo” de Rosas, ou talvez tenha sido impelido a fazê-lo por seu próprio imperialismo.

Era notório o interesse do Brasil em busca da deposição de Juan Manoel de Rosas, tendo em vista o fato de a região do Prata ser estratégica.

1.3 As ações autocráticas do argentino Rosas e a impossibilidade de avanços à integração

O período de instabilidade política vivido pela Argentina, na década de 1820, tinha de um lado os unitários, como Bernardino Rivadavia, defensores da centralização da Argentina e, de outro lado, os federalistas (caudilhos). Rivadavia, além de ter sido o primeiro presidente da Argentina, foi ministro de governo da Província de Buenos Aires nomeado pelo então governador Martín Rodríguez.

As ações perpetradas por Rosas na Argentina eram ligadas à expansão da economia, por meio do livre comércio, da distribuição de terras, construção de infraestrutura e, sobretudo, uma política unitária. A unificação da Confederação Argentina, que queria Rivadavia, não interessava a Rosas nem aos seus colegas estancieiros, que comandavam a economia do país, além de representarem uma ameaça à manutenção de sua hegemonia. Assim, por conveniência, Rosas e seus aliados estancieiros se juntaram a Manuel Dorrego, líder dos federalistas. Diante da pressão organizada, Rivadavia renunciou e Dorrego assumiu em 1827. Um ano depois, Dorrego foi deposto por Juan Lavalle, que tentou restabelecer os ideais de Rivadavia, mas que, após condenar Dorrego à morte, perdeu o apoio político de maneira geral e Rosas se viu diante de uma grande oportunidade de assumir o poder, posto o cenário de anarquia e instabilidade que ressurgia. Assim, Rosas, com a maior parte do apoio popular e dos estancieiros, se elegeu governador da província de Buenos Aires em 1829, com poderes ditatoriais (LYNCH, 2009, p. 635-652).

Rosas, além de apegado ao trabalho de suas estâncias, acumulou muitas terras e foi o precursor da atividade agropecuária da sua região, um habilidoso comandante miliciano, cuja experiência o favoreceu enormemente na ascensão política. Ele se dizia federalista, embora na verdade fosse centralizador ao extremo. Sua política se baseou na expansão territorial, tendo inicialmente contado com a participação dos milicianos e, tempos depois, com o próprio exército oficial, que já era dominado por ele. Um fato relevante é que as terras eram repartidas entre esses militares e os políticos que o apoiavam, em sua maioria estancieiros, os quais davam o apoio necessário para a continuidade de seu governo. Como o Estado não possuía muitos recursos, a doação de terras virou moeda de troca e pagamento de salários aos militares. Os políticos, por outro lado, não aprovavam qualquer medida de Rosas que visasse tributar suas terras e suas rendas (LYNCH, 2009, p. 645-649).

O tirano Rosas manteve seu governo por duas décadas. Inicialmente, de 1829 a 1833, tendo voltado em 1835 e permanecido até 1852, manteve sempre as estâncias como a base de sua força miliciana e econômica. Seus poderes eram absolutos e controlava os poderes legislativo e judiciário, todos tinham uma espécie de ‘débito’ para com ele nas questões de doação e posse de terras, e, portanto, estavam submissos às suas ordens. Com o intuito de evitar a formação de resistência a seu governo, Rosas buscava fortalecer, cada vez mais, seu aparato militar, uma vez que já exercia o domínio sobre o território argentino, essa era sua maneira mais autêntica de controle e subordinação da população. (LYNCH, 2009, p. 652-653).

A Argentina, em si, não era a princípio governada pelo ditador portenho, cada província tinha seu próprio governo, mas, aos poucos, Rosas influenciou alguns e depôs outros, com o propósito de evitar a resistência e estabelecer uma política econômica de reconhecimento nacional e alcance internacional. Ainda assim, seu interesse maior era nas províncias litorâneas,⁷ como Santa Fé, Corrientes e Entre Rios, que, paulatinamente, acabou por dominar (LYNCH, 2009, p. 656-657).

Em 1838, o Presidente da República Oriental do Uruguai, Manuel Oribe, aliado de Rosas, foi deposto por Fructuoso Rivera. Rosas então passou a apoiá-lo na tentativa de retomada do poder, colocando à sua disposição tropas argentinas que ocuparam parte da República Oriental de 1843 a 1851. É claro que o interesse de Rosas nesse apoio era manter sob o seu domínio o território uruguaio, para a satisfação dos seus interesses. (LYNCH, 2009, p. 658).

Rosas era conhecido por usar a força para dominar as províncias do interior, porém, isso não acontecia com as do litoral, as quais formavam resistência a ele, e não se submetiam às suas ordens, devido à situação de extrema desigualdade com que eram tratadas em relação à província de Buenos Aires. Estava-se diante de uma zona econômica muito importante, a do litoral, que interessava não só aos provincianos, mas aos estrangeiros, especialmente ao Brasil, à França e à Inglaterra. Esses países desejavam estabelecer o comércio por meio da navegação pelo acesso dos portos fluviais dos rios Paraná e Uruguai, os quais eram proibidos e bloqueados à navegação para as províncias litorâneas. Somente Buenos Aires poderia fazê-lo. Além disso, as províncias do litoral aspiravam pela divisão das rendas alfandegárias e por sua independência. (LYNCH, 2009, p. 660).

1.4 Desdobramentos das ações de Rosas favoráveis ao Brasil

Segundo John Lynch (2009, p. 629) ao demonstrar geograficamente que a proximidade das fronteiras sul-americanas da Argentina, do Paraguai, do Uruguai e do Brasil com a Bacia Platina justificava o interesse e a necessidade de os países vizinhos se relacionarem comercialmente, por meio da livre navegação dos rios, as ameaças de Rosas à possibilidade almejada não teria a menor chance de prevalecer em detrimento dos demais. Assim, em contraponto às ações de Rosas, o Brasil

7 Como já referido, o conceito de litoral para a Argentina abrange os grandes rios da Bacia Platina e seus afluentes, sendo consideradas litorâneas as províncias de Santa Fé e Corrientes, entre outras.

patrocinou e comandou a sua derrocada por meio da invasão operada com sucesso pelos membros da Tríplice Aliança (Entre Rios, Brasil e Montevidéu) que ocorreu em 1852 (LYNCH, 2009, p. 661).

Diante desse cenário, o Império do Brasil buscava uma garantia de que o estado do Mato Grosso iria ter livre acesso às águas que cortavam o território argentino sem ficar à mercê da aquiescência de Rosas, levando-se em conta que o fortalecimento desse ditador era um alerta para as questões de integridade territorial brasileira, conforme sua localização nas adjacências do palco propício para a guerra com visível ameaça de invasão.

Dessa feita, o Brasil comandou o patrocínio da derrocada de Rosas, conforme Lynch (2009, p. 661):

[...] numa aliança financiada por dinheiro brasileiro e por forças navais suficientes para fazer a balança pender contra Rosas. O ditador viu-se assim confrontado não de dentro para fora, mas de fora, pela Tríplice Aliança de Entre Ríos, Brasil e Montevidéu, que entrou em ação em maio de 1851.

O objetivo específico dessa aliança era pacificar o Uruguai, pela retirada das tropas argentinas que apoiavam Manuel Oribe, e propiciar a eleição de um presidente segundo a legislação uruguaia. Assim, a tríplice aliança seguiu com seu primeiro ato e não tardou que, no final de 1851, Oribe cedesse ao exército de Urquiza, colocando-se um ponto final nessa guerra dentro do Uruguai. Os países que tinham interesse no comércio com a Argentina também já estavam saturados das atitudes despóticas de Rosas, e o Brasil, estrategicamente, agiu no momento mais adequado, arrebatando aliados e salvaguardando seus interesses. (FERREIRA, 2013, p. 140-142; TORRES, 2011, p. 104; LYNCH, 2009, p. 660-661).

Nesse período, a situação para Rosas não era favorável. Seu exército estava desarticulado, havia muita dissidência entre seus pares e ele não mais possuía o apoio da sociedade. Com a invasão operada pelos membros da Tríplice Aliança, o exército de Rosas fugiu, e ele não recebeu qualquer apoio da população, sendo derrotado em Montes Caseros, em 03 de fevereiro de 1852. Após esse episódio se exilou na Inglaterra. Ademais, foi nesse momento que Urquiza assumiu o governo provisório das províncias da Confederação Argentina (LYNCH, 2009, p. 661 e 665).

A deposição de Rosas representou uma vitória, não só da Tríplice Aliança, mas do povo argentino ao se libertar de um ditador, que não trouxera qualquer contribuição em benefício da coletividade e do desenvolvimento da província, ou da Confederação argentina.

2 O AVANÇO DA INTEGRAÇÃO NO BRASIL ENTRE OS ANOS 1950 A 1990

Os primeiros laços diplomáticos do Brasil com a América do Sul, entretanto, somente serão retomados, com intensidade, eficácia e tendência de

aprofundamento, um século depois,⁸ quando o então Presidente Juscelino Kubitschek (1956-1961) lança a Operação Pan-americana, em 1958, cujos objetivos são assim expressos nas palavras de San Tiago Dantas (2011, p. 24):

[...] foi marcada pela substituição das reivindicações bilaterais pelas multilaterais, animada pela ideia de que as nações latino-americanas em vez de procurarem solução isolada para os seus problemas internos de estrutura, deviam promover uma ação conjugada que permitisse o atendimento dos problemas da área. Foi a fase da operação Pan-americana. [...] pretendeu-se substituir o bilateralismo pelo multilateralismo, ficando, porém, os objetivos circunscritos ao financiamento de projetos de natureza essencialmente econômica [...].

Tal tentativa de aproximação teve por objetivo combater o subdesenvolvimento e a pobreza que assolavam os países latino-americanos pós-Segunda Guerra e que, conseqüentemente, terminariam abalando seus regimes democráticos com a influência comunista. Aliás, foi o motivo determinante para que os Estados Unidos apoiassem a organização.

Embora a Operação Pan-americana não tenha logrado resultados efetivos, abriu caminho para a criação do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID),⁹ em 1959, e da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC),¹⁰ em 1960. Quanto à ALALC, sobre a qual se discorre mais adiante, Dantas (2011, p. 15) já observava:

O Brasil deu à Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), nascida no tratado de Montevideú, apoio irrestrito, e graças também ao que lhe deram outros países, pôde desenvolver-se, em 1962, a Zona de Livre Comércio, em que vemos o germe do futuro Mercado Comum Latino-Americano.

A identidade regional que começou a se afirmar com a criação da ALALC significou grande esforço do governo Kubitschek e muito engajamento de seus chanceleres, cuja representação de San Tiago Dantas foi fundamental. Não mediu esforços pela afirmação do protagonismo do Brasil no continente sul-americano e pela autonomia brasileira tão censurada pelos Estados Unidos. A emancipação do

8 Não se pode olvidar, entretanto, que o Pacto do ABC idealizado pelo Barão do Rio Branco, envolvendo a Argentina, o Brasil e o Chile, com o escopo de manter a paz entre os países sul-americanos, cuja negociação se deu em 1915, pode ser considerado como um dos pioneiros passos em direção à futura associação multilateral na América do Sul, embora tenha fracassado devido à ausência de ratificação desses Estados. Pertinente, ainda, ressaltar que o Pacto do ABC foi retomado no governo do Presidente Vargas (1951-1954), mas com outro viés, o de constituir uma união aduaneira entre Argentina, Brasil e Chile. Contudo, não logrou êxito devido à forte influência norte-americana contra esse alinhamento.

9 Principal fonte de financiamento para o desenvolvimento da América Latina e do Caribe.

10 Representou a primeira tentativa de instauração de uma área de livre comércio com o fito de estabelecer, no prazo máximo de doze anos, um Mercado Comum na América Latina. Seus membros originários eram: Argentina, Brasil, Chile, México, Peru, Paraguai e Uruguai. Mais tarde, em 1970, também aderiram: Colômbia, Bolívia, Equador e Venezuela. Fracassou por diversos motivos, dentre eles, a falta de flexibilidade de suas disposições e a instauração dos regimes ditatoriais.

Brasil pela expansão industrial e da cooperação com os latino-americanos, com vistas à instituição de uma zona de livre comércio, foi prioridade desse governo.

De 1902 a 1961, a preferência brasileira nas relações internacionais era voltada para o eixo Norte-Sul (EUA-Brasil), em busca de um alinhamento político e econômico como forma de demonstrar capacidade de influência e obtenção de pioneirismo na América do Sul no processo de industrialização por meio de investimentos estrangeiros (PECEQUILO, 2012, p. 202).

Tanto no governo de Jânio Quadros (1961) quanto no governo de João Goulart (1961-1964), a estratégia adotada para as relações internacionais fundamentava-se na PEI – Política Externa Independente,¹¹ mais uma vez com a colaboração de San Tiago Dantas, cuja meta era alavancar as relações no sentido de criar parcerias em nível global, por meio de acordos multilaterais, mas agora com vistas a abranger também o eixo Sul-Sul.

Houve, contudo, a interrupção pelo regime militar (1964-1985) das ações anteriormente relatadas. A política inicial marcada pelo governo do Marechal Castelo Branco (1964-1967) retroagiu para a fixação de relações com o eixo Norte-Sul, ou seja, nos moldes dos interesses norte-americanos, voltados para a priorização das relações do Brasil com os EUA. Entretanto, em 1966, o interesse na cooperação em matéria de recursos hídricos com o eixo Sul-Sul levou à assinatura da Ata do Iguaçu (1966), por representantes do Brasil e do Paraguai, autorizando a realização de estudos para viabilizar futura construção de usina hidrelétrica, Itaipu.

Quando o Marechal Costa e Silva assume o poder (1967-1969), a conduta do governo Castelo Branco, voltada para a preferência de relações com os norte-americanos, é suplantada e retoma-se o trabalho em prol da autonomia brasileira, com a realização de projetos direcionados ao desenvolvimento da indústria e à abertura do país para relações multilaterais que ultrapassem o eixo Norte-Sul e que tornem a abarcar a América Latina como um parceiro necessário (PECEQUILO, 2012, p. 206-207).

Na gestão do General Médici (1969-1974) mantém-se a mesma linha de trabalho desenvolvimentista do governo anterior e sua expansão. Para tanto, as relações com os EUA são preservadas, com intuito de priorizar o progresso da indústria, a inserção internacional e a abertura multilateral, bem como as relações de cooperação com a América Latina são reafirmadas. Um marco é a celebração do Tratado de Itaipu (1973) entre Brasil e Paraguai, com vistas ao aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná, o qual pertence aos dois países em condomínio (PECEQUILO, 2012, p. 207).

Com a ascensão do General Ernesto Geisel (1974-1979), a posição do Brasil revelou-se consolidada no cenário internacional, dadas as intensas articulações dos dois últimos governos. As relações multilaterais brasileiras, conforme Pecequilo

¹¹ A Política Externa Independente refletiu a autonomia brasileira em suas relações internacionais diante do mundo bipolar, justificando a necessidade de manutenção da democracia pela emancipação econômica e social. Dessa forma, sem se contaminar com as diferentes posições ideológicas, o Brasil buscava relacionar-se, comercialmente, tanto com países capitalistas quanto com socialistas.

(2012, p. 209), tinham avançado para todos os eixos do globo e a parceria com a América Latina resultou em mais um avanço, agora voltado para a América do Sul, que foi a celebração, em 1978, do Tratado de Cooperação Amazônica, focado, sobretudo, no desenvolvimento regional. Os Estados signatários desse Tratado foram: Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela.

No último governo ditatorial, o Presidente General João Figueiredo (1979-1985) assume o país em meio a um período de forte crise econômica regional, dívida externa, hiperinflação, tensão nas relações com os Estados Unidos, que não aceitavam a promissora inserção internacional do Brasil. Contudo, buscou preservar os vínculos construídos até aquele momento, e, ainda, impulsionou as relações no espaço sul-americano, pela construção da confiança no Brasil, no ambiente regional, que ainda era frágil, e que pôde ser observada pelo apoio à Argentina na Guerra das Malvinas, pela assinatura do Acordo Tripartite entre Argentina, Brasil e Paraguai, que “permitiu compatibilizar as cotas das represas hidroelétricas de Itaipu e Corpus” (BAUMANN, 2001, p. 22). Firmou o Acordo de Cooperação para o Desenvolvimento e Aplicação dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear (1980) entre Brasil e Argentina e, ainda, ratificou o Tratado de Montevideu (1980), que substituiu a ALALC pela ALADI.¹²

Foi nesse período também que se buscou fortalecer a ideia de construção de um processo o de integração mais amplo e em torno de bases políticas, científicas e culturais entre países da região conforme relata Candotti (*Revista Ciencia Hoy*, 2017):

Los gobiernos, en el Brasil y en la Argentina, procuraban nuevas formas de aproximación política y cultural. Hacia poco tiempo que había sido creada la escuela binacional de informática y estaba naciendo la de biotecnología. Los planes de estabilización económica eran debatidos conjuntamente por los economistas de los dos países. La educación, la planificación y la política industrial preocupaban a los equipos de gobierno. Hasta la política nuclear era tema de entendimiento.

Acrescentava Candotti:

Nosotros los científicos pensábamos, nuevamente, en la América Latina como una región con historia, con ambientes y con destinos comunes. Estaba claro para nosotros que participábamos de un programa de cooperación política más amplio, en el cual queríamos incluir la ciencia y la tecnología mismo que la aproximación entre el Brasil y la Argentina sería lenta, particularmente en las políticas científicas y educacionales.

Ainda segundo Candotti, a reunião da SPBC ocorrida em julho de 1990, foi dedicada à cooperação científica entre países do Cone Sul.

12 A substituição da ALALC pela ALADI representou a necessidade de avançar no processo de integração Latino-Americano. Também corrigiu distorções do Tratado anterior ao flexibilizar as negociações. Seus membros são: Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Cuba, Equador, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

La SBPC y el Foro de Sociedades Científicas Argentinas propusieron a las otras sociedades científicas latinoamericanas, que estaban presentes, la creación de una Fundación para el apoyo a la investigación y la cooperación científica en la región, y también promover la circulación de investigadores y la divulgación de la ciencia.

Sin embargo, la historia de nuestros países en los años 1990 prefirió caminar al costado de los programas con los que nos identificábamos. Procuraron integrarse en el mundo por la sola vía de la apertura comercial y financiera. El precio social fue muy grande. El ciclo parece agotado. Se reabren las discusiones sobre las políticas de producción industrial y de tecnología. Importar todo y exportar granos, naranja y minerales, comprobaron, es de hecho insostenible. Así todos los esfuerzos fueron solamente una imagen de poesía. (CANDOTTI, 2017).

De todo modo, com o fim do regime ditatorial, iniciou-se uma nova etapa no continente Sul-americano. No Brasil, foi eleito, diante de um novo regime democrático, o Presidente Tancredo Neves no ano de 1985, vindo ele a falecer antes de assumir o mandato e, por isso, seu substituto, o Vice-Presidente José Sarney, assumiu e governou de março de 1985 a março de 1990.

Em que pese o retrocesso econômico e político vivenciado no período do Presidente João Figueiredo a Sarney, sem falar nas pressões americanas e suas retaliações ao comércio brasileiro que perduraram, o novo governo buscou não só manter, mas aperfeiçoar as relações com os países do Cone Sul. Numa conjuntura em que a Guerra Fria chegava ao fim, com cenários econômicos completamente abalados no espaço sul-americano, o Brasil precisava se reerguer e voltar a se afirmar no continente.

De um modo geral, com a redemocratização operada em países na América do Sul, constituídos os governos do Brasil e da Argentina, presididos, respectivamente, por José Sarney (15 de março de 1985 a 15 de março de 1990) e Raúl Alfonsín (10 de dezembro de 1983 a 08 de julho de 1989), dá-se início à aproximação no plano político-econômico. Para tanto, celebram a Declaração de Iguazu, em 1985, no sentido de impulsionar a integração de ambos os países. No ano seguinte, 1986, foi firmada a Ata para a Integração Brasileiro-Argentina, a qual instituiu o Programa de Integração e Cooperação Econômica – PICE, cujos princípios, mais tarde, norteariam o tratado constitutivo do Mercosul.

Em 1988, ambos os países assinaram o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento,¹³ visando à criação de uma área econômica comum num prazo de dez anos, a qual, mediante a Ata de Buenos Aires de 1990, ficou datada para início em janeiro de 1995. Tais documentos foram todos consolidados no Acordo de Complementação Econômica 14, assinado por Brasil e Argentina, no âmbito da

13 Esse acordo foi celebrado logo após a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro 1988, que passou a prever, em seu texto no art. 4º, parágrafo único, a integração e a formação de uma comunidade latino-americana de nações.

ALADI, instituída em 1980, o qual acabaria por servir de base para as negociações do Tratado de Assunção. De tal modo, Paraguai e Uruguai, reagindo à aproximação argentino-brasileira e receando um provável isolamento econômico na região, decidem aproximar-se do acordo bilateral.

No ano de 1990, Fernando Collor assume a Presidência do Brasil e ao lado de Carlos Menem, Presidente da Argentina, ambos com posições neoliberais, agilizam a instituição do Mercosul, primeiro com a celebração da Ata de Buenos Aires, em 1990, entre os dois países, a qual simbolizou o interesse na integração para a modernização de suas economias. Posteriormente, foi celebrado o Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, firmado na cidade de Assunção, Paraguai, o tratado constitutivo do Mercado Comum do Sul – Mercosul.

Quatro foram os membros originários fundadores do Mercosul: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, cuja estrutura contava ainda com a participação dos seguintes países na condição de associados (sem direito a voto): Chile, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru.

3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA INTEGRAÇÃO NO BRASIL E O ART. 4º DA CRFB/1988

Muitos foram os passos percorridos pelo Brasil até alcançar a integração regional em seu aspecto formal, em 1991. A afirmação pode ser corroborada pela análise histórica dos eventos ocorridos desde o período imperial, através da atuação diplomática de Paulino José Soares de Sousa a partir de 1843, período em que se iniciou o processo de cooperação que, na sequência, resultou na integração de fato, perdurando até a consolidação da integração de direito, autorizada conforme previsão constitucional brasileira de 1988, em seu artigo 4º, parágrafo único, a qual deu origem, em 1991, pelo Tratado do Assunção, ao modelo mais avançado de integração do qual o Brasil faz parte, o Mercosul.

3.1 A não formalização da integração nas constituições de 1824 a 1969

Ao analisar as constituições brasileiras, desde a pioneira de 1824 até a atual de 1988, nota-se gradativa evolução na abertura do país para as relações internacionais, ponto de partida para a aproximação interestatal dos vizinhos sul-americanos com vistas ao interesse inicialmente exclusivo de fortalecimento de seus mercados no cenário mundial, conforme pode se observar no Quadro 1.

Entretanto, não é possível constatar a formalização da integração em nenhum dos vários textos constitucionais brasileiros, até o ano de 1969, muito embora, como já foi dito, tal processo de integração tenha se iniciado no Brasil pelas articulações feitas pelo Visconde do Uruguai ainda no período imperial.

Quadro 1 – Evolução dos Dispositivos Constitucionais nas Relações Internacionais do Brasil entre 1824 e 1988

Índice Cronológico das Constituições Brasileiras	Evolução dos Dispositivos Constitucionais nas Relações Internacionais do Brasil 1824-1988
1824 – <i>Constituição Política do Império do Brasil</i>	Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principais atribuições: VIII. Fazer Tratados de Aliança ofensiva, e defensiva, de Subsídio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado permittirem. Se os Tratados concluidos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Território do Imperio, ou de Possessões, a que o Imperio tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral.
1891– <i>Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil</i>	Art. 48 – Compete privativamente ao Presidente da República: 14º) manter as relações com os Estados estrangeiros; 16º) entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre <i>ad referendum</i> do Congresso, e aprovar os que os Estados, celebrarem na conformidade do art. 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso.
1934 - <i>Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil</i>	Art. 56 – Compete privativamente ao Presidente da República: § 5º) manter relações com os Estados estrangeiros;
1937– <i>Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil</i>	Art. 74 – Compete privativamente ao Presidente da República: e) manter relações com os Estados estrangeiros;
1946– <i>Constituição dos Estados Unidos do Brasil</i>	Art. 87 – Compete privativamente ao Presidente da República: VI – manter relações com Estados estrangeiros;
1967– <i>Constituição da</i>	Art. 83 – Compete privativamente ao Presidente: VII – manter relações com Estados estrangeiros;

<i>República Federativa do Brasil</i>	
1969– <i>Constituição da República Federativa do Brasil</i>	Art. 81 – Compete exclusivamente ao Presidente da República: X – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, <i>ad referendum</i> do Congresso Nacional;
1988 – <i>Constituição da República Federativa do Brasil</i>	Art. 4º – A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...].

Fonte: Constituições brasileiras de 1824 a 1988 (BRASIL, 2017, *online*). (Dados organizados pelos autores).

O Quadro 1, portanto, revela a formalização da evolução das relações internacionais do Brasil inseridas no plano constitucional, nos textos das constituições de 1824 até 1988. Os artigos em destaque até o ano de 1969 representam o conjunto de todas as previsões constitucionais possíveis acerca da atuação do Brasil nas suas relações com outros países.

Com base nos dados acima identificados, é possível concluir que, apesar das intenções brasileiras claramente postas no contexto de sua política externa com os vizinhos latino-americanos, com claro interesse no processo integração regional, somente com a Constituição de 1988 é que se implementa em seu texto a previsão constitucional que veio a formalizar a possibilidade de integração.

3.2 O art. 4º da CRFB/1988 e a integração do Brasil ao Mercosul

A inserção no texto constitucional de dispositivo que descreve as relações internacionais do Brasil foi fruto de muita discussão na Assembleia Nacional Constituinte, entre os anos 1987/1988, e se deu numa vertente em que se resgatava o desenvolvimentismo discutido ainda no período cepalino, lastreado nas ideias de Celso Furtado. Esse cenário, conforme Moraes (2011), caracteriza-se como uma das conjunturas mais cruciais e desafiadoras da história constitucional brasileira. Para esse autor (2011, p. 36), a respeito desse período dos anos 1987/1988, “é relevante

observar a sua dinâmica que permitira a formação da ‘Constituição econômica’ e como se dera a dialética da construção de um texto constitucional com afinidades eletivas decididas em relação ao Estado desenvolvimentista e às suas potencialidades, possibilidades e desafios”.

Em 26 de setembro de 1987, sob a presidência do Senador Afonso Arinos de Melo Franco e através dos esforços do Deputado Federal Marcondes Gadelha, foi aprovado o destaque nº 7.852/87, que previa a integração latino-americana, o qual resultou na inclusão do atual parágrafo único do artigo 4º da CRFB/1988. Dentre seus argumentos em prol da aprovação, convém mencionar os seguintes:

A América Latina, neste momento, tem que conjugar todas as suas forças e todas as suas identidades, no sentido de formar um forte conjunto, um mercado comum latino-americano, e muito mais do que isso, Sr. Presidente, uma entidade nova, composta de uma cultura única, de objetivos e propósitos únicos no campo econômico, no campo político, no campo social e no campo cultural. Neste momento, a causa da integração tem feito avanços extraordinários. Temos visto a discussão entre chefes de Estado no Cone Sul, a respeito de problemas comuns, postos pelo endividamento externo, mas, sobretudo, pelo desafio do desenvolvimento no campo científico, tecnológico, em verdade, o calcanhar de Aquiles desta enorme comunidade. [...] resultará, tenho certeza, futuramente, uma verdadeira confederação de povos latino-americanos, unidos num só ideal de paz, de prosperidade, de bem-estar social e de entendimento para a humanidade (BRASIL. Senado Federal, 1987, p. 112-113).

Tratava-se, portanto, de uma necessidade que havia se tornado inadiável, diante da fragilizada situação econômica e política dos estados da América-Latina e dos acordos de cooperação tendentes à integração que já estavam em curso. Os argumentos do Deputado Gadelha revelam a imprescindibilidade da aproximação latino-americana diante da precariedade das pautas de base desses Estados.

Insta salientar, ainda, que a integração por motivos exclusivamente econômicos, que é a ideia inicial da qual parte o conceito de integração, se mostra mais abrangente e com uma visão amadurecida sobre a realidade que vai muito além da restrita questão comercial e abrange as esferas política, cultural e social.

Com a entrada em vigor desse dispositivo constitucional (art. 4º, parágrafo único e também do inciso IX), o Mercosul, que já vinha sendo ensaiado e idealizado, torna-se uma possibilidade com respaldo legal e se concretiza em 1991 pelo Tratado de Assunção. Foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 197/1991 e, em seguida, promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto Executivo nº 350/1991. O objetivo principal do Mercosul é estabelecer um mercado comum na região sul-americana entre os seus signatários por meio das medidas previstas no artigo primeiro do Tratado de Assunção:

Esse Mercado Comum implica:

A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e

restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e qualquer outra medida de efeito equivalente (BRASIL. Ministério das Relações Exteriores, 1991, *online*).

Ademais, prevê a fixação de uma Tarifa Externa Comum-TEC, a coordenação de políticas macroeconômicas e a harmonização das legislações dos Estados Partes, tudo isso com o fito de fortalecer a integração. Tem-se, portanto, um tratado firmado no âmbito internacional com outros países, autorizado pelo artigo 4º, parágrafo único, dispositivo esse, no que tange à doutrina, explica Dallari (1994, p. 183): “Mais do que um princípio genérico normatizador da postura internacional do Brasil, uma condição de simples regra voltada para a explicitação de um objetivo programático almejado pelo nosso país”. Nele, o texto constitucional é claro ao manifestar que primeiro se buscará a integração entre os povos da América Latina, situação em que restringe o assunto ao direito da integração; no entanto, acrescenta que visa à formação de uma comunidade latino-americana e aqui entra em cena a possibilidade também de um direito comunitário.

O MERCOSUL, como processo de integração nasceu nesse contexto, de hegemonia do pensamento neoliberal, basicamente como um projeto de acordo social, de abertura econômica e social, como forma de uma inserção mais competitiva da região, no processo de globalização que progredia na região. Oportuno acrescentar que “a integração é um processo político entre os Estados, buscando reduzir as barreiras antepostas ao comércio recíproco, sendo imprescindíveis mudanças coordenadas em âmbito político, econômico e social nos países envolvidos em referido processo”. (DEL’OLMO, 2011, p. 229).

Nesse contexto, o processo de integração na América do Sul, no caso o intitulado mercado comum do sul – MERCOSUL se deu a partir de 1991, e, nesse cenário consta a formação de um Conselho do Mercado Comum (CMC) e de um Grupo do Mercado Comum (GMC), acrescentada em 1994 com o Protocolo de Ouro Preto,¹⁴ a Comissão Parlamentar Conjunta e o Fórum Consultivo Econômico-social. O Protocolo de Ouro Preto contou com extenso envolvimento do então presidente da República Itamar Franco, tendo como um dos principais articuladores o diplomata José Flávio Sombra Saraiva, institucionalizando assim o processo de integração regional do Brasil supostamente iniciado pelo Visconde do Uruguai.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As interferências de Paulino, enquanto ministro dos Negócios Estrangeiros do Império do Brasil, seja no cenário em que derrotou o uruguaio Manuel Oribe, seja no cenário em que ocorreu declínio do argentino Juan Manuel de Rosas ou mesmo desafiando o referido ditador, na oficialização do reconhecimento da independência do Paraguai, essas interferências resultaram, mais tarde, em acordos de aproximação desses países com o Brasil e resultaram nas primeiras contribuições de cunho integracionista entre países da América do Sul.

¹⁴ O Protocolo de Ouro Preto é um ato adicional ao Tratado de Assunção, que versa sobre a estrutura institucional do MERCOSUL.

Constatou-se dessa forma que a prática diplomática exercida pelo Visconde do Uruguai foi fundamental para que o Brasil se tornasse o precursor dos acordos bilaterais entre os países sul-americanos, viabilizando o estreitamento de laços diplomáticos entre eles, o que viria a fortalecer a construção de um processo de integração do Brasil ao Mercosul, a partir de 1991, ainda no governo de Fernando Collor de Mello.

Nesse sentido, conclui-se que tanto a ideologia da Doutrina Monroe em 1823, quanto a atuação diplomática do Visconde do Uruguai a partir de 1843, somando-se às discussões dos cientistas de países do Cone Sul nos anos 1980 e conduzidas por Candotti contribuíram e deram início ao processo de integração do Brasil, ainda que de fato. E todos esses acontecimentos que compõem a narrativa histórica deste artigo, antecederam a consolidação da integração de direito, autorizada pela Constituição brasileira em 1988 no seu artigo 4º, parágrafo único, o que resultou, em 1991, no surgimento do Tratado de Assunção, materializando o Mercosul, atualmente o modelo mais avançado de integração em que o Brasil é parte.

Hoje, decorridos vinte e seis anos de existência, em 2017 o Mercosul, enquanto ideário constitucional brasileiro, embora não formulado intencionalmente pelo Visconde do Uruguai, nem pelos cientistas sul-americanos que pretendiam um formato diferente de integração para o Brasil, pode ser considerado como um espaço regional de geração de prosperidade, bem-estar e justiça social, engajado com projetos de alcance inter-regional do bloco surgido. Admite-se, também, a existência de desafios para o fortalecimento dessa integração, mas nada que impeça a superação, mais uma vez, pelo diálogo iniciado na pacificação do Rio da Prata, fato que continuará surtindo efeito no aperfeiçoamento das relações internacionais entre Estados Partes do MERCOSUL, agora amparada pela Constituição do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Universidade de São Paulo. **II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina**. 2016. Disponível em: <<https://www.facebook.com/Simp%C3%B3sio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-Am%C3%A9rica-Latina-906247512724894/?fref=ts>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Anais da Assembleia Constituinte**. 1987, p. 112-113. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/sistema.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

BAUMANN, Renato. (Org.). **Mercosul: origens, ganhos, desencontros e perspectivas**. Brasília: IPEA/CEPAL, 2001.

CANDOTTI, Ennio. História de Ciencia Hoy. **Revista Ciencia Hoy** em 10 julho de 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/notes/ciencia-hoy/historia-de-ciencia-hoy-por-ennio-candotti/1822229301136994/>> Acesso em: 29 ago. 2017.

CARVALHO, José Murilo de (Org.). **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. São Paulo: Editora 34, 1999.

CARVALHO, José Murilo de (Org.). **Paulino José Soares de Souza, O Visconde do Uruguai**. São Paulo: Editora 34, 2002.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DANTAS, San Tiago. **Política externa independente**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DORATIOTO, Francisco. A Formação dos Estados Nacionais no Cone Sul. *In*: Arno Wehling e José Vicente de Sá Pimentel. (Orgs.). **A América do Sul e a Integração Regional**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012. p. 19-41.

FERREIRA, Gabriela Nunes. Paulino José Soares de Souza (Visconde do Uruguai):

a construção dos instrumentos da diplomacia brasileira. *In*: José Vicente de Sá Pimentel. (Org.). **Pensamento Diplomático Brasileiro: Formuladores e Agentes da Política Externa (1750-1964)**. Brasília: FUNAG, 2013, v. 1.

LYNCH, John. As repúblicas do Prata da independência à Guerra do Paraguai. *In*: BETHEL, Leslie (Org.). **História da América Latina: da independência até 1870**. São Paulo: EDUSP/FUNAG, 2009.

MERCOSUL. **Protocolo de Ouro Preto**, de 17 de dezembro de 1994. Protocolo adicional ao Tratado de Assunção sobre a estrutura institucional do Mercosul. Disponível em: <<http://200.40.51.219/msweb/principal/contenido.asp>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

MERCOSUL. **Saiba mais sobre o Mercosul**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/index.php/saiba-mais-sobre-o-mercosul>>. Acesso em: 12 out. 2016.

MERCOSUL. **Tratados, Protocolos e Acordos Depositados na Secretaria do Mercosul**, 2012. Disponível em: <http://www.mercosul.int/t_generic.jsp?Contentid=5564&site=1&channel=secretaria>. Acesso em: 16 mai. 2016.

MERCOSUL. **Tratado de Assunção**, de 26 de março de 1991. Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Disponível em: <<http://200.40.51.219/msweb/principal/contenido.asp>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Joaquim José Rodrigues Torres**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/galeria-de-ministros/pasta-imperio-segundo-reinado-dom-pedro-ii/pasta-imperio-segundo-reinado-dom-pedro-ii-ministros/joaquim-jose-rodriques-torres>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Integração Regional, Mercosul**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=686:mercosul&catid=143&lang=pt-BR&Itemid=434>. Acesso em: 02 out. 2016.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Tratado de Aliança entre o Senhor D. Pedro II, Imperador do Brasil, e a Republica Oriental do Uruguay, assinado no Rio de Janeiro em 12 de Outubro de 1851**. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1851/b_29/>. Acesso em: 01 out. 2016.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **1851 – 12 de outubro – Tratado**

de comercio e navegação, concluído e assignado no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1851/b_27/>. Acesso em: 01 out. 2015.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **1856 – 7 de março – Tratado de amizade, comercio e navegação celebrado na cidade do Parana.** Disponível em: < http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1856/b_49/>. Acesso em: 01 out. 2016.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Tratado de Amizade, Navegação, e Comercio entre o Senhor D. Pedro II Imperador do Brasil, e a Republica do Paraguay, assinado no Rio de Janeiro em 6 de Abril de 1856.** Disponível em: < http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1856/b_50/>. Acesso em: 01 out. 2016.

MORAES, Filomeno. *Constituição econômica brasileira: história e política.* Curitiba: Juruá, 2011.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Manual do candidato:** política internacional. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2012.

SARAIVA, José Flávio S. **O Brasil e a integração hemisférica:** vertente histórica. Rev Em Aberto, Brasília, ano 15, n.68, out./dez. 1995.

TORRES, Miguel Gustavo de Paiva. **O Visconde de Uruguai e sua ação diplomática para a consolidação da política externa do império.** Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

Recebido em 13.07.2017

Aceito em 19.10.2017

PODER E VIOLÊNCIA EM ABORDAGEM FOUCAULTIANA: REFLEXÕES SOBRE A PRODUÇÃO DA VERDADE JURÍDICA

POWER AND VIOLENCE IN FOUCAULDIAN APPROACH: REFLECTIONS ON THE PRODUCTION OF LEGAL TRUTH

Andrezza Ribeiro de Sousa¹
Fernanda Telles Márques²

Sumário: Considerações iniciais. 1 O poder em Foucault. 2 Poder e violência como formas de governmento. 3 Relação saber-poder. 4 A confissão como produção social da verdade, no seio estatal. Considerações finais. Referências.

Resumo: O artigo propõe uma reflexão sobre as categorias poder e violência em suas relações com a produção da verdade jurídica, segundo a concepção foucaultiana. Trata-se de um estudo teórico, no qual aspectos pontuais da obra do filósofo francês são discutidos em interlocução com o fenômeno jurídico. Como resultados, constata-se que o uso banalizado da noção de violência em associação apressada a quaisquer manifestações de poder favorece o entendimento equivocado de que a conflitividade se traduz sempre em força repressora. Neste sentido, observa-se que, para Foucault, o poder exercido pelos Entes Estatais gera um efeito molar, uma resistência em seus subordinados. Ao final, pondera-se que saber onde, como, quando e o modo como esse processo de seleção ocorre seja importante, especialmente no ramo do Direito, onde questões que são consequências diretas destas escolhas são tratadas diária e continuamente.

Palavras-chave: Relação de poder. Violência. Verdade jurídica. Analítica Foucaultiana.

Abstract: The article proposes a reflection on the categories power and violence in their relationship with the production of legal truth, according to Foucault's conception. This is a theoretical study in which specific aspects of the French philosopher work are discussed in dialogue with the legal phenomenon. As a result, the trivialized use of the notion of violence in a hasty association to any manifestations of power favors the misunderstanding that the conflict always translates into repressing force. In this sense, it is observed that, for Foucault, the power exercised by the State Entities generates a molar effect, a resistance in their subordinates. Finally, it considers that knowing where, how, and when this selection process occurs is important, especially in the branch of law, where questions that are direct consequences of these choices are handled daily and continuously.

Keywords: Power relationship. Violence Legal truth. Foucault's analytics.

1 Acadêmica da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. E-mail: souza_andrezza@hotmail.com

2 Doutora em Sociologia pela UNESP de Araraquara, com Pós-doutorado em Estudos Culturais pela UFRJ. Professora do PPGE-UNIUBE. E-mail: fernanda.marques@uniube.br

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Embora poder e violência não tenham sido focos das pesquisas de Michel Foucault (1926-1984), é inegável que o filósofo francês dedicou muito de sua obra a refletir sobre o tema. Isso permitiu que contribuísse com uma visão original sobre o assunto, em especial das relações de poder. Contudo, poder e violência não se confundem na teoria Foucaultiana. Enquanto as relações de poder podem conduzir o indivíduo, por meio de discursos de verdade e regras estabelecidas pela sociedade, tornando-o sujeito de modo discricionário, a violência, por sua vez, acontece quando esse mesmo indivíduo deixa de ser considerado como sujeito.

Em uma de suas obras mais populares, *Vigiar e Punir*, Foucault (2010) afirma que o poder, em si, não existe – senão como relação em que se tenta estabelecer determinadas regras de dominação. Com isso, assevera que o poder não é um objeto natural, mas uma prática social construída historicamente; e recomenda, assim, que seja analisado como algo que “se exerce mais que se possui” (FOUCAULT, 2010, p. 26).

Tomando como referência o pensamento foucaultiano, mas evitando, ao mesmo tempo, um uso meramente instrumental de fragmentos de sua teoria, o artigo tem como objetivo refletir sobre as categorias *poder* e *violência* para depois relacioná-las com a produção social da verdade, no seio estatal. Trata-se de um estudo teórico, no qual ideias expressas em obras de Foucault hoje reconhecidas como clássicas, são colocadas em interlocução com alguns de seus proeminentes comentadores.

O texto encontra-se organizado em quatro seções. Na primeira seção, apresenta-se o poder para Michel Foucault e o método genealógico utilizado em sua pesquisa. Na segunda, apresentam-se a violência e as relações de poder como formas de governmentação. Na terceira, discute-se a relação saber-poder, conforme pensada pelo autor. Ao final, reflete-se sobre os riscos da arbitrariedade no processo de produção da verdade jurídica.

1 O PODER EM FOUCAULT

Michel Foucault trabalha a perspectiva histórica do poder – busca o momento em que ele surge, e percebe que durante muito tempo na história o poder era visto como algo eminentemente mau, ruim e opressor. Desde os tempos de rei e soberano, seu detentor procurava incutir a ideia de que o poder era algo tão somente a se temer. Todavia, em seus estudos, ele desmistifica o poder equiparado à repressão. Para o autor, quem detinha o poder, conduzia a essa falsa premissa com o intuito de mascarar o que ele de fato era e não dar margem àquele que não o detivesse em suas mãos, querer obtê-lo.

Ao recorrer a um método genealógico de inspiração nietzscheana, Foucault inicia argumentando que já que o poder, em si, não existe – existindo, em seu lugar,

as relações de poder, este não é estático e não tem existência tangível, o poder deve ser analisado a partir das técnicas e táticas de dominação, entre elas, a disciplina. Ao abordar a sujeição e a exclusão de indivíduos que não se adequam aos controles sociais, o filósofo demonstra como são processados os inúmeros dispositivos de normalização, pelos quais se espera o alinhamento dos sujeitos às necessidades do ambiente.

Nesse sentido, o poder é uma força que não possui um lugar fixo e não é propriedade de ninguém, é apenas um elemento dentro das relações entre os indivíduos. Assim, parte da perspectiva de que o poder não se trata de um bem a ser adquirido por um ou por outro. A ideia de um poder emanado de um ponto central parece-lhe assentada em análises de visão estreita, que ignoram um número considerável de realidades. O autor propõe estudar a analítica do poder de forma progressiva, sem limitar-se à vontade de poder do dominador, mas, sim, em que ou quem esse poder se implanta e como produz seus efeitos reais, que sujeitam os corpos, em processos contínuos e ininterruptos que dirigem seus gestos e regem seus comportamentos. Logo, o elemento central deve ser o momento e o objeto a ser dominado.

Afirma, também, que não se deve pensar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo – um indivíduo que domina e outro que obedece ou de um grupo ou classe sobre os outros. O poder deve ser visto como algo que circula e só funciona em cadeia, pois é exercido em rede. Dessa forma, o indivíduo não é o outro do poder, mas um de seus primeiros efeitos.

Existem diferentes modos de se exercer o poder sobre o outro, seja nas relações de comunicação ou nas técnicas de dominação e adestramento. Esses diferentes tipos de relações não estão dissociadas, mas, sim, entrelaçadas. Desse modo, Foucault trabalha com o termo *biopoder* para se referir à prática de subjugar os corpos e o controle em massa da população.

Uma vez sabido que o poder não está concentrado única e exclusivamente na figura do Estado e nas macroestruturas que o apoiam – o poder e suas relações são bem mais óbvias nas chamadas microestruturas, onde a coerção se faz mais presente, com maiores tentativas de direcionar o outro a um rumo diferente – a ação sobre ação. Assim, o que define uma relação de poder não é a ação direta e imediata sobre o outro, mas sim a ação que age sobre sua própria ação; o poder é um conjunto de ações sobre ações possíveis, ou seja, se insere no campo das possibilidades encontradas no comportamento dos sujeitos ativos.

O poder é instrumento de domínio utilizado no meio social, pois conduz o indivíduo através de mecanismos de coerção e discursos de verdade minuciosamente estabelecidos por regras socialmente reforçadas, que resulta em sua manipulação e transfiguração de seu agir, tornando-o sujeito de modo discricionário. Nesse sentido, Foucault afirma que

[...] em todas as sociedades a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar

seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e terrível materialidade. (FOUCAULT, 2005, p. 9)

Contudo, onde há relação de poder, ensina o pensador, há formas de resistência, pois o mesmo movimento que produz a dominação produz a resistência a ela, sendo esse um movimento importante na sociedade democrática, este fenômeno é o conceito de Poder Molar para Michel Foucault. Então, como parte constitutiva dessa relação, a resistência está sempre presente, e se configura como o grito do descontentamento anunciando o exercício da liberdade. Dessarte, é preciso partir do pressuposto que o exercício das relações de poder só é possível em quem se encontra em autonomia, pois apenas se exerce o poder em quem está “livre” – não há poder sem liberdade e sem potencial de revolta – o contrário seria constrangimento físico. Esse processo de disciplinarização transforma o ser em sujeito, resultado dos aparelhos disciplinares disseminados no tecido social, fazendo com que a conduta do ser humano comungue com a moral hegemônica, de maneira velada, quase invisível, diferentemente da época escravocrata, onde tudo era explícito.

A função normalizadora do poder disciplinar visa adestrar o maior número de pessoas, separa e impõe seus mecanismos de maneira individualizada. O processo em que o indivíduo veio a se tornar sujeito no contexto social é o foco das pesquisas de Foucault. O autor vê dois sentidos na palavra sujeito, ambos com implicações em se tratando de sujeição e poder. Os dispositivos usados no processo de assujeitamento estão dispersos na sociedade, desde as escolas aos asilos.

O enclausuramento do indivíduo permite que ele seja vigiado, adestrado e disciplinado. Assim, o corpo pode ser facilmente manipulado e treinado, tornando-o apto a obedecer a ordens. O poder está diretamente ligado ao saber – são indissociáveis e se implicam mutuamente. Um produz o outro – todo saber funda uma relação de poder. O saber, quando visa dominar o objeto, toma a verdade como premissa e cria regras articuladas, distintas por artifícios e regidas por interesses pontuais, para a inclusão e exclusão de discursos.

2 PODER E VIOLÊNCIA COMO FORMAS DE GOVERNAMENTO

Conceito fundante do pensamento Foucaultiano, a noção de dispositivo, desenvolvida inicialmente no primeiro volume da trilogia *História da sexualidade* (1976), é explicitada em entrevista concedida à *International Psychoanalytical Association*, publicada sob o título *Microfísica do poder* (1979). Explica o autor que o dispositivo abarca e conecta discursos, instituições, enunciados científicos, proposições morais, normas positivadas, decisões colegiadas e organizações arquitetônicas, tratando-se, desse modo, de uma *rede* flexível que se tece relacionando elementos distintos.

Esse entendimento, da ação permanente e pouco perceptível de uma rede articuladora, relaciona-se ao deslocamento promovido pela analítica foucaultiana³ em relação às abordagens do poder até então tradicionais, quando conclui que o poder consiste em “uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social, muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir” (FOUCAULT, 2001, p. 8).

Analisando as proposições de Foucault, Paniago (2007) observa que a concepção de poder como algo que não é, em si, negativo, data de período anterior ao filósofo, podendo ser encontrada, por exemplo, em Bentham,⁴ ou mesmo em escritos de Marx.⁵ De qualquer forma, insta reconhecer que é no trabalho de Foucault que a concepção adquire corpo e maior visibilidade, quando este revela que a eficácia produtiva permite que o poder se volte para o corpo do sujeito, mas “não essencialmente para reprimi-lo”, e sim para “torná-lo dócil e útil para a sociedade” (PANIAGO, 2007, p. 7).

As investigações de Foucault enfatizam a atuação de uma rede de micropoderes que, articulados ao Estado, atravessam toda a estrutura social. Desse modo, sua analítica exige que o poder seja considerado de forma progressiva e ascendente, observando-se *em que* ou *em quem* esse poder se implanta e, da mesma forma, *como* produz seus efeitos reais.

Para produzir sujeição, o poder o faz por meio de um mecanismo que o torna quase sempre invisível: a disciplina. Definida pelo autor como um conjunto de “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade” (FOUCAULT, 2009, p. 126), a disciplina se serve da domesticação e da moralização, reconhecidas produtoras de docilidade e eficiência. Trata-se, assim, de um poder “modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente” e que se utiliza de instrumentos igualmente simples, como “o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico: o exame” (FOUCAULT, 2009, p. 142).

Todo esse processo de disciplinarização transforma o *ser* em *sujeito*, resultado dos aparelhos disciplinares implantados na sociedade ocidental, que atuam com firmeza no sentido de fazer com que a conduta do sujeito comungue com o instituído. E é assim que o poder disciplinar manifesta sua função normalizadora: adestrando um coletivo enquanto impõe seus mecanismos de maneira individualizada.

Os dispositivos usados no processo de assujeitamento estão dispersos no contexto social, desde as escolas aos asilos, passando pelos orfanatos e as prisões. Esses recursos disciplinares objetivam coagir e docilizar os corpos, o que, em termos foucaultianos, significa esvaziá-los de sua potência política para elevar ao máximo

³ Se tentarmos construir uma teoria do poder, diz o autor, “será necessário sempre descrevê-lo como algo que emerge num determinado lugar e num tempo dados, e daí deduzir e reconstruir sua gênese” (FOUCAULT, 1980, *apud* DRYEFUS; RABINOW, 1995, p. 202).

⁴ A exemplo, quando diz que todo ato de bondade é demonstração de poder.

⁵ Em especial no livro 2, da obra O Capital.

sua potência produtiva. O poder revela-se, dessa forma, diretamente ligado ao saber, de onde provém a determinação do “normal” utilizado como parâmetro para a avaliação e a hierarquização dos sujeitos em suas expressões identitárias (MÁRQUES, 2015).

Normalizar, explica Silva (2000, p. 83), é atribuir a uma determinada identidade “todas as características positivas possíveis, em relação às quais as outras identidades só podem ser avaliadas de forma negativa”. Desse processo resulta a naturalização⁶ da identidade escolhida para representar a normalidade em um dado tempo-espço.

Ao apresentar toda essa extensão da “ação de uns sobre a ação de outros” demonstrando que este modo de agir está onde está o humano, Foucault não o faz, entretanto, de forma determinista. Ao contrário, ressalta que, por se tratar de relações (e não de um poder *per-si*), o enfrentamento e a resistência estão potencialmente presentes, razão pela qual, afirma ele, “não há relações de poder que sejam completamente triunfantes e cuja dominação seja incontornável” (FOUCAULT, 2003, p. 232).

Esse entendimento adquire maior sentido se considerado que, da dinâmica das relações de poder, também participam recusas, tecidas em contraposição às técnicas empregadas para conhecimento e controle das subjetividades. Isso só é possível porque “o poder, diferente do que faz a violência, opera por sedução, persuasão, convencimento, pressupondo, então, que aqueles a quem se volta encontram-se no gozo de sua liberdade” (MÁRQUES, 2015, p. 53). Ao contrário do constrangimento físico, só se exerce poder em quem pode fazer escolhas, de forma tal que, para Foucault, *relação de poder e insubmissão da liberdade* não devam ser pensadas em termos de antagonismo, mas numa relação de “agonismo” – que envolve, sempre, “incitação recíproca e luta” (FOUCAULT, 1995, p. 245). O poder, diz o autor,

[...] só se exerce sobre “sujeitos livres”, enquanto “livres” – entendendo-se por isso sujeitos individuais ou coletivos que têm diante de si um campo de possibilidades no qual diversas condutas, diversas reações e diversos modos de comportamento podem acontecer [...] não há, portanto, um confronto entre poder e liberdade [...] neste jogo, a liberdade aparecerá como condição de existência do poder (FOUCAULT, 1995, p. 244).

Para Veiga-Neto (2006), as diferenças encontradas entre uma e outra seriam, antes, de ordem qualitativa. Dito de outro modo, relações de poder e relações de violência teriam, em comum, o fato de serem, ambas, relações de dominação, que envolvem técnicas de governmentação e mesmo formas de exploração do Outro. Enquanto as relações de poder conduzem o indivíduo a um fim determinado, por regras socialmente construídas, o sujeitando discricionariamente, a violência

6 A naturalização surge sob a forma de “ideias que afirmam que as coisas são como são porque é natural que assim sejam. As relações sociais passam, portanto, a ser vistas como naturais, existentes em si e por si, e não como resultados da ação humana” (CHAUI, 2000, p. 117).

acontece quando esse mesmo indivíduo deixa de ser considerado ou reconhecido como sujeito.

3 RELAÇÃO SABER-PODER

A análise histórica desconstrutiva das pesquisas de Michel Foucault parte do princípio de que a sociedade, tal qual conhecida, é fruto de intrincadas relações de poder produzidas por saberes específicos. Esses saberes estariam intimamente ligados ao poder político, social e econômico, integrando as relações de poder às estratégias de dominação e seus efeitos mútuos.

No decorrer do século XVIII, explica o filósofo, o mundo ocidental experimentou uma transição que seria decisiva para a reorganização das relações de poder. Organizada sob influência do Iluminismo, como parte do processo de declínio do mundo que havia produzido o poder soberano das monarquias absolutistas europeias, a nova forma societária, chamada de disciplinar ou panoptista, viria a substituir a espetacularização dos suplícios e as execuções públicas pela tríade vigilância, controle e correção. O termo panoptista é utilizado por Foucault em referência a uma composição arquitetônica projetada por Bentham, no século XVIII, para cumprir função social coercitiva e disciplinatória. É visível o emprego dessa arquitetura em todas as construções e a forma como é disposto na vida moderna. O *panopticon* de Bentham, como ficou conhecido, consistia em

[...] um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel dividia-se em pequenas celas que davam tanto para o interior quanto para o exterior. [...]. Na torre havia um vigilante. Como cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, o olhar do vigilante podia atravessar toda a cela; [...], tudo o que o indivíduo fazia estava exposto ao olhar de um vigilante que observava através de persianas, de postigos semicerrados de modo a poder ver tudo sem que ninguém ao contrário pudesse vê-lo (FOUCAULT, 2010, p. 87).

Na sociedade panoptista – aquela em que homens e mulheres foram levados a interiorizar a vigilância permanente por parte de olhares disciplinadores difusos e a cumprir também o papel de vigilantes uns dos outros – a necessidade de controlar profundamente o sujeito para dele extrair toda a sua subjetivação singularizadora encontra-se cada vez mais relacionada às demandas do modo de produção. E, como parte do mesmo processo, aciona a formulação, após a Revolução Industrial, de um novo tipo de saber, que faz do homem seu objeto privilegiado e que se conecta profundamente com as relações de poder:

[...] para que existam as relações de produção que caracterizam as sociedades capitalistas, é preciso haver, além de um certo número de determinações econômicas, estas relações de poder e estas formas de funcionamento de saber. Poder e saber encontram-se assim firmemente enraizados; eles não se superpõem às relações de produção, mas se encontram enraizados muito profundamente naquilo que as constitui (FOUCAULT, 2002, p. 126)

Observe-se que, por essa perspectiva, poder e saber são indissociáveis. Entendido como campo de “coordenação e de subordinação dos enunciados em que os conceitos aparecem, se definem, se aplicam e se transformam” (FOUCAULT, 1995, p. 206), o saber se define, na analítica foucaultiana, pelas possibilidades de “utilização e de apropriação oferecidas pelo discurso” (idem). Na epistemologia política de Foucault, que chama a atenção em várias de suas obras para a existência de mecanismos de produção e de circulação do discurso, o saber resulta e ao mesmo tempo engendra relações de poder. Assim, sua analítica do poder-saber busca compreender a forma pela qual se estruturam as relações sociais e seus efeitos estratégicos utilizados na e para a produção do indivíduo.

Influenciado por Nietzsche, Foucault trabalha com a premissa de que o conhecimento é fruto da invenção humana e que, portanto, não é algo inato. Trata-se de uma invenção originada “do jogo, do confronto, da junção, da luta e do compromisso entre os instintos” (FOUCAULT, 2002, p. 16). Esses dispositivos de saber-poder atuam produzindo não apenas teorias ou relações de poder, mas, antes disso, produzindo as verdades que os sustentam. Foucault explica que as verdades que são universalmente atribuíveis ao sujeito em relação ao conhecimento científico são, em última instância, efeitos de verdade, os quais são produzidos por mecanismos estratégicos de poder existentes nas práticas sociais.

Posto isso, não há, para o filósofo francês, verdade fixa e imutável. Cada momento na História teve sua verdade hegemônica disseminada para atingir determinados fins. Na Idade Média, por exemplo, convivia-se com a ideia de um Rei soberano e incontestável, em quem se concentravam todos os poderes – políticos, econômicos e sociais. A partir do século XVIII vê-se uma estatização e necessidade política de distribuição dos poderes, resultando no que hoje conhecemos como os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário. Pela perspectiva foucaultiana, a sustentação de cada uma dessas formas societárias se deu pela circulação de verdades hegemônicas por dispositivos nos quais se vinculam jogos de saber e estratégias de poder.

Foucault demonstra em seu trabalho que a luta pela verdade se dá em um ambiente disforme e desordenado. O saber, quando visa dominar o objeto, toma a verdade como premissa e cria regras articuladas, distintas por artifícios e regidas por interesses pontuais, para a inclusão e exclusão de discursos. Como o discurso não é neutro nem desinteressado, ele está vinculado ao poder e ao desejo. O conhecimento pode ser considerado como um duelo travado entre o homem e o objeto que ele quer dominar. Luta-se para dominar o discurso.

Em todas as sociedades a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e terrível materialidade (FOUCAULT, 2006, p. 9).

Fica claro então, que a verdade está atrelada a um discurso formado por um conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais, resultado de

engrenagens de poder-saber. Assim como é exigido dos homens, no modelo societário disciplinar, que produzam mais valia, também lhes é exigida a produção da verdade. Foucault elucida que a verdade é a norma, é a partir dela que são veiculados os efeitos de poder, pois o indivíduo se encontra em posição de subjugação sempre – é classificado, julgado, obrigado a determinadas tarefas, tem um padrão de como viver e como morrer. Assim, na lógica do sistema, devem-se produzir verdades como se produzem riquezas. E nessa sequência, se produzem verdades para se produzir riquezas.

4 A CONFISSÃO COMO PRODUÇÃO SOCIAL DA VERDADE, NO SEIO ESTATAL

A confissão tem sua origem na Idade Média, e as sociedades ocidentais colocaram-na entre os rituais mais importantes de que se espera para a produção de verdade. Na confissão, diz Bagali (2015), “o indivíduo guiado deve dizer a verdade de si tendo em vista uma relação com a penitência e a renúncia de si”, tratando-se, assim, um regime de verdade, ou seja, de uma entre outras formas “de constringer os indivíduos a atos de verdade, estabelecendo para estes atos condições de efetivação e efeitos específicos” (BAGAGLI, 2015, p. 1).

Com o desenvolvimento dos métodos de inquérito, interrogatório e instauração dos Tribunais de Inquisição, a confissão passou a desempenhar um papel central na ordem dos poderes civis e religiosos, difundindo-se amplamente como prática social e cultural. Desde épocas remotas até a modernidade, confessar é mais que uma vontade, é uma imposição

nos tornamos uma sociedade singularmente confessanda. A confissão difundiu amplamente seus efeitos: na justiça, na medicina, na pedagogia, nas relações familiares, nas relações amorosas, na esfera mais cotidiana e nos ritos mais solenes; confessam-se os crimes, os pecados, os pensamentos e os desejos [...] O homem, no Ocidente, tornou-se um animal confidente (FOUCAULT, 1988, p. 59).

A busca da verdade através da confissão tornou-se um exercício permanente na cultura ocidental contemporânea. Imposta a partir de pontos diversos e profundamente incorporados aos sujeitos, a confissão acabou associada a uma ideia de liberação, o que contribuiu para que não fosse reconhecida como efeito de um poder que coage. Foucault alerta para o perigo que existe em acreditar que o papel da confissão se pauta em liberdade, pois como se sabe ela é mais um instrumento de poder-saber, o qual o Ocidente submeteu gerações para produzi-lo, e, ao mesmo tempo outras formas de trabalho garantiam a acumulação do capital – como a sujeição. Para ele:

[...] a confissão é um ritual de discurso onde o sujeito que fala coincide com o sujeito do enunciado; é, também, um ritual que se desenrola numa relação de poder, pois não se confessa sem a presença ao menos virtual de um parceiro, que não é simplesmente o interlocutor, mas a instância que requer a confissão,

impõe-na, avalia-a e intervém para julgar, punir, perdoar, consolar, reconciliar; um ritual onde a verdade é autenticada pelos obstáculos e as resistências que teve de suprimir para poder manifestar-se; enfim, um ritual onde a enunciação em si, independentemente de suas consequências externas, produz em quem a articula modificações intrínsecas: inocenta-o, resgata-o, purifica-o, livra-o de suas faltas, libera-o, promete-lhe a salvação (FOUCAULT, 1988, p. 60).

Dessarte, a confissão foi e permanece ainda hoje a razão central que rege a produção do discurso verdadeiro. A partir do século XVIII ela perde seu caráter ritual e exclusivo e expande a sua utilização para as mais diversas relações de poder: filhos e pais, alunos e professores, doentes e médicos, delinquentes e policiais. Assim, a confissão se abre a outros domínios e a novas maneiras de percorrê-los.

Para o filósofo em tela, a verdade pode ser compreendida como “conjunto de procedimentos que permitem a cada instante e a cada um pronunciar enunciados que serão considerados verdadeiros” (FOUCAULT, 2002, p. 233). A partir desse conceito, pode-se extrair a ideia de que um discurso de verdade não possui supremacia nem lugar fixo – é condicionado a fatores internos e externos.

Conforme analisado acima, a confissão toma sempre a forma de um relato em torno da verdade, de um crime ou de um pecado; porém o século XIX trouxe um novo saber ao que se refere à confissão, agora ela se atém aos domínios científicos, e não mais à inquisição/inquérito. Esses domínios são exercidos por meio de aparelhos ideológicos que observam o indivíduo e aplicam-lhe o exame, figura eminentemente presente no seio estatal. A todo e qualquer tempo o sujeito é classificado e sempre se insiste em exaltar quem é o melhor aqui ou ali. Para compreender tal ideia, partamos da escola – o exame classifica os alunos; já na relação médico-paciente, serve para conhecer e prescrever algo. Na fábrica, igualmente, os operários são vigiados e submetidos a exames quase invisíveis, mas carregados de poder-saber; em todos esses campos de saber, o objetivo é alinhado no sentido de controlar os corpos e o pensamento.

O Estado, além de aparelho ideológico e coercitivo, é também um regulador da economia, na medida em que se responsabiliza por políticas econômicas de curto e longo prazo. Desse modo, ao se elaborar uma lei, ela deve simplesmente representar o que é útil para a sociedade. Nesse raciocínio, devemos considerar o Estado de maneira abrangente, isto é, ali incluída toda a sociedade civil – portanto, a utilidade aí encontrada é a manutenção das relações de poder e propriedade vigentes, onde a classe dominante legitima seu poder e a sociedade. Todavia, a legitimidade de um governo depende do apoio que lhe confere a sociedade civil; logo, a confissão é um conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais. Nos dizeres de Foucault (2002, p. 27), “Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade”.

Conforme se depreende da análise foucaultiana, é nítido que as instituições sociais – aparelhos ideológicos enraizados de relações de saber-poder – são responsáveis pela criação das identidades fixas, dos papéis sociais e sexuais bem

definidos, da heteronormatividade que impõe e limita, dos determinantes opostos dos sexos e dos gêneros, dos discursos manipulados e dos corpos, dóceis, úteis e disciplinados.

No entanto, ensina Foucault que todo poder traz em seu bojo um contrapoder, ou seja, um movimento de resistência, de enfrentamentos para escapar à autoridade tirânica sobre os outros, e pela alma tiranizada, por seus próprios desejos. Pois, o sistema trata de delimitar e articular os caminhos com o fim de coagir o sujeito a ponto de causar, em algum momento, a revolta desse mesmo indivíduo. Nessa perspectiva, pode-se dizer "portanto: regras de direito, mecanismos de poder, efeitos de verdade" (FOUCAULT, 1999, p. 29).

Por conseguinte, o risco da arbitrariedade é uma consequência lógica do instrumental que se cria em torno da questão da produção de verdades – quando escolhemos uma verdade em detrimento da outra, qual seria a verdade, por assim dizer verdadeira? Essa é que é a questão da arbitrariedade – uma escolha, pautada em fatores como conveniência, repercussão, etc., que consagra uma “verdade” em detrimento de “outra”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho fornece subsídios relevantes que convidam à reflexão da produção do discurso jurídico, que é permeado de discricionariedade que reflete nas práticas e saberes assentados no cotidiano. Também trata da busca incessante pela verdade, produzida no cerne dos poderes, que atravessa os corpos dos indivíduos e a reproduz.

As relações de poderes encontram suas raízes no nexos social, já que é um modo de ação sobre ações. Viver em sociedade implica a submissão a relações de poderes que seja possível a alguns agirem sobre a ação dos outros. A análise dessas relações se faz sobre alguns pontos: o sistema das diferenciações – a individualidade em si; o tipo de objetivo – a manutenção de conjuntura social favorável; as modalidades instrumentais – instrumentos de coerção; as formas de institucionalização – estudo de instituições em seus dispositivos e estruturas; os graus de racionalização – uso de razões e inteligências calculadas.

Logo, o exercício do poder não é um fato bruto nem tão somente um dado institucional ou uma estrutura que se mantém ou não – é elaborado, se transforma, se organiza, é dotado de procedimentos quase ajustados. Quanto aos elos entre relações de poder e estratégias de luta, há atração recíproca. As relações de adversidade, na sociedade abrem espaço para o emprego de mecanismos de poder. A dominação é uma estrutura globalizante de poder, e ela se manifesta integrando as relações de poder às relações de estratégias e seus efeitos mútuos.

Dessarte, Foucault nos ensina que o aparato e o aparelho estatal geram uma grande força de resistência de natureza molar. A compreensão de como e porque isso ocorre e suas implicações práticas e diárias, utilizando o método genealógico de raciocínio, é de vital importância para se navegar com mais tranquilidade nas tão

turbulentas circunstâncias atuais – providenciando um “mapa” de como agem as instituições em cada um de seus detalhes. Muito importante, também, é compreender a natureza do poder que é exercido sobre o indivíduo, pois logicamente o Estado pode, sabendo da intensidade e duração da pressão exercida, prever os resultados e escolher sua verdade, do modo que lhe bem convém, para dominar e controlar cada um dentro de um contexto maior.

Ao planejar qual verdade utilizar a qual tempo, o Estado exerce uma força arbitrária e irresistível nos seus subordinados. Em tempos onde dados são abundantes e computadores têm velocidade para processá-los, cabe uma pergunta – Qual o limite do Estado / órgão produtor de verdades jurídicas, o Judiciário?

Diante dos Direitos Fundamentais garantidos na Constituição Federal, vê-se que o controle das decisões proferidas em qualquer instância tem de ser feito, até para garantir, tautologicamente, a histórica garantia da dignidade da pessoa humana em um Estado de Direito Democrático. Conclui-se, portanto, que o pensamento foucaultiano traz o incômodo necessário para uma possível modificação do estado atual das relações de poder existente nas práticas sociais. É preciso retirar as próteses em que a sociedade se apresenta, para poder habitar em um lugar desprovido de “verdades”.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões. **Estudos de Sociologia**, v.20, n.38, p.15-33 jan-jun. 2015.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. *In: A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

DANNER, Fernando. A genealogia do poder em Michel Foucault. *In: IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação - PUCRS, 2009, Porto Alegre. Anais eletrônicos...* Porto Alegre: PUCRS, 2009.

FOUCAULT, Michel **A governamentalidade**. Ditos e escritos, v. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **A Ordem do Discurso**. 13. ed. São Paulo: Loiola, 2006.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

_____. **Arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **Em defesa da sociedade:** Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **História da Sexualidade I:** a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. **Microfísica do poder.** 10. ed. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. O sujeito e o poder. *In:* RABINOW, P.; DREYFUS, H. **Michel Foucault:** uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MÁRQUES, Fernanda Telles. **Violência e normalização na escola:** a produção da diferença como condição patológica. 2015. 165 fls. Relatório (Pós-doutorado) – Programa Avançado de Cultura Contemporânea, Universidade Federal do Rio de Janeiro, PACC/UFRJ, Rio de Janeiro, 2015.

MÁRQUES, Fernanda Telles; SOUSA, Andrezza Ribeiro de. Poder e Violência nas relações escolares: uma abordagem foucaultiana. **Revista Querubim**, ano 12, n. 28, vol. 01, p. 116-123, fev. 2016.

PANIAGO, Maria de Lourdes F. dos S. A analítica do poder em Michel Foucault. *In:* I CONGRESSO NACIONAL DE HISTÓRIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS, 2008, Goiânia. **Anais eletrônicos...** Goiânia: FUNAPE, 2008.

SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. *In:* HALL, Stuart; SILVA, T. T.; WOODWARD, K. (Orgs.). **Identidade e diferença:** a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis: Vozes, 2000.

VEIGA-NETO, Alfredo. Dominação, violência, poder e educação escolar em tempos de Império. *In:* RAGO, Margareth; VEIGA-NETO, Alfredo (Orgs.). **Figuras de Foucault.** Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

Recebido em 08.06.2017

Aceito em 18.09.2017

A TEORIA DA JUSTIÇA DE MARTHA NUSSBAUM E OS DIREITOS HUMANOS

MARTHA NUSSBAUM'S THEORY OF JUSTICE AND HUMAN RIGHTS

Gina Marcilio Pompeu¹
Ana Araújo Ximenes Teixeira²

Sumário: Considerações iniciais. 1 A teoria da justiça das dez capacidades. 2 Intuicionismo versus teoria da justiça voltada para o resultado. 2.1 Procedimentalismo e substancialismo. 2.2 Aristotelismo, globalização e soberania do Estado-nação na teoria da justiça das dez capacidades. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo visa analisar criticamente a pretensão de racionalidade da teoria da justiça de Martha Nussbaum e sua compatibilidade com o contratualismo liberal, de modo a aferir a viabilidade para servir de complemento à teoria da justiça como equidade de John Rawls. Almeja-se também demonstrar em que medida a resposta a essa questão impacta na teoria dos direitos humanos e nos estudos acerca do escopo do Estado-nação em face do fenômeno da globalização. Nessa vertente, inicialmente descreve-se a teoria da justiça ou teoria das dez capacidades de Martha Nussbaum. Em seguida, abordam-se as principais objeções oponíveis ao enfoque das capacidades sob a ótica de sua pretendida filiação ao liberalismo e ao contratualismo. Delineados os argumentos que problematizam a possibilidade de qualificação dessa teoria da justiça como liberal e contratualista, tais refutações são examinadas mediante a metodologia descritivo-analítica baseada em pesquisa bibliográfica e documental que orienta a elaboração deste trabalho. Conclui-se, ao final, pela viabilidade de compatibilização da ideia fundante do liberalismo – consistente na defesa do direito de escolher os princípios políticos que regerão a vida em sociedade – e do contrato social com a teoria da justiça voltada para resultados de Martha Nussbaum precipuamente com fundamento na universalidade, de natureza similar à dos direitos humanos, que caracteriza as dez capacidades propostas, e pela postecipação implícita do momento do acordo político acerca da escolha dos princípios que regerão a sociedade induzido pela meta de consenso global. Infere-se, outrossim, que o enfoque das capacidades tem reflexos positivos para a teoria dos direitos humanos internacionais e para a evolução do conceito de soberania pois potencializa a universalização dos direitos humanos e confere aos Estados nacionais o escopo prioritário de salvaguardar a dignidade do ser humano como contraponto aos efeitos negativos que a globalização têm acarretado sobre a soberania política do Estado-nação.

Palavras-chaves: Teoria da Justiça. Liberalismo. Contratualismo. Direitos Humanos.

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1994). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Mestrado e Doutorado. Consultora Jurídica da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

2 Doutoranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, atualmente integra como pesquisadora o Centro de Estudos das Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas da América Latina – CELA-REPJAL. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito do Consumidor. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará com Habilitação em Teoria do Estado.

Abstract: This article aims to critically analyzing the rationality claim of Martha Nussbaum's theory of justice and its compatibility with liberal contractualism, in order to assess the feasibility of complementing John Rawls' theory of justice as equity. It is also hoped to demonstrate to what extent the response to this issue impacts on the theory of human rights and on the studies about the scope of the Nation-state in the face of globalization phenomenon. In this section, Martha Nussbaum's theory of justice is initially described. Then, the main objections opposable to the approach of the capacities from the point of view of its intended affiliation to the liberalism and the contractualism are addressed. Once the arguments that refute the possibility of qualifying this theory of justice as liberal and contractualist have been delineated, such refutations are examined through the descriptive-analytical methodology based on bibliographical and documentary research that guides the elaboration of this work. In the end, it is concluded that it is viable to reconcile the founding idea of liberalism – consisting in the defense of the right to choose the political principles that will govern life in society – and of the social contract with the theory of justice focused on the results by Martha Nussbaum based on its universality, similar to human rights, which characterizes the ten capacities proposed, and the implicit postponement of the moment of political agreement on the choice of principles that will govern the society induced by the global consensus goal. It is also inferred that the capabilities approach has positive effects on the theory of international human rights and on the evolution of the concept of sovereignty since it enhances the universalization of human rights and confers on National States the priority scope of safeguarding the dignity of being as a counterpoint to the negative effects that globalization has had on the political sovereignty of the Nation-state.

Keywords: Theory of Justice. Liberalism. Contractualism. Human Rights.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O debate em torno dos direitos humanos e, pois, dos direitos fundamentais, é o tema que domina o constitucionalismo desde o final da Segunda Guerra Mundial. Em sua concepção clássica, a teoria da constituição busca o equilíbrio entre a organização do poder político e a proteção aos direitos fundamentais do homem. Desde 1945, porém, sob inspiração do princípio da dignidade do ser humano, a teoria da constituição passa a submeter a organização política à realização dos direitos fundamentais.

A relevância assumida pelo princípio da dignidade do ser humano na teoria da constituição inaugura uma nova forma de antropocentrismo: a construção política e jurídica da sociedade em função da dignidade do homem. A ordenação do poder com base no princípio da dignidade do ser humano coloca os fatores concretos de poder em segundo plano. Nessa lógica, exalça-se o homem – por meio de seus direitos básicos – à condição de princípio e fim da organização estatal.

A teoria da constituição voltada à realização dos direitos fundamentais do homem, portanto, deve adequar-se à necessidade de submeter os fatores reais de poder político que ameaçam a proteção da dignidade humana. Nesse diapasão, a teoria da justiça como equidade de John Rawls – lançada nos Estados Unidos em

1971 – cumpre razoavelmente a tarefa de subsidiar a teoria da constituição comprometida com a centralidade dos direitos fundamentais.

Todavia, as transformações políticas e econômicas causadas pelo fenômeno da globalização criam e agravam problemas socioeconômicos, mesmo em democracias constitucionais outrora aparentemente inatingíveis por essas questões. Na nova ordem mundial caracterizada pelo recrudescimento de desigualdades econômicas e sociais e pela mitigação do poder emanado da soberania nacional, a preservação da dignidade humana revela-se assaz desafiadora para a teoria da constituição e para as teorias da justiça que lhe subjazem. É nesse nicho que se insere a teoria da justiça das dez capacidades de Martha Nussbaum, construída como uma proposta de complementação da teoria da justiça como equidade de John Rawls.

Com efeito, a teoria da justiça das dez capacidades compartilha componentes teóricos com a teoria dos direitos humanos em quantidade suficiente para, à primeira vista, qualificarem-na a alicerçar a teoria da constituição que prioriza a proteção de direitos fundamentais. Porém, principalmente em razão da adoção de um elemento substancial inicial, o enfoque das capacidades de Martha Nussbaum suscita questionamentos alusivos à racionalidade e compatibilidade com o contratualismo liberal. Nesse sentido, o exame da racionalidade da teoria da justiça das dez capacidades reflete diretamente na pretensão de colmatar as lacunas da teoria da justiça de Rawls.

Assim, o presente artigo objetiva analisar criticamente a pretensão de racionalidade da teoria da justiça de Martha Nussbaum e, por conseguinte, sua compatibilidade com o contratualismo liberal, de modo a aferir a viabilidade para servir de complemento à teoria da justiça como equidade de John Rawls. Objetiva-se também demonstrar em que medida a resposta a essa questão reflete-se na teoria dos direitos humanos internacionais e nos estudos acerca do escopo do Estado nacional no panorama da globalização.

Cumprir destacar a esse respeito, com base nos relatórios de desenvolvimento humano das Nações Unidas que seguem em anexo, que o propósito dos Estados nacionais de salvaguardar os direitos humanos tem na globalização um de seus maiores desafios. As pressões que a globalização exerce sobre a soberania do Estado-nação têm dificultado a proteção da dignidade humana mesmo em países desenvolvidos.

O modelo de organização estatal construído a partir da Revolução Francesa e as teorias da constituição e da justiça que o embasam apresentam sinais de esgotamento ante os efeitos negativos da integração econômica mundial, o que potencializa a relevância desta pesquisa, visto que o enfoque das capacidades de Nussbaum almeja complementar a mais prestigiada teoria liberal e contratualista da justiça para adequá-la às exigências do mundo globalizado.

Para cumprir os objetivos aqui expostos, adota-se a metodologia descritivo-analítica aplicada em pesquisa de tipo bibliográfico e documental – com relação aos relatórios estatísticos oriundos da Organização das Nações Unidas. Estruturalmente, o primeiro tópico aborda em que consiste o enfoque das capacidades. No tópico

dois, aborda-se a principal objeção oponível à possibilidade de fundamentação racional da teoria de Martha Nussbaum no sentido de impedi-la de alinhar-se ao contratualismo liberal como complemento à teoria da justiça como equidade de Rawls, bem como os argumentos pelos quais a referida objeção pode ser refutada. Ao final, são declinadas as conclusões extraídas.

1 A TEORIA DA JUSTIÇA DAS DEZ CAPACIDADES

A análise econômica do desenvolvimento humano contemporânea à teoria da justiça como equidade reflete o viés utilitarista que Rawls combate na teoria da justiça como equidade. Os estudos do economista Amartya Sen acerca das habilidades ou capacidades que o ser humano deve ter a oportunidade de desenvolver para viver uma vida conforme aquilo que valoriza são recentes.³

Ao permitir a aferição do desenvolvimento humano com base em variáveis múltiplas desvinculadas da simples leitura do índice de renda per capita de cada nação, a teoria econômica de Sen cria o IDH – índice de desenvolvimento humano – , que possibilita uma visão precisa sobre a qualidade de vida das pessoas. Com o IDH – que utiliza dados mais adequados na análise das condições de vida que o simples cálculo aritmético da renda per capita –, viabiliza-se a medição realista do grau de distribuição de justiça aos cidadãos.

O progresso trazido pela criação do IDH coincide com a sedimentação da globalização como processo de integração econômico-cultural. Nesse contexto, as análises estatísticas empreendidas por organismos internacionais sobre desenvolvimento humano demonstram que não existe uma relação direta entre crescimento econômico (ou aumento de renda per capita) e a melhoria das condições de vida do ser humano.

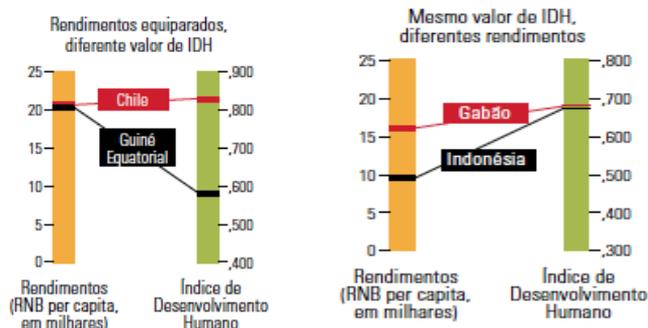
O Relatório de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas de 2013, por exemplo, informa que a soma da produção econômica da China, da Índia, e do Brasil é equivalente à dos seis países mais ricos do hemisfério norte, a saber, Estados Unidos, Alemanha, França, Reino Unido, Itália e Canadá. Todavia, a qualidade de vida das populações dos três primeiros países situa-se em nível bem inferior a dos povos das seis últimas nações.⁴

3 Martha Nussman não é pioneira na elaboração do conceito de capacidade humana. Amartya Sen – procurando aprimorar a abordagem de John Rawls acerca dos bens primários no sentido de não restringir a avaliação das vantagens individuais somente à renda e patrimônio dos cidadãos – elabora pela primeira vez o conceito em *Equality of what? – in S. McMurrin (org.), Tanner Lectures on human values*, v. 1, (Cambridge: Cambridge University Press; Salt lake City, UT: University of Utah Press, 1980). Cabe a Nussbaum, porém, a descoberta da relação entre a teoria das capacidades e a ética aristotélica, com o que redireciona inclusive a abordagem de Sen. Cf. *The quality of life* (Oxford: Clarendon Press, 1993), organizado por ambos. Sobre a fusão do pensamento de Nussbaum e Sen, cf. também NUSSBAUM, Martha. **As fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 201-206; SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 265-269.

4 Cf. Relatório de Desenvolvimento Humano 2013 – PNUD – ONU, anexo 1.

Consoante o Relatório de Desenvolvimento Humano elaborado pela Organização das Nações Unidas em 2015, Chile e Guiné Equatorial possuem renda per capita semelhante, porém o Índice de Desenvolvimento Humano chileno é bem superior ao da Guiné Equatorial. Da mesma forma, o Gabão tem renda superior à da Indonésia, mas ambos os países equiparam-se em termos de IDH.⁵ Como se observa, em todos os casos a desigualdade de renda não interfere decisivamente na qualidade de vida.

Não existe uma relação automática entre rendimento e desenvolvimento humano, 2014



Fonte: Relatório de Desenvolvimento Humano – PNUD 2015 – p. 77.

Dessarte, considerável parcela da teoria da justiça de Rawls afigura-se nitidamente ultrapassada, visto que, ao adotar somente a renda como fator para medir as posições sociais relativas entre as pessoas, não possibilita analisar com precisão nem apontar soluções para os problemas de justiça social detectados pelas estatísticas relativas ao crescimento econômico e ao desenvolvimento humano no mundo globalizado.

Como enfatiza Nussbaum, o que importa para a justiça é a qualidade de vida das pessoas (2013, p. 100), contudo o perfil de organização política amparado pelo contratualismo rawlsiano não cogita nem dispõe de meios para considerar as condições de vida concretas e complexas dos cidadãos. O contratualismo tem como meta principal garantir o reconhecimento da igualdade entre os seres humanos com vistas a que as assimetrias da ordem social absolutista não mais entrem no desenvolvimento econômico e humano dos Estados nacionais.

Locke, Hobbes e Rousseau constroem suas teorias sobre justiça política no contexto do absolutismo monárquico, razão pela qual firmar a ideia da igualdade entre os homens é ponto vital nessas elaborações teóricas. Nesse sentido, é criada a ficção do contrato social, firmado pelos homens livres e iguais no estado de natureza visando à consecução de vantagens mútuas com a vida numa sociedade politicamente organizada. O avanço com relação às bases da sociedade monárquica

5 Cf. Relatório de Desenvolvimento Humano 2015 – PNUD – ONU, p. 61-64, anexo 2.

e absolutista é inegável, vez que nesta os homens são considerados desiguais desde o nascimento e sujeitos a uma ordem política e social sobre cujos princípios – estabelecidos pela autoridade e não pelo debate racional – não podem opinar.

O contratualismo clássico afirma, em síntese, que homens iguais em racionalidade e direitos abandonam o estado de natureza ao eleger – com o escopo de auferir vantagens mútuas – os princípios políticos da sociedade que organizam. O contratualismo rawlsiano agrega elementos morais que aperfeiçoam o contrato social clássico, ao estabelecer, v.g., que esse pacto é realizado, estando as partes contratantes ‘sob o véu da ignorância’, de maneira a desconhecem quais são suas posições sociais efetivas nesse momento prévio de escolha dos princípios políticos que subsequentemente regerão a todos assegurando vantagens mútuas.

Por meio do véu da ignorância, Rawls introduz o elemento moral da imparcialidade no momento da escolha dos princípios políticos que regem a sociedade, o que lhe permite realizar uma justificação procedimental da teoria da justiça como equidade. Com efeito, Rawls não fornece nenhum juízo com conteúdo moral que oriente a construção dos princípios políticos resultantes de seu procedimento. As preocupações éticas do professor de Harvard são transferidas para etapas do procedimento do qual resultam os princípios políticos de justiça.

Com o intento de complementar a teoria da justiça de Rawls, o enfoque das dez capacidades propõe, basicamente, que a cooperação social para consecução da justiça política não tem como objetivo exclusivo a consecução de vantagens mútuas – mas sim uma vida digna para todos – e não pressupõe que as partes envolvidas são somente pessoas dotadas da mesma medida de racionalidade – pois adota o conceito de pessoa como animal político, elaborado por Aristóteles e não a noção kantiana de homem fundada na racionalidade.

A pretendida extensão na teoria de Rawls, conforme esclarece sua autora, exige um novo tipo de começo e a rejeição de alguns elementos característicos da tradição do contrato social (NUSSBAUM, 2013, p. 114). Assim, a teoria da justiça de Martha Nussbaum não concebe uma situação original hipotética de formalização de um contrato social para escolha de princípios políticos. Não tenta delinear um procedimento de escolha desses princípios em momento fictício anterior à agregação social por aqueles que irão submeter-se aos mesmos.

A ênfase da teoria da justiça de Martha Nussbaum repousa nos resultados que devem ser obtidos em razão da cooperação social. Para tanto pretende corrigir alguns equívocos da base contratualista da teoria da justiça de Rawls em ordem a, complementando-a, ampliar *as fronteiras da justiça* para permitir a inclusão de pessoas física e mentalmente incapacitadas, animais não humanos e cidadãos de todos os países, inclusive de nações subdesenvolvidas.

É preciso enfatizar mais uma vez que esse projeto não almeja tirar de cena a teoria do contrato social, e menos ainda a grande teoria de Rawls, a qual de muitas maneiras segue e amplia. Seu objetivo é apreender o que é requerido para podermos estender os princípios da justiça, em si mesmo atraentes, e ideias intuitivas em si mesmas atraentes, a problemas a que Rawls

não acreditou que seus argumentos poderiam enfrentar a contento. (NUSSBAUM, 2013, p. 114).

A cooperação social sob a ótica das dez capacidades, ao invés de supor um acordo inicial fictício para escolha dos princípios políticos pelas mesmas partes que os utilizarão, contém um elemento material inicial, a saber, os dez princípios políticos (capacidades) enunciados como resultados a serem alcançados.

Sumariamente descritas, as dez capacidades humanas centrais que constituem o mínimo que a cooperação social deve obter para assegurar uma vida humana digna são: 1) Vida. Ter a capacidade de viver uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente. 2) Saúde física. Ser capaz de ter boa saúde, alimentação adequada e um lugar adequado para viver. 3) Integridade física. Proteção contra ataques de violência, agressões sexuais e violência doméstica; dispor de oportunidades para satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução. 4) Sentidos, imaginação e pensamento. Ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio. Ter educação adequada, alfabetização, treinamento matemático e científico básico. Ter liberdade de expressão política, artística e religiosa. 5) Emoções. Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos. Não ter o desenvolvimento emocional bloqueado por medo e ansiedade. 6) Razão prática. Ter liberdade de consciência e de prática religiosa. 7) Afiliação. 7-A. Ser capaz de viver com e voltado para outros. Ter liberdade de associação e de expressão política. 7-B. Não ser discriminado em razão do sexo, raça, cor, etnia, orientação sexual, casta, religião e origem nacional. 8) Outras espécies. Ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e com a natureza. 9) Lazer. Gozar de atividades recreativas. 10) Controle sobre o próprio ambiente. 10-A. Político. Ser capaz de participar das escolhas políticas que governam sua vida; direito de participação política, expressão e associação. 10-B. Material. Ser capaz de ter propriedade (NUSSBAUM, 2013, p. 91-93).⁶

Dessarte, o enfoque das capacidades introduz mudanças significativas no contratualismo liberal, notadamente no conceito de pessoa contratante e no objetivo do ajuste. Rompe simultaneamente com a concepção da racionalidade plena como nota distintiva que fundamenta a dignidade humana e com a rejeição a teorias políticas dotadas de princípios com conteúdo moral não definidos racionalmente num acordo prévio à cooperação social.

A questão do exame da pretensão de racionalidade dessa teoria, que é desenvolvida no próximo tópico, é fundamental, pois dela depende a possibilidade de inclusão no quadro de teorias liberais contratualistas para colmatar a teoria da justiça como equidade de John Rawls.

⁶ Adota-se uma descrição resumida das capacidades para conciliar o propósito de descrevê-las com fidelidade e o imperativo de obedecer às regras de formatação do presente artigo.

2 INTUICIONISMO VERSUS TEORIA DA JUSTIÇA VOLTADA PARA O RESULTADO

Apesar de estabelecer a teoria da justiça de Rawls como matriz sobre a qual o enfoque das capacidades contribui no sentido de, ao ampliar as fronteiras da justiça, permitir a inclusão de pessoas física e mentalmente incapacitadas, animais não humanos e cidadãos do mundo inteiro, as críticas e reformulações dirigidas por Nussbaum às bases do pensamento de Rawls são profundos a ponto de suscitar na autora da teoria da justiça das dez capacidades a antecipação de possíveis objeções, com fundamento na própria obra do notável professor de Harvard (NUSSBAUM, 2013, p. 212-216).

Seguindo essa lógica, Nussbaum aponta como uma possível refutação à teoria da justiça das dez capacidades a de que esta configura uma espécie de intuicionismo, modelo teórico rejeitado pelo construtivismo político de John Rawls ou construtivismo kantiano (moral) aplicado à teoria política, segundo o qual os princípios de justiça devem resultar da escolha autônoma por parte dos cidadãos que eles são submetidos. Consoante Rawls, na referida escolha dos princípios políticos realizada autonomamente, deve ser alcançado um consenso sobreposto, ou seja, a concordância sobre pontos fundamentais que não ofendam o pluralismo razoável de visões dos cidadãos acerca do que é justo.

Nessa ordem de ideias, na posição inicial (momento de formalização do contrato social) haveria somente a imparcialidade advinda do véu da ignorância guiando as escolhas autônomas dos cidadãos em torno de princípios políticos que respeitem o pluralismo razoável das várias visões de mundo de todos os cidadãos. Para Rawls, afirmar numa teoria política a correção de uma ordem de valores morais independentes (da escolha autônoma) equivale a incorrer na forma de realismo moral denominado intuicionismo, cujos erros principais seriam a irracionalidade e a arbitrariedade – vez que o intuicionismo implica em impor um conteúdo moral não justificado pela razão e não deliberado autonomamente por aqueles que terão que submeter-se a ele.

Rawls sustenta que o intuicionismo revela-se inconciliável com a autonomia reconhecida por Kant ao homem enquanto ser dotado de razão e, por conseguinte, com uma teoria da justiça voltada a reger a democracia liberal de base contratualista (RAWLS, 2016, p. 106-117). Com efeito, desde a afirmação por Kant da autonomia do ser humano racional para deliberar sobre os princípios práticos a ele aplicáveis, a possibilidade de um ponto de partida substancial para uma teoria vinculada à razão prática, quer se trate de uma teoria moral quer se trate de uma teoria política, é extremamente problemática sob o prisma epistemológico.⁷

7 No mesmo sentido, conquanto não aventado por Martha Nussbaum, a teoria da ação comunicativa de Habermas pode ser apresentada como argumento contrário ao enfoque das capacidades, vez que considera impositiva qualquer ideia de primeiros princípios morais que devam ser assumidos como evidentes por quem deseja construir uma teoria racional no âmbito da razão prática. A esse respeito, cf. HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. 2v. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

A renúncia a qualquer substância moral e a ênfase no procedimento de deliberação consistem em traços característicos do relativismo moral pós-kantiano que domina as teorias morais e políticas. Dessa maneira, a caracterização como intuicionismo, ou seja, a irracionalidade na escolha e arbitrariedade na imposição de uma ordem de valores morais a serem alcançados pela teoria da justiça impede o enfoque das capacidades de filiar-se à tradição do contratualismo liberal, mormente ao lado de uma teoria baseada no construtivismo kantiano aplicado à política, como é o caso da teoria da justiça como equidade de Rawls.

Todavia, uma análise atenta ao paralelismo existente entre os direitos humanos e as capacidades, ambos essencialmente valores morais alicerçados sobre a dignidade do ser humano, identifica nesse presumido ataque dirigido à teoria da justiça de Nussbaum uma revitalização da disputa entre procedimentalismo e substancialismo, que viceja no âmbito da discussão acerca da possibilidade de fundamentação racional com vistas à universalização do direitos humanos.

Demonstra-se, a seguir, de que maneira a ligação entre capacidades e direitos humanos, bem como o debate entre procedimentalismo e substancialismo no bojo da teoria da universalização dos direitos humanos, auxiliam no deslinde da questão acerca da fundamentação racional da teoria da justiça das dez capacidades.

2.1 Procedimentalismo e substancialismo

Nussbaum apresenta sua teoria denominando-a simplesmente enfoque das capacidades e não teoria da justiça, bem como alega que tal teoria não objetiva ser uma doutrina política completa, mas somente um conjunto de diretrizes para promoção de políticas públicas e positivação de direitos fundamentais pelos Estados nacionais ao redor do mundo (NUSSBAUM, 2013, p. 191).

Com efeito, o rol de capacidades, assim como os direitos fundamentais, funda-se na noção de dignidade humana. Dessa forma, as dez capacidades nada mais são que direitos humanos, valores morais mínimos para uma existência digna e por isso posicionados como objetivos da organização social, os quais devem ser garantidos e implementados em conjunto pelos Estados que visem prover seus cidadãos de uma vida digna, notadamente os Estados Democráticos de Direito (NUSSBAUM, 2013, p. 205).⁸

A colocação dos direitos humanos – e, por conseguinte, do princípio da dignidade do ser humano – como epicentro da teoria da constituição, após o final da Segunda Grande Guerra, caracteriza o neoconstitucionalismo, um movimento de reaproximação entre ciência jurídica e ética. Realmente, a positivação dos direitos humanos (essencialmente valores morais), com o *status* de direitos fundamentais, inelutavelmente induz à construção de novos e à reabilitação de antigos conceitos e teorias que reatam os laços entre Direito e moral.

8 Amartya Sen, primeiro formulador do conceito de capacidades humanas, não estabelece essa equivalência. Cf. SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 390-401.

Corolário do neoconstitucionalismo é a sedimentação do conceito de Estado Democrático de Direito como instituição inerente ao regime democrático e voltada à realização dos direitos fundamentais. Os valores substanciais das constituições são exalçados a um patamar proeminente na relação política – essencialmente o vínculo que equilibra poder do Estado e liberdade dos cidadãos, antes regido preponderantemente por normas procedimentais porque encarado do ponto de vista do governante.

Nesse sentido, a relação política no neoconstitucionalismo é invertida, passando a ser considerada sob o prisma do governado e não mais do governante, de forma que a liberdade daquele e os direitos fundamentais que a asseguram são situados acima do poder estatal (BOBBIO, 2004, p. 224-226). Tal mudança de orientação no constitucionalismo provoca um vigoroso debate entre aqueles que – como Habermas, Garapon e Ely – entendem que a Constituição deveria ocupar-se somente em garantir instrumentos de participação democrática e regular o procedimento de tomada de decisões, sem adoção de nenhuma pauta material, e os que – como Mauro Cappelletti, L.H. Tribe, Dworkin (na leitura que dele faz Robert Alexy), Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Eros Grau e Celso Antônio Bandeira de Melo – sustentam que o novo modelo de Estado Democrático de Direito implica necessariamente na primazia concedida aos direitos fundamentais (STRECK, 2003, p. 261-268).

Como se observa, o dissenso sobre o Estado dever ou não deixar-se reger por um elemento moral substantivo, a saber, os direitos humanos, relaciona-se diretamente com a aceitação ou rejeição da ideia de que os direitos humanos são valores morais universais que devem ser transformados em direitos fundamentais e efetivados pelo Estado que pretenda organizar-se como Estado Democrático de Direito.

Ao descer ao âmago da questão, constata-se que afirmar ou negar a universalidade dos direitos humanos pressupõe a formação de um juízo sobre a possibilidade ou impossibilidade de fundamentação racional de valores morais universais, seja no âmbito de uma teoria moral propriamente dita, seja em sede de uma teoria da justiça ou mesmo da teoria da constituição.

Assim, a evolução do constitucionalismo no mundo contemporâneo transpôs do plano filosófico para o plano político-jurídico o embate entre as teorias que aceitam a ideia da fundamentação racional de princípios morais universais e aquelas que a rejeitam. Eis porque os argumentos que podem ser colocados para sustentação ou refutação da universalidade dos direitos humanos encaixam-se sem grande esforço de adaptação – e mesmo auxiliam a compreensão – da discussão sobre a possibilidade ou impossibilidade de fundamentação racional de uma teoria da justiça que adota valores morais como elemento substancial inicial, a exemplo da teoria da justiça das dez capacidades de Martha Nussbaum.

Desse modo, visto que o intuicionismo fulmina a pretensão de racionalidade, a demonstração da possibilidade de fundamentação racional das dez capacidades infirma a pecha intuicionista que lhe pode ser atribuída com esteio na doutrina de Rawls, para quem o intuicionismo contamina teorias políticas ou morais

que supõem existir uma ordem independente de valores morais autoevidentes e, portanto, insuscetíveis à demonstração racional.

Nessa ordem de ideias, aborda-se primeiramente a questão da possibilidade de fundamentação racional dos direitos humanos com vistas à sua universalização para, em seguida, examinar-se a possibilidade de fundamentação racional das dez capacidades enquanto elemento substancial de uma teoria da justiça liberal e contratualista destinada a reger Estados Democráticos de Direito.

Contra a possibilidade de fundamentação racional dos direitos humanos destacam-se os argumentos de Habermas e Bobbio. Para o primeiro, o Direito não deve invadir a política nem a sociedade, pois a pluralidade de pensamento própria da democracia e responsável pelas diferenças culturais é constrangida pela constitucionalização de valores materiais. Assim, consoante Habermas, devido em última análise ao multiculturalismo, a democracia constitucional não deve fundamentar-se em valores morais compartilhados, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da vontade (1997, v. 2, p. 170-182).

Bobbio, por seu turno, contrapõe à possibilidade de fundamentação racional dos direitos humanos, basicamente, a ideia de que esses são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, razão pela qual constituem uma classe variável de direitos que, por essa historicidade e transitoriedade intrínseca, não podem embasar-se na natureza humana, carecendo-lhes qualquer fundamento racional (2004, p. 37-43).

Contestando Habermas, Streck sustenta que o modelo de estado liberal procedimental, assim como o modelo de estado social, foram superados no neoconstitucionalismo pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual funda-se na valorização dos direitos humanos, do elemento jurídico, como contraponto à plenipotenciariade da razão política que permitiu as mais ignóbeis violações aos direitos do homem, inclusive sob a égide de democracias formais (2003, p. 265).

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito surge após a Segunda Guerra Mundial como uma repactuação da democracia para dotá-la de instrumentos jurídicos substanciais capazes de impedir reiterações das atrocidades praticadas contra a dignidade do ser humano. A democracia do Estado liberal volta a assumir – mediante a teoria dos direitos fundamentais – uma feição substancial embasada no rol de direitos universais enunciados desde a Declaração de Direitos da Virgínia de 1778 em documentos análogos catalogados pelo constitucionalismo liberal. Nessa transição, segundo reconhece Bobbio, é o Estado liberal moderno que se desdobra sem solução de continuidade, e por desenvolvimento interno, no Estado Democrático de Direito (2004, p. 224).

Por outro lado, H. L. Tribe demonstra o viés ideológico das teorias procedimentalistas que rechaçam a adoção de valores substanciais devido à impossibilidade de sua fundamentação racional, ao aduzir que subjazem fundamentos substanciais igualmente às normas procedimentais. Assim é que as normas que impõem, *v.g.*, o devido processo legal, o direito de voto, a participação de minorias têm por base valores morais inspirados pela dignidade do ser humano.

Logo, a Constituição liberal é inescapavelmente substantiva (TRIBE, H.L. *apud* LUCAS, 2009, p. 93-103).

Ademais, a alegação de que a proteção de um elenco mínimo de valores morais nos textos constitucionais de Estados democráticos – para vincular a atuação administrativa, legislativa e jurisdicional – contraria o ideal da democracia ignora que a transformação dos direitos humanos em direitos fundamentais requer a manifestação da vontade popular mediante representantes eleitos democraticamente.

É o binômio democracia-direitos humanos que sustenta o Estado Democrático de Direito, cuja substancialidade é construída em torno de um conjunto mínimo de valores morais necessários à vida digna. A imanência desses valores à natureza humana vem sendo justificada discursivamente desde o século XVIII. Tanto é assim que a consecução de um consenso democrático acerca de tais princípios universais, em ordem a positivá-los, não é sequer minimamente tão problemática quanto sua implementação.

Como refutação especificamente à visão de Bobbio da impossibilidade de fundamentação dos direitos humanos devido à historicidade dos mesmos, cabe mencionar as posições de Peces-Barba e Perez-Luño, para quem a historicidade é pertinente ao reconhecimento gradual dos direitos humanos, não ao seu fundamento racional, que deita raízes na ideia jusnaturalista de que a natureza do homem demanda um núcleo mínimo de valores morais decorrentes da dignidade humana. Dessarte, a universalidade dos direitos humanos decorre desse fundamento racional discursivamente demonstrável – a ligação de um patrimônio moral nuclear à dignidade humana – e não do fato político e histórico de sua positivação (PECES-BARBA, Gregorio Martínez; PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique; *apud* LUCAS, 2009, p. 92).

As contestações à teoria da universalização dos direitos humanos – e, portanto, à universalização de um elenco nuclear de valores morais como as dez capacidades de Nussbaum – com base na ideia de que as diferenças culturais seriam desrespeitadas labora, outrossim, em dois claros equívocos: o de que inexistente um pequeno conteúdo moral comum à humanidade, mas sim e exclusivamente diferenças culturais, e o de que o conceito de diferença cultural pode existir sem o complemento do conceito de semelhança cultural.

Realmente, as objeções do multiculturalismo partem da premissa de que não há elementos culturais comuns entre seres humanos de diversas culturas, como a ideia de que crianças devem ser educadas, de que a vida humana deve ser minimamente garantida, de que os seres humanos têm direito à liberdade e, portanto, à liberdade de expressão etc.

A antropologia hermenêutica de Geertz, sintonizada com a intersubjetividade da razão proclamada pelo giro linguístico filosófico, ou seja, com a noção de que conhecemos na linguagem e, pois, numa comunidade de sentidos compartilhados é uma negação enfática desse antropologismo superficial e simplista segundo o qual as culturas são repositórios estanques de diferenças.

As teses procedimentais multiculturalistas, outrossim, desconhecem o princípio racional básico enunciado por Heráclito consistente na

complementariedade dos conceitos contrários (MARCONDES, 2009, p. 15-17, Fragmentos 8, 10, 50, 51 e 126). Nesse sentido, as semelhanças morais nucleares entre todas as culturas humanas – advindas da dignidade do ser humano – são precisamente o elemento que possibilita constatar as diferenças existentes. São as semelhanças culturais – dentre elas a substância moral mínima a todas as culturas – que permitem a identificação e exame das diferenças culturais, de forma que essas não impedem a obtenção de consenso acerca de valores morais essenciais.

Portanto, verifica-se que os mesmos argumentos de ausência de justificação racional e desrespeito antidemocrático à pluralidade de tradições culturais opostos à universalização dos direitos humanos repetem-se na prevista alegação de intuicionismo com relação à teoria das dez capacidades. Infere-se também que os raciocínios elaborados em defesa da possibilidade de fundamentação racional dos direitos valores morais (e, por conseguinte, da possibilidade de universalização dos direitos humanos) assistem à sustentação da viabilidade de fundamentação racional da teoria da justiça de Martha Nussbaum.

Acresce que o argumento da impossibilidade de consenso entre cidadãos de culturas diversas não é oposto à teoria da justiça como equidade, embora a exequibilidade de um acordo entre seres humanos com heranças culturais diversas seja nela prevista, quando Rawls afirma ser a meta de seu procedimento obter um consenso sobreposto acerca de princípios políticos comuns que não violem as *doutrinas políticas razoáveis* e diversas de todos os cidadãos (RAWLS, 2008, p. 482-486).

Ademais, ao antecipar o debate referente a um suposto intuicionismo por parte do enfoque das capacidades, Nussbaum aduz que não existe menor quantidade de intuição na teoria da justiça como equidade, pois a posição original na qual as partes elaboram o contrato social sob o véu da ignorância é uma idealização, uma ficção engendrada para justificar uma irreal deliberação imparcial sobre princípios políticos.

Martha Nussbaum contrapõe ao argumento de que o enfoque das capacidades consiste numa forma de intuicionismo inconciliável com o construtivismo político rawlsiano. Outrossim, a alegação de que há outros valores morais substanciais inseridos por Rawls ao longo de toda a teoria da justiça como equidade, a exemplo da inviolabilidade do ser humano, que não suscitam reações procedimentalistas.

Os seguidores da abordagem procedimental ficam normalmente incomodados com o apelo direto do enfoque das capacidades à ideia de dignidade humana, mas não veem problema com um papel similar desempenhado pela ideia de inviolabilidade humana e pela ideia intuitiva relacionada de respeito pelas pessoas na teoria de Rawls – isso ocorre simplesmente porque há tantos elementos interpostos entre essas ideias intuitivas e o resultado final que falhamos em notar o trabalho que realizam. (NUSSBAUM, 2013, p. 214).

Logo, com relação à aventada irracionalidade do enfoque das capacidades pela adoção de conteúdo moral não submetido a uma negociação *anterior* à

formação do agrupamento social, Nussbaum argumenta que as partes igualmente não deliberaram acerca da imparcialidade conferida ao momento inaugural do debate sobre os princípios políticos e tampouco acerca do respeito à inviolabilidade humana durante todo o procedimento.

No que pertine à alegação de arbitrariedade, a autora do enfoque das capacidades sustenta que todos os princípios plurais e diversos da lista de capacidades representam o conteúdo mínimo de justiça, destinado à introdução em bloco numa constituição ou em algum conjunto similar de conceitos básicos (NUSSBAUM, 2013, p. 215). Nessa lógica, como o enfoque das capacidades, a exemplo da teoria de Rawls, destina-se a orientar o Estado Democrático de Direito, resta implícito que Nussbaum não abandona inteiramente o contratualismo liberal, mas sim postecipa o momento do debate sobre os princípios políticos, o qual, todavia, não deixa de ocorrer democraticamente no âmbito da positivação das capacidades como direitos fundamentais.

Realmente, assim como ocorre com a universalização dos direitos humanos, a teoria da justiça das dez capacidades supõe uma repactuação em concreto do contrato social no contexto de uma sociedade organizada. A meta de introdução da lista de capacidades no texto constitucional ou em algum outro instrumento legislativo revela que a ideia da estipulação dos princípios políticos substanciais não afronta a ideia fundante do contratualismo liberal de que os cidadãos devem decidir quais os princípios políticos da organização social.

Paralelamente à situação ideal imaginada pelo contratualismo rawlsiano, o enfoque das capacidades preconiza a realização de um ajuste político real e posterior à agregação do homem em sociedade para inclusão dos valores morais mínimos necessários a uma vida digna.

A estrutura constitucional (uma vez que os fins são introduzidos em uma constituição ou em algum conjunto similar de conceitos básicos) exige que *todos* sejam assegurados para todo e qualquer cidadão, até certo nível mínimo. (NUSSBAUM, 2013, p. 215).

A autora do enfoque das capacidades aduz que a intuição pode estar envolvida na gradação com que cada capacidade é efetivada, todavia – assim como Rawls estabelece para questões acerca dos limites da liberdade de expressão em sua obra Liberalismo Político – Nussbaum entende que o *locus* adequado para esse tipo de discussão adicional com relação à concretização das capacidades é o processo judicial, no âmbito do qual, mais uma vez, pode haver uma deliberação racional orientada pelo raciocínio jurídico sobre a medida que em cada capacidade deve ser realizada, e não uma ordem arbitrária e subjetiva sobre como implementar os valores que integram o núcleo moral imprescindível à dignidade humana.

É verdade que insisto que um modo de estabelecer adequadamente o nível mínimo para dada capacidade seria olhar para as outras capacidades afetadas: assim, um tribunal que tivesse que decidir sobre os limites da liberdade de expressão religiosa poderia levar legitimamente em consideração o direito fundamental de todas as crianças à educação, e assim por diante. (...),

assegurando-nos de que o conjunto completo é coerente e pode ser realizado como um todo. (NUSSBAUM, 2013, p. 215-216).

Constata-se, pois, que ao invés de intuir e impor valores morais autoevidentes infensos à justificação racional, o enfoque das capacidades extrai da teoria da universalidade dos direitos humanos seu elenco de capacidades, discursivamente justificada à exaustão, pois a justificação racional de valores morais demanda um discurso deliberativo, pautado na razoabilidade e na probabilidade, e não um discurso epidítico, que vise apresentar, à guisa de conclusões, certezas demonstráveis empiricamente (ARISTÓTELES, 2011, p. 170).

Logo, a fundamentação discursiva da existência de fundamento racional e universalidade dos direitos humanos elaborada pela corrente substancialista presta-se sem sobressaltos a justificar racionalmente a colocação de valores morais exigidos pela dignidade do ser humano como resultados a serem atingidos pela teoria da justiça das dez capacidades, a qual não rompe, mas sim renova – tal qual a teoria da universalidade dos direitos humanos – o contrato social liberal, ao propor uma repactuação no curso da vida em sociedade, destinada a incluir os dez valores morais essenciais, por meio do expediente democrático de positivação em constituições ou em documentos legislativos, na qualidade de direitos fundamentais.

Conseqüentemente, o contrato social remodelado concretamente no âmbito da democracia representativa, por fundar-se no conteúdo substancial das dez capacidades, amplia a concepção de pessoa, uma vez que o novo ajuste assegura uma vida digna a seres humanos física e mentalmente incapacitados, animais não humanos e cidadãos de todas as nações.

Sem abandonar o contratualismo liberal, o que a teoria da justiça de Martha Nussbaum modifica inequivocamente com relação a essa matriz teórica é o momento da deliberação sobre os princípios políticos da vida em comunidade. Realmente, o enfoque das capacidades afasta a ideia de um contrato social elaborado na posição original (Rawls) ou no estado de natureza (contratualismo clássico), ou seja, em momento anterior à agregação social. Propõe, isso sim, um acordo postecipado com relação à vida em sociedade, porém negociado autonomamente pelos representantes democraticamente eleitos pelos cidadãos que a ele se submetem.

O enfoque das dez capacidades é uma teoria da justiça que não cede à tentação idealista de negar a complexidade da vida em sociedade em prol da segurança de uma neutralidade substancial apenas retórica, visto que há elementos morais orientando a elaboração das teorias procedimentais, marcadamente a teoria da justiça como equidade.⁹ Não incorre igualmente no erro de ignorar a evolução da

9 Nesse sentido, Nussbaum menciona inclusive o contratualismo de Locke, que se vincula à dignidade humana e aos direitos naturais a avaliação sobre o resultado final obtido pelo acordo. Cf. NUSSBAUM, Martha. **As fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 99. Vale consultar também trechos nos quais argumenta sobre a natureza híbrida da teoria da justiça de Rawls, que inclui valores morais mediante categorias ideais de seu procedimento – op. cit. p. 68-71.

democracia no pós-guerra que submete a organização estatal ao compromisso substancial de proteção à dignidade humana.

Se a democracia dos antigos desconhece o conceito de liberdade individual, a democracia que se ergue dos escombros da Segunda Guerra Mundial desconhece a neutralidade moral em face da preservação dos direitos humanos. Nesse sentido, a teoria da justiça de Nussbaum adequa-se ao conceito de Estado Democrático de Direito da contemporaneidade com maior propriedade que a teoria da justiça como equidade de Rawls.

Ademais, a transformação da noção de Estado Democrático de Direito e uma teoria da justiça adequada a essa transformação, como é o caso da teoria de Nussbaum, mostram-se oportunas diante do efeito mais evidente da globalização: a precarização das condições de vida dos trabalhadores em países desenvolvidos e a exclusão social de parcelas amplas da população mundial (COMPARATO, 2014 p. 256-257).

Nesse sentido, os relatórios de desenvolvimento humano da Organização das Nações Unidas em anexo corroboram o pensamento de Nussbaum de que é implausível supor possível extrair justiça de um ponto de partida que não a inclua de alguma forma (NUSSBAUM, 2013, p. 69-70), pois demonstram que o crescimento econômico não acarreta necessariamente o desenvolvimento humano, de sorte a revelar-se necessária uma teoria da justiça apta a produzir resultados em matéria de desenvolvimento humano.

Enfrentada a questão da fundamentação racional da teoria das dez capacidades, seguem-se as reflexões sobre o impacto da adoção do enfoque das capacidades como complemento à teoria da justiça como equidade sobre os objetivos do Estado nacional no contexto da globalização e sobre a teoria dos direitos humanos internacionais.

2.2 Aristotelismo, globalização e soberania do Estado-nação na teoria da justiça das dez capacidades

Contrariando as modestas metas declaradas por Nussbaum, a tríplice inovação realizada pelo enfoque das capacidades – a saber, a ampliação da teoria da universalização dos direitos humanos, a renovação do contratualismo liberal e a superação do paradigma procedimentalista – delinea essa teoria da justiça como uma proposta assentada sobre a ética aristotélica e voltada para o mundo globalizado, mediante a qual sua autora almeja nos guiar de volta a algumas ricas ideias de cooperação social (NUSSBAUM, 2013, p. 5).

Assim como o fundamento no aristotelismo, a aptidão do enfoque das capacidades para solucionar problemas de justiça globais é expressamente assumida (NUSSBAUM, 2013, p. 211). É, portanto, pertinente indagar como uma ponte entre contratualismo liberal e ética aristotélica auxilia na tarefa de elaborar uma teoria da justiça capaz de contribuir para o equacionamento de questões oriundas da globalização.

Nesse diapasão, vale mencionar que os argumentos anteriormente analisados a respeito da possibilidade de universalização decorrente da fundamentação racional de valores morais permitem vislumbrar parcialmente a resposta. Importa também destacar, a esse respeito, que a possibilidade de fundamentação racional dos valores morais essenciais à proteção da dignidade humana e, por conseguinte, a proposição da universalização de uma mínima agenda moral é tratada por Aristóteles na *Ética a Nicômaco* e na *Política* com vistas ao aperfeiçoamento dos modelos de organização política e social das cidades-estado por ele conhecidas (NUSSBAUM, 1993, p. 684-699).¹⁰

Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles isola experiências humanas que entende sucederem a todos e diante das quais o ser humano tem que realizar escolhas. No bojo de cada experiência humana universal, enuncia quais virtudes devem orientar a conduta em ordem a que o hábito de viver conforme tais valores conduza o ser humano à felicidade ou eudaimonia. Nessa ordem de ideias, Aristóteles elabora sua lista de virtudes (valores morais) a serem efetivados para que o homem tenha uma vida florescente em sociedade, pois só concebe o homem como animal político (ARISTÓTELES, 2015, p. 287-293).

No que pertine à universalização de valores morais, o estagirita sopesa as diferenças e semelhanças entre as culturas conhecidas de seu tempo e – assim como os substancialistas do neoconstitucionalismo – conclui na *Política* que em geral todos os seres humanos buscam o bem e não a manutenção de suas tradições culturais acima de tudo (ARISTÓTELE *apud* NUSSBAUM, 1993, p. 684). Logo, o universalismo da ética aristotélica afirma que, a par das naturais distinções culturais, existem as igualmente naturais semelhanças oriundas da tendência humana de buscar primordialmente o bem, mesmo que nesse processo sua conduta evolua para modificar tradições ancestrais.

Aristóteles, outrossim, contribui para a reformulação do conceito de pessoa do enfoque das capacidades. A noção aristotélica de pessoa, é mister destacar, adequa-se com mais facilidade à realidade da integração mundial, pois, ao contrário de Kant, Aristóteles não funda a natureza humana na racionalidade plena – que é contingente e não essencial – mas sim na ideia de que o homem é um animal destinado a viver em sociedade, um animal político, um ser cuja felicidade só pode decorrer de uma integração social direcionada ao bem comum.

Nessa lógica, a principal relação entre a base aristotélica do enfoque das capacidades e a globalização decorre do fato de que a transformação que opera no contrato social possibilita a proteção da dignidade humana em situações de extrema assimetria de poderes entre pessoas e entre nações, pois antepõe resultados indispensáveis à cooperação social diretamente relacionados à proposta dos direitos humanos de universalização do cabedal mínimo de valores morais necessários à dignidade humana.

¹⁰ No capítulo 67 da obra *The Quality of Life*, Nussbaum demonstra a relação entre a ética aristotélica e a elaboração de uma lista de virtudes (valores morais) destinada a possibilitar uma vida digna.

As teorias do contrato social consideram o Estado-nação sua unidade básica. (...). Tais teorias não podem fornecer abordagens adequadas a problemas de justiça global, isto é, de justiça que lida com desigualdades entre nações ricas e pobres, e entre seres humanos de qualquer nação. (...). O enfoque das capacidades, em algumas de suas versões, nos ajuda a pensar satisfatoriamente sobre qual deveria ser o objetivo das relações internacionais. (NUSSBAUM, 2003, p. 112).

Dessarte, a teoria da justiça de Martha Nussbaum desempenha também um papel de fornecer anteparo à soberania do Estado-nação – combatida pela globalização – no sentido de impedir que esta continue a violar pelo menos o núcleo ético indispensável à preservação da dignidade humana. Com efeito, a teoria da justiça das dez capacidades pode embasar uma resistência eficaz ao avanço crescente da globalização econômica sobre a soberania do Estado nacional, na medida em que fundamenta a proteção da dignidade humana dos cidadãos de qualquer nação mediante o respeito aos dez requisitos mínimos que estabelece como resultados incindíveis a serem atingidos e preservados pela organização política.

Assim, o enfoque das capacidades inaugura a perspectiva de uma restauração da soberania nacional centrada na universalização da dignidade humana em confronto às pressões contrárias opostas pelo poder econômico no processo de globalização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da justiça das dez capacidades possui fundamentação racional suficiente e compatível com o contratualismo liberal. A máxima essencial do liberalismo de que o ser humano deve decidir com autonomia acerca dos princípios substanciais de organização política que regem a sociedade não é contrastada pelo enfoque das capacidades.

Realmente, a teoria de Nussbaum não sustenta que as dez capacidades devem ser impostas, mas sim expostas ao debate político próprio das democracias representativas que antecede a positivação de direitos humanos sob a forma de direitos fundamentais. A autonomia do ser humano na escolha dos princípios políticos da cooperação social é preservada no processo de adesão democrática ao enfoque das capacidades na concretude da vida, no contexto histórico e político de uma repactuação complementar dos termos do contrato social em razão do desenvolvimento na noção de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o enfoque das capacidades reformula o contratualismo sem afrontar a autonomia do ser humano e adequa-se ao Estado nacional materialmente comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais – modelo de Estado Democrático de Direito do pós-guerra –, sendo, portanto, apto a complementar a teoria da justiça como equidade de Rawls.

Ao ampliar as fronteiras demarcadas para a justiça pelo contratualismo rawlsiano – com o objetivo de incluir deficientes físicos e mentais, cidadãos do

mundo inteiro e animais não humanos – Nussbaum igualmente renova o contratualismo e a teoria da justiça, harmonizando-os ao neoconstitucionalismo, visto que define a organização política sob a forma de um contrato social postecipado e fundado numa teoria do bem universal discursivamente justificável – a saber, a teoria dos direitos humanos.

No contexto da globalização, a teoria da justiça de Nussbaum possibilita que a integração mundial represente a garantia de uma vida digna para todos os seres humanos. Nessa ordem de ideias, revitaliza também o conceito de soberania nacional, enfraquecido pela globalização, ao assinalar e embasar a proteção da dignidade humana dos cidadãos como escopo inegociável e universal de todos os Estados nacionais. Portanto, cumpre reconhecer que o enfoque das capacidades refunda a soberania do Estado-nação ao incumbir-lhe a defesa da dignidade humana como meta prioritária.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

_____. **Política**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **A civilização capitalista**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. 2v. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. 2v. Tradução Fabio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LUCAS, Douglas Cesar. O problema da universalidade dos direitos humanos e o relativismo de sua efetivação histórica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo: n. 13, p. 81- 103, jan./jun.2009.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia: dos pré-socráticos a**

Wittgenstein. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

NUSSBAUM, Martha. **As fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. Non-relative virtues: an Aristotelian approach. In: SEN, Amartya; NUSSBAUM, Martha (orgs.). **The quality of life**. Oxford: Claredon Press, 1993.

PECES-BARBA, Gregorio Martínez. La universalidad de los derechos humanos. Revista **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Universidad de Alicante, Biblioteca Digital Miguel de Cervantes, vol. 15-16, p. 613-633, 1994. Disponível em: www.cervantesvirtual.com. Acesso em: 09 nov. 2016.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O liberalismo político**. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STRECK, Lenio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. Revista **NEJ – Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí-SC, volume 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

Recebido em 11.09.2017

Aceito em 25.10.2017

CRÍTICA DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO. O ATIVISMO JUDICIAL ENTRE RECONHECIMENTO E REDISTRIBUIÇÃO

CRITICISM OF THE JUDICIAL POWER PROTAGONISM. JUDICIAL ACTIVISM BETWEEN RECOGNITION AND DISTRIBUTION

André Leonardo Copetti Santos¹
Doglas César Lucas²

Sumário: Considerações iniciais. 1 Sobre a relevância do debate entre reconhecimento e redistribuição para o constitucionalismo contemporâneo. 2 Protagonismo judicial, separação dos poderes e questões orçamentárias. 3 Políticas públicas, decisões judiciais e redistribuição. 4 Reconhecimento, identidade e proteção constitucional. 5 O protagonismo judicial e a restrição de direitos. 6 O protagonismo judicial e a democracia. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal ampliar a reflexão acerca dos limites e possibilidades do protagonismo judicial para além do âmbito meramente positivo constitucional, levando-o até o plano da filosofia moral e da filosofia política, especialmente pela utilização das categorias “reconhecimento” e “redistribuição”, centrais ao debate filosófico contemporâneo. A microtese do trabalho é a de que decisões judiciais “ativistas” são justificáveis quando ampliam a proteção constitucional das identidades dos cidadãos e dos grupos sociais minoritários, desde que não prejudiquem direitos de terceiro ou que disso decorra a distribuição de bens sociais que dependam da oneração de orçamentos dos demais poderes públicos, especialmente do Executivo. O trabalho foi desenvolvido de acordo com uma metodologia crítico-dialética e realizado valendo-se da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Justificação. Reconhecimento. Redistribuição. Separação dos Poderes.

Abstract: The main objective of this article is to expand the reflection about the limits and possibilities of judicial protagonism beyond the simple positive constitutional scope, taking it to the level of moral philosophy and political philosophy, especially by the use of the categories “recognition” and “redistribution”, central to the contemporary philosophical debate. The

1 Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e pós-doutorando pela Universidade de Santiago do Chile (USACH). Possui mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1988). Atualmente é professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ, IJUÍ, RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Coordenador Executivo do PPGD/URISAN. Membro fundador da Casa Warat Buenos Aires e da Editora Casa Warat. Livros e artigos publicados nas áreas de direito penal, direito constitucional, teoria do direito e ensino jurídico. Advogado criminalista.

2 Pós-Doutor em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre (2012). Doutor em Direito pela UNISINOS (2008). Mestre em Direito pela UFSC (2001). Professor dos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito na UNIJUÍ. Professor no Curso de Direito do Instituto Cenequista de Ensino Superior Santo Ângelo – IESA. Professor colaborador no Mestrado e Doutorado em Direito da URI – Santo Ângelo. Editor da Revista Direito em Debate, da Unijui. Coordenador da Coleção Direitos Humanos e Democracia, publicada pela editora Unijui. Avaliador do MEC/INEP. Consultor Ad Hoc da Capes. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos humanos, identidade, interculturalidade, desobediência civil, direito de resistência e democracia.

micro-thesis of the work is that “activist” judicial decisions are justified when they extend the constitutional protection of the identities of citizens and minority social groups, provided that they do not affect the rights of third parties or that this results in the distribution of social goods that depend on the burden of budgets of other public powers, especially the Executive. The work was developed according to a critical-dialectic methodology and carried out using bibliographical research.

Keywords: Judicial Activism. Justification. Recognition. Redistribution. Separation of Powers.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A atuação jurisdicional, em suas distintas vicissitudes, tem se tornado um objeto de reflexão cada vez mais caro a algumas ciências que se ocupam do fenômeno jurídico, em especial às abordagens da sociologia política e jurídica, da ciência política e da filosofia política e do direito. O principal fator determinante da abertura dessa senda investigativa é, como destaca Boaventura de Sousa Santos, o recente e sempre crescente protagonismo social e político dos juízes (2009, p. 81), situação praticamente inexistente nos períodos pré-modernos em função da quase total submissão da *iurisdictio* à *gubernaculum*. Essa ampliação do protagonismo judicial e as preocupações teóricas disso decorrentes são ainda mais intensas e reclamam um cuidado investigativo e um debate público muito maiores em países como o Brasil, onde uma concentrada e densa positivação de direitos fundamentais de diferentes características e funcionalidades ocorrida na Constituição Federal de 1988, tem gerado uma avalanche de demandas sem precedentes que atingiu todos os poderes estatais, seja por políticas públicas, seja por legislações ou, no âmbito do Judiciário, por decisões judiciais.

O tema dos limites e possibilidades da atuação do Poder Judiciário frente aos outros poderes não é novo. Montesquieu, em seu “Espírito das Leis”, Hamilton, Madison e Jay, nos “The Federalist Papers”, ou Tocqueville na “Democracia na América” já tratavam desse assunto há mais de duzentos anos. Entretanto, nos últimos tempos, a matéria foi renovada. No Brasil, julgamentos históricos com alta intensidade protagonística têm sido realizados pelo Supremo Tribunal Federal, com um nível de ruptura ética como jamais havia ocorrido. A título exemplificativo, no mesmo passo em que se ampliaram os espaços sociais, políticos e econômicos de casais homossexuais com a decisão na ADI 4.277, restringiram-se enormemente direitos de réus em processos criminais, com a viabilização da prisão após decisão condenatória em segundo grau em decorrência do acórdão prolatado no HC 126.292/2016.

A teorização realizada nos clássicos antes apontados, bem contextualizada a situações temporal e espacialmente específicas à França e aos Estados Unidos oitocentistas, não pode ser indiscriminadamente aplicada, como uma espécie de teoria política e jurídica geral sobre a separação dos poderes, a qualquer discussão que se pretenda estabelecer para balizar a atuação de Poderes Judiciários de distintos países na contemporaneidade. Esse cuidado há de ser ainda mais refinado para os arranjos institucionais de países onde aspectos totalmente peculiares da realidade

social, econômica, política e jurídica exigem uma reflexão mais adequada, seja em termos estruturais, seja em termos funcionais e de conteúdo para um balizamento dos marcos de atuação do Poder Judiciário em frágeis democracias, tanto sob o aspecto formal quanto substancial. É preciso ter presente que os modelos de atuação judicial nos países centrais não se adequam às trajetórias históricas dos países periféricos e semiperiféricos. Nesses, o nível de desenvolvimento econômico e social afeta o desempenho dos juízes em dois sentidos fundamentais: por um lado, condicionando o tipo e o grau de litígio social e, por consequência, o de litígio judicial; por outro, ainda que não se possa estabelecer uma correlação exata entre desenvolvimento econômico e político, os sistemas políticos de países menos desenvolvidos ou de desenvolvimento intermediário são em geral mais instáveis, com períodos mais ou menos longos de ditadura, alternados com períodos mais ou menos curtos de democracia de baixa intensidade, fato que afeta sensivelmente a atuação judicial (SANTOS, 2009, p. 102).

Com o acontecimento dos Estados constitucionais modernos, os Tribunais tornam-se órgãos de soberania, compondo um novo arranjo institucional republicano, onde a separação e a harmonia dos poderes joga um importante papel. Entretanto, em que pese a existência dessa estrutura de poder bicentenária, praticamente na totalidade dos países ocidentais que adotam modelos constitucionais de organização política, é preciso considerar que uma série de particularidades e necessidades afeta as características estruturais e funcionais do concerto institucional dos poderes em cada país, especialmente em função do constante aumento do protagonismo do Poder Judiciário ao longo da modernidade.

A compreensão do significado sociopolítico da atuação dos tribunais tem ultrapassado em muito algumas das explicações reducionistas que as vinculam aos modelos explicativos do Estado baseadas na evolução do fenômeno europeu, notadamente as que relacionam a atuação judicial com as diferentes fases de positivação dos direitos humanos em cartas constitucionais. Não que não haja uma influência dos diferentes tipos de direitos fundamentais positivados historicamente sobre os parâmetros da atuação judicial. Sim, há. Entretanto, o que é preciso deixar claro é que ainda que a evolução da postura dos tribunais de diferentes países guarde certos traços em comum, não só porque, como afirma Santos, os estados nacionais partilham o mesmo sistema interestatal, mas também porque as transformações políticas são em grande parte condicionadas pelo desenvolvimento econômico e – acrescentamos –, boa parte dos países adota os diferentes núcleos de direitos humanos acordados internacionalmente como base de seus julgamentos, é preciso considerar que essas mesmas razões indicam que a evolução varia significativamente de Estado para Estado, consoante a posição no sistema interestatal e da sociedade nacional a que respeita no sistema da economia-mundo (SANTOS, 2009).

Santos (2009), tomando em conta a complexidade de fatores que podem afetar a atuação do Poder Judiciário, subdivide a periodicidade da postura sociopolítica dos juízes considerando elementos que ultrapassam em muito a cultura jurídica dominante (tradição europeia continental, anglo-saxônica etc.), para chegar a dois fluxos históricos de desenvolvimento do comportamento dos sistemas

judiciais: a evolução nos países centrais e a evolução em países periféricos e semiperiféricos (como o Brasil, dentre outros).

Assim, pensar os limites e possibilidades do protagonismo judicial no Brasil, tanto no que toca à judicialização da política quanto em relação a possíveis ativismos – e é essa última questão a que mais celeuma e preocupação tem causado –, exige, em primeiro lugar, que nos afastemos, cautelosamente, da periodização da postura sociopolítica dos tribunais construída em termos de evolução dos processos de positivação de direitos humanos no constitucionalismo dos países centrais, dividida entre o período liberal, o do Estado providência e o do Estado democrático pós-Segunda Guerra, pois essa macroabordagem está vinculada a fenômenos históricos específicos e próprios da Europa, decorrentes de lutas sociais que determinaram as conquistas políticas posteriormente positivadas, paulatina e sequencialmente, sob a forma jurídico-constitucional de direitos fundamentais. Em nosso caso, não só não tivemos esse processo político-jurídico paulatino, sucessivo e sequencial, mas, por outro lado, tivemos uma positivação abrupta, num só momento – a Constituição Federal de 1988 – de distintos tipos de direitos fundamentais, situação que somada a desequilíbrios institucionais atribuíveis ao uso indevido, excessivo e indiscriminado de medidas provisórias pelo Poder Executivo, gerou um colapso para o Poder Legislativo no seu desiderato de atender, no plano infraconstitucional, todas as exigências e indicações de normatização constantes na Carta Constitucional.

Essa situação de impotência do Poder Legislativo para atender a todas as demandas de legislação que lhe foram submetidas pós-88, levou a uma maior procura pelo Poder Judiciário, que passou a ser provocado a manifestar-se sobre uma série de questões com forte apelo político, e que tradicionalmente eram tratadas pelo Legislativo, mas que, desde então, não são e continuam a não ser resolvidas no plano parlamentar. Essa inflação de demandas por normatização decorre, sem dúvida alguma, não só do leque de novos direitos quantitativa e qualitativamente diferenciados em relação aos nossos anteriores catálogos constitucionais, os quais colocaram no jogo político e jurídico novas exigências e indicações constitucionais de regulação, como também não só dos desequilíbrios institucionais em relação à separação e harmonia dos poderes, mas também resulta da composição altamente conservadora do Parlamento – veja-se o caso da bancada evangélica que hoje conta com 87 parlamentares (85 deputados e 2 senadores) –, ou ruralista, composta por 207 deputados, ou, ainda, da bancada da bala, com 35 deputados (AGÊNCIA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO, 2016).³ Essa situação política merece toda atenção, especialmente quando se tem em mente a questão dos limites e possibilidades do ativismo judicial num contexto normativo constitucional que não

³ O número de componentes de cada bancada pode variar, especialmente se considerarmos aqueles que são diretamente financiados pelas entidades por ele representadas ou, então, se levarmos em consideração uma espécie de participação cruzada dos deputados em diferentes bancadas, segundo os temas centrais defendidos por cada uma delas. Por exemplo, um deputado ruralista pode, ao mesmo tempo, estar agregado à bancada evangélica. Os deputados das 3 bancadas mais conservadoras (boi, bala e bíblia) reiteradamente atuam conjuntamente em defesa de interesses comuns. Ao todo, 373 (73%) dos 513 deputados estão inscritos em pelo menos um desses três grupos. Ver a respeito <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509963/noticia.html?sequence=1>.

pode ser considerado conservador. Muito pelo contrário. Em toda nossa história constitucional é o texto mais progressista, mais tolerante, mais democrático.

Em suma, o que queremos acentuar é que uma complexa rede de causalidades determinou uma modulação na atuação dos poderes públicos em suas clássicas funções, restando à jurisdição a solução de uma quantidade considerável de conflitos, que, no entendimento dos que se posicionam contra o ativismo judicial, caberia ao exercício da função legislativa.

Diante desse enredado cenário institucional, composto por um emaranhado de causas e por um amplo leque de possíveis consequências sociais, políticas e jurídicas de um protagonismo judicial mais efetivo, cabe-nos investigar o sentido da atuação judicial dentro das raias das deficiências, necessidades e virtudes decorrentes da nossa realidade social, da nossa cultura política e jurídica, dos nossos arranjos institucionais. E nesse sentido, em primeiro lugar, não há como evitar a realidade de que, após a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário no Brasil assumiu um papel muito mais político, em função da judicialização de temas que até então não chegavam até ele. Em segundo lugar – e aqui se põe a questão central do presente artigo –, como deve o Judiciário proceder, nos marcos de um constitucionalismo principiológico compromissório-dirigente, quando provocado a resolver questões conflituosas presentes em nossa realidade social, que reclamem soluções pelos poderes públicos, mas não resolvidas pelo Executivo e pelo Legislativo? Para sublimar o problema, como deve posicionar-se o Judiciário quando ou não há regra de direito explícita ou princípio específico no sistema jurídico que permita uma subsunção direta, ou as regras de direito existentes geram uma situação de tremenda injustiça social totalmente às avessas de qualquer concepção que se possa ter de democracia?

Os incentivos a um protagonismo do Poder Judiciário, baseados na legitimidade do ativismo judicial quando efetive direitos fundamentais, ou as objeções à crescente intervenção dos juízes na vida brasileira, basicamente centradas nos riscos para a legitimidade democrática, nos riscos de politização da justiça e na falta de capacidade institucional do Judiciário e seus limites, não resolvem o problema além dos limites da Constituição, ou seja, a Carta Magna é o ponto final dos argumentos tanto para defender quanto para refutar o ativismo judicial. Veja-se, por exemplo, as posições de dois grandes arautos dessas posições: Luis Roberto Barroso – defensor do protagonismo – e Lenio Luiz Streck – ferrenho opositor. O primeiro, em conclusão ao seu artigo “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática” diz que

o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões

deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça (2012, p. 31).

Em contraposição à possibilidade do ativismo judicial, mas por um caminho diferente que também chega ao mesmo lugar – a Constituição – Lenio Streck, utilizando-se de aportes da filosofia do conhecimento, mais especificamente da hermenêutica, denunciando os inconvenientes das exceções discricionárias/arbitrárias e os perigos de perda da autonomia do direito e sua consequente substituição pelo pragmatismo político-jurídico, em seus mais diversos aspectos, refere que

Há, visivelmente, uma aposta na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-os do constante perigo da exceção. Disso tudo é possível dizer que tanto o velho discricionarismo positivista quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito têm algo em comum: o déficit democrático, isso porque, se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, a esta altura da história é um retrocesso reforçar/accentuar formas de exercício de poder fundadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, circunstância que conduz, inexoravelmente, às arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição. É nesse contexto que afigura imprescindível uma principiologia, ao mesmo tempo apta a “proteger” o direito e a concretizá-lo (2014, p. 55).

Entretanto, o próprio Streck, percebendo a relativa impotência do Legislativo na produção de um direito transformador, emenda à sua rejeição ao ativismo a possibilidade de um protagonismo judicial, ao mencionar que

A defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessária uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos nas promessas não cumpridas da modernidade e no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição e da determinação da construção de um Estado Social (2014, p. 56).

Ainda que ambas as posições sejam razoáveis e contribuam significativamente para esse debate, cremos que há muitas pontas soltas nessa rede de justificações. Daí, entendemos que outros elementos precisam ser agregados a esse debate, a fim de podermos delimitar de modo mais consistente os limites e possibilidades do protagonismo judicial. E nesse sentido, uma controvérsia importante que emerge da filosofia política pode contribuir em muito para o deslinde parcial desse problema. Referimo-nos especificamente a uma discussão estabelecida no âmbito da teoria da justiça que envolve as categorias de reconhecimento e distribuição.

Assim como Streck busca na filosofia do conhecimento, mais especificamente nos campos regionais da filosofia hermenêutica e na hermenêutica filosófica, a ideia de um controle conteudístico pela via hermenêutica, entendemos ser importante agregar algumas discussões trazidas dos terrenos da filosofia moral abrangente e da filosofia política para a seara jurídica – o que não é algo exatamente novo – como uma tentativa de aproximação de um direito autônomo em relação ao mundo da vida. Se há uma continuidade fundamental entre a filosofia moral e a filosofia política, não menos fundamental e importante é a continuidade que se estabelece entre elas e o direito, pois elas estabelecem o pano de fundo e as fronteiras do direito. O que as pessoas podem e não podem fazer umas às outras limita o que podem fazer por meio do aparato de Estado ou para estabelecer tal aparato e todas as suas possibilidades.

Inobstante o direito ser, na modernidade, marcado pela sua autonomia, isso não pode significar o seu afastamento de situações reais conflituosas que demandem normatização, conjuntura que se torna cada vez mais complexa na contemporaneidade pela emergência de um sem número de situações que, confrontadas com Constituições principiológicas como a brasileira, abrem espaços para manifestações cada vez mais largas do Judiciário. É preciso considerar que há uma série de obrigações morais mútuas de responsabilidade pública que não estão reguladas no texto constitucional, mas reclamam com urgência uma atuação dos poderes públicos. Outras estão claramente previstas, mas sua efetiva regulamentação e posterior execução estão estancadas por fatores reais do poder, esbarrando no conservadorismo parlamentar – veja-se o caso do imposto sobre as grandes fortunas, previsto no art. 153, VII, da Constituição Federal, que até hoje, passados 29 anos da sua promulgação, ainda não foi regulamentado pelo Legislativo –, sem qualquer previsibilidade acerca do seu regramento. Ou o problema das uniões homoafetivas, não só não enfrentada pelo Legislativo, mas com algumas propostas até mesmo de retrocesso, como foi o caso da “Cura Gay”. O que devemos fazer nessas situações bastante concretas que exigem normatização? Esperar *ad infinitum* nosso Legislativo ou acionar o Judiciário para que construa a solução?

É com essa preocupação de estabelecer uma crítica do protagonismo judicial que estruturamos o presente trabalho. O conceito de crítica é aqui empregado no sentido kantiano de “delimitação dos limites”, segundo a etimologia grega do verbo *krinein* – “separar”, “distinguir”, “delimitar”, do qual derivam, também, os termos “critério” e “crise”. O que aqui buscamos é tentar delimitar alguns domínios nos quais seja justificável democraticamente o protagonismo judicial dentro dos marcos de um constitucionalismo no qual o princípio da separação dos poderes desempenha um importante papel de controle e limitação do poder político, mas os direitos fundamentais ocupam um lugar muito mais destacado, como em nenhum outro arranjo constitucional em nossa história.

Adiantando resultados, a partir dos aportes da filosofia moral abrangente e, mais especificamente, da filosofia política, entendemos que o protagonismo judicial, ou sua versão mais radical – o ativismo – pode ser justificável quando o conteúdo das decisões seja de reconhecimento de identidades. Para cercarmos esse campo especulativo utilizamos a metodologia dialética, pois a construção do trabalho busca permanentemente abordar o tensionamento entre as categorias “reconhecimento” e

“distribuição”, assim como em relação às fricções entre a atuação dos distintos poderes, forma de aproximação que se revela como uma rica fonte de antinomias, pois é inevitável enfrentarmos as hostilidades imanentes a essa tentativa de arranjo em relação à atuação dos poderes públicos. A utilização dessas categorias gera uma forte oscilação entre verdade e falsidade quando as avizinhamos dos problemas relativos à efetivação de direitos fundamentais, e ainda que tentemos pautar esses abeiramentos pelo princípio da não contradição, há constantes e incessantes fugas que afetam os processos justificatórios acerca do protagonismo judicial. Essas antinomias que marcam esse problema institucional reclamam soluções, pois são institucionalizações que têm convivido proximamente, ainda que de forma um tanto quanto hostil, dentro dos paradigmas político-jurídicos que chamamos Estados Democráticos de Direito, e uma oscilação perpétua entre verdade e falsidade, sem jamais parar, não é algo racionalmente bom, e sim o suprassumo da irrazão. Em qualquer tentativa de parar esse pêndulo em algum momento, não podemos jamais esquecer a natureza praticamente aporética dessa relação entre os poderes, quando toca, em seus mínimos detalhes, a efetivar direitos fundamentais. O que pode e o que não pode ser objeto de um ativismo judicial e as repercussões disso em termos de equilíbrio dos poderes num concerto democrático materializam uma antinomia que constitui um jogo de opostos a reclamar a metodologia dialética como alternativa de aproximação, de conciliação dessa oscilação entre verdade e falsidade colocada pela existência concomitante entre o cada vez mais largo catálogo de direitos, a complexidade social e as demandas sociais dela emergentes e o equilíbrio entre os poderes públicos dentro do constitucionalismo contemporâneo.

1 SOBRE A RELEVÂNCIA DO DEBATE ENTRE RECONHECIMENTO E REDISTRIBUIÇÃO PARA O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Reconhecimento e redistribuição possuem racionalidades próprias, apelam para argumentos distintos e visam a enfrentar diferentes tipos de ofensas. Enquanto os problemas de redistribuição são atribuições predominantemente institucionais, voltados à missão do Estado, à realização de direitos sociais, o reconhecimento envolve todos os atores sociais, individuais ou coletivos. O reconhecimento pode e deve ser estimulado e garantido por políticas públicas, mas seu êxito requer a ressignificação de narrativas, práticas e teóricas no sentido de valorizar a diferença nas trocas intersubjetivas. Família, escola, trabalho etc., por isso, precisam ser afetados verdadeiramente para que uma política de reconhecimento funcione.

Uma política pública de reconhecimento, mesmo que produza efeitos redistributivos indiretos relevantes, é sustentada em argumentos que não se confundem com redistribuição. Se, de fato, os argumentos e as estratégias de reconhecimento e redistribuição são distintos, essa separação nem sempre subsiste quando se analisam os resultados das medidas adotadas, mesmo que indiretos. Nancy Fraser tem razão ao defender uma visão bidimensional da justiça, que trate as questões de reconhecimento e redistribuição conjuntamente, apesar da intensidade distinta que cada uma das dimensões pode assumir em situações que assim exigirem. Não há como separar completamente as questões de redistribuição e de

reconhecimento. Elas se interpenetram de vários modos e nem sempre com a mesma intensidade. Pode-se dizer que, em alguns casos, o argumento do reconhecimento é mais forte e a questão da redistribuição mais tênue, indireta e até pouco notada; noutros que a questão da redistribuição é o argumento central e o reconhecimento um reflexo das melhorias das condições materiais de vida. Mas também poderíamos pensar ao contrário, uma situação em que o reconhecimento poderá melhorar as condições de empregabilidade ou inserção empresarial, por exemplo.

Honneth e Fraser teorizaram sobre o reconhecimento e a redistribuição e, cada um a seu modo, podem nos ajudar a entender melhor esses tipos de demanda, que têm sido cada vez mais frequentes e têm marcado as democracias contemporâneas, com grande evidência, também, no constitucionalismo da América Latina dos últimos 20 anos.

Fraser (2002) defende uma posição não identitária do reconhecimento. De acordo com a autora americana, na sociedade contemporânea as pessoas se encontram à beira de uma marcante transição social, representada pela passagem de uma fase fordista do capitalismo (baseada na produção em massa, em sindicatos fortes e normatividade dos salários) para uma fase pós-fordista, caracterizada pela produção voltada para nichos do mercado, pela decadência dos sindicatos e pela ampliação da participação das mulheres no mercado de trabalho. Outro aspecto desse momento de transição é a mudança, facilmente percebida, de uma sociedade industrial (tecnologias de manufatura) para uma sociedade de conhecimento (tecnologias de informação). Além disso, percebe-se, também, que a tradicional ordem internacional dominada por Estados soberanos começa a sofrer desgastes e substituições por uma ordem globalizada na qual as capacidades de governo dos Estados nacionais tendem a ser reduzidas.

Mas um aspecto particular desse processo de modificações paradigmáticas é o destacado papel que adquirem as demandas culturais, capazes de promover uma espécie de politização generalizada da cultura, especialmente quanto às lutas por identidade e diferença. Percebe-se, segundo Fraser, o ressurgimento da política de estatuto e o declínio da política de classe. Em outras palavras: a luta é especialmente dedicada ao reconhecimento e não mais à redistribuição.

Portanto, a globalização acaba gerando uma nova forma de reivindicação política: a luta pelo reconhecimento. Trata-se de perspectivas que convivem de forma ambivalente. Por um lado, o reconhecimento representa uma ampliação da contestação política e um novo entendimento da justiça social, compreendendo questões de representação, identidade e diferença. Por outro lado, não é certo que as atuais lutas por reconhecimento irão contribuir para completar e aprofundar as lutas pela redistribuição, podendo resultar em um desenvolvimento combinado e desigual. Sendo assim, Fraser aponta três riscos e três soluções inerentes à atual trajetória da globalização no que se refere aos problemas de caráter identitário e de reconhecimento:

(...) o risco da substituição das lutas por redistribuição pelas lutas por reconhecimento (...). Para neutralizar este risco, proporei uma análise da justiça social. (...) O risco da atual centralidade da política cultural. (...) para que este

risco seja neutralizado, proponho uma concepção não identitária do reconhecimento adequada à globalização, (...) o risco de a globalização estar a subverter as capacidades do Estado para reparar os tipos de injustiça. A fim de neutralizar este risco, proporei uma concepção múltipla de soberania que descentre o enquadramento nacional. Em cada um dos casos, as concepções propostas assentam em potencialidades emancipatórias que estão a despontar na atual constelação (2002, p. 10).

As demandas por justiça social, no pensamento da autora americana, dividem-se em dois tipos: de um lado, as demandas redistributivas, que buscam uma distribuição mais justa de recursos e bens; de outro, a chamada política do reconhecimento, como as demandas por reconhecimento das perspectivas diferenciadoras de minorias étnicas, raciais e sexuais, bem como da diferença de gênero.

Para Nancy Fraser, a justiça requer tanto redistribuição quanto reconhecimento, de modo que nenhuma dessas demandas sozinha é suficiente. O desafio é desenvolver uma concepção bidimensional da justiça, isto é, tratar “redistribuição e reconhecimento como dimensões da justiça que podem permear todos os movimentos sociais” (2008, p. 168-169). Ou seja, requer que se olhe para a justiça de modo bifocal. Por um lado, a justiça é uma questão de distribuição justa; por outro, é uma questão de reconhecimento recíproco. Todavia, a compreensão plena só é possível quando se sobrepõem as duas lentes: distribuição e reconhecimento. Nesse sentido, Fraser (2006, p. 19) insiste que: “ni la redistribución ni el reconocimiento, por separado, bastan para superar la injusticia en nuestros días; por tanto, hay que conciliarlas y combinarlas de alguna manera”.

Pode-se dizer que, quanto à distribuição, a injustiça nasce na forma de desigualdades similares às de classe, baseadas na estrutura econômica da sociedade. Porém, no que concerne ao reconhecimento, a injustiça nasce na forma de subordinação de estatuto, assente nas hierarquias institucionalizadas de valor cultural. Quando, contudo, aplicam-se as duas perspectivas, o risco de substituição pode ser paralisado. A justiça surge, então, como uma categoria bidimensional que abrange ambos os tipos de reivindicação, sem reduzir umas às outras. Desse modo, demandas por mudança cultural, misturam-se a demandas econômicas, tanto dentro quanto entre os movimentos sociais.

Com esse propósito, Fraser (2002, p. 13) propõe o princípio de paridade de participação, segundo o qual

a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir entre si como *pares*. São necessárias pelo menos duas condições para que a paridade participativa seja possível. Primeiro, deve haver uma distribuição de recursos materiais que garanta a independência e ‘voz’ dos participantes; (...) a segunda condição requer que os padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e garantam iguais oportunidades para alcançar a consideração social.

A política da redistribuição e a política do reconhecimento podem ser contrastadas nos seguintes aspectos: por um lado, a redistribuição enfoca as

injustiças socioeconômicas que presume estarem enraizadas na economia política; o remédio para a injustiça é a reestruturação político-econômica; os sujeitos coletivos da injustiça são classes sociais ou coletividades análogas a classes, os quais são definidos economicamente por uma relação característica com o mercado ou com os meios de produção. Por outro lado, a política do reconhecimento aponta injustiças culturais, as quais estão enraizadas nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação; o remédio para a injustiça é a transformação cultural ou simbólica; as vítimas da injustiça são definidas pelas relações de reconhecimento, elas são distinguidas pela menor estima, honra ou prestígio que desfrutam em face de outros grupos na sociedade.

Ponderando as duas formas de política defendidas pela autora, pode-se observar que a solução para a injustiça econômica é a reestruturação político-econômica, enquanto que a solução para a injustiça cultural, em contraste, é algum tipo de mudança cultural. Pessoas que estão sujeitas a ambas as injustiças carecem tanto de reconhecimento como de redistribuição.

Nesse sentido, o gênero é uma coletividade bivalente, pautada simultaneamente na política econômica e na cultura. Por exemplo: homens são mais bem remunerados do que as mulheres, o que exige redistribuição. Por outro lado, há o androcentrismo, o qual gera formas de subordinação de *status* específicas de gênero, incluindo a violência sexual, a violência doméstica, a mutilação genital, etc., então, precisa do reconhecimento. Logo, a injustiça de gênero pode ser remediada apenas por uma abordagem que abarque tanto a política da redistribuição quanto a do reconhecimento.

Outro modelo de coletividade bivalente, um composto de *status* e de classe, é a raça. Os negros são bem mais afetados com taxas de desemprego e pobreza (redistribuição). Ainda, sofrem exclusão ou marginalização nas esferas públicas (reconhecimento). Desse modo, a superação das injustiças do racismo requer, tanto a redistribuição, quanto o reconhecimento, sendo que nenhuma será suficiente sozinha.

Ainda que todos os eixos de subordinação possam ser tratados como bivalentes, isso nem sempre ocorrerá no mesmo sentido, nem no mesmo grau. Além disso, as injustiças devem ser consideradas em conjunto, de modo que o objetivo deve ser desenvolver uma abordagem integrada que inclua e harmonize todas as dimensões da justiça social. Ainda, Fraser (2001, p. 281) salienta que “o dilema da redistribuição/reconhecimento não surge apenas endogenamente, dentro de uma única coletividade ambivalente. Ele também surge exogenamente, entre coletividades cruzadas”.

O projeto de integrar a redistribuição e o reconhecimento em uma mesma estrutura repercute nos debates contemporâneos acerca de três questões normativo-filosóficas. A primeira delas relata que o reconhecimento é uma questão de justiça e não de autorrealização, visto que o não reconhecimento impede a igual participação na vida social. A segunda questão considera que a justiça distributiva e o reconhecimento constituem dois paradigmas normativos distintos, pois não podem ser subsumidos um ao outro; pelo contrário, o que se propõe é desenvolver uma concepção “bidimensional” de justiça cujo núcleo é a participação paritária, na qual

a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros adultos da sociedade interagir uns com os outros como pares. A última questão levanta a discussão sobre a justiça, ou seja, ela requer o reconhecimento do que é distintivo em relação a indivíduos ou grupos, ou o reconhecimento de uma humanidade comum. Isso vai depender do que as pessoas atualmente não reconhecidas necessitam para que possam participar como pares na vida social.

A autora sugere que se faça um experimento mental. Primeiramente, considerar um tipo de sociedade pré-estatal no qual o idioma-chave das relações sociais seja o parentesco. Este, por sua vez, constitui o princípio central de distribuição, dita a posição social. Então, o não reconhecimento acarreta diretamente a má distribuição. Depois, considere-se o oposto, uma sociedade na qual a estrutura econômica dita o valor cultural e a posição do mercado dita o *status* social. Logo, a má distribuição acarreta diretamente o não reconhecimento.

Observa-se que, nesses casos, classe e *status* sobrepõem-se perfeitamente um ao outro. Nas sociedades contemporâneas, a má distribuição não acarreta diretamente o não reconhecimento e vice-versa. “Disso segue que nem o culturalismo, nem o economicismo são suficientes para compreender as sociedades contemporâneas. Ao invés, necessita-se de uma abordagem que possa acomodar a diferenciação, a divergência e a interação em todos os níveis” (FRASER, 2008, p. 184).

Por conseguinte, duas possibilidades se apresentam: uma delas é o “dualismo substantivo”, que trata a redistribuição e o reconhecimento como duas diferentes esferas de justiça, pertencentes a dois domínios societários diferentes. Esse propósito é inadequado, uma vez que Fraser interpreta erroneamente as diferenciações sociais mediante divisões impermeáveis e demarcadas. Por outro lado, há o “dualismo de perspectiva”, no qual a redistribuição e o reconhecimento constituem duas perspectivas analíticas que podem ser assumidas a respeito de qualquer domínio. Isso seria o correto.

Pode-se constatar que o que se busca não é reduzir a redistribuição e o reconhecimento um ao outro, mas sim somá-los. A necessidade, em todos os casos, é pensar de forma integrada, para que, juntos, redistribuição e reconhecimento enfrentem a injustiça; em outras palavras, a justiça requer hoje tanto reconhecimento quanto redistribuição.

Na concepção de Fraser, uma segunda ameaça à justiça social no contexto da globalização surge como resultado de uma ironia histórica:

As lutas pelo reconhecimento estão hoje a proliferar apesar (ou por causa) do aumento da interação e comunicação transculturais (...) [elas] não fomentam a interação e o respeito entre diferenças em contextos cada vez mais multiculturais, mas tendem antes a encorajar o separatismo e a formação de enclaves grupais, o chauvinismo e a intolerância, o patriarcalismo e o autoritarismo. Chamo a isto o problema da reificação (2002, p. 14).

Verifica-se que a reificação ameaça a capacidade de conceituar a justiça social num contexto de globalização. Então, propõe-se uma concepção alternativa de

reconhecimento, baseada em um "modelo de estatuto", sendo que o reconhecimento significa uma questão de *estatuto social*. Desse modo, o que requer reconhecimento no contexto da globalização é o estatuto individual dos membros de um grupo como parceiros de pleno direito na interação social, ou seja, uma política que objetive superar a subordinação por meio da instituição da parte reconhecida distorcidamente como membro pleno da sociedade, apto a participar ao mesmo nível dos demais. Nesse caso, de acordo com a professora americana, as identidades grupais acabam substituindo os interesses de classe como principal incentivo para a mobilização política.

Assim sendo, segundo o modelo de estatuto, o falso reconhecimento constitui uma grave violação da justiça. Reivindicar o reconhecimento não significa obter a valorização da identidade do grupo, mas sim a superação da subordinação, buscando instituir a parte subordinada como membro pleno na vida social, capaz de interagir paritariamente com os outros.

Outra ameaça à justiça social, ainda com Fraser, é que a globalização está a descentrar o enquadramento nacional de uma forma que se torna cada vez menos admissível postular o Estado nacional como o único contexto de atuação e a única instância que regula a justiça social. Frente a esse quadro, tem-se de determinar quais os temas são nacionais, quais são locais, regionais ou globais.

Com o intuito de neutralizar essa ameaça, Fraser considera ser preciso "uma concepção múltipla que descentre o enquadramento nacional", a qual deriva dos desencontros de escala. De tal modo, nenhum dos enquadramentos por si só se ajusta a todas as questões de justiça, pois não é garantido que um enquadramento apropriado a uma dimensão de justiça convenha igualmente à outra.

Nesse sentido, Fraser ressalta que é preciso um conjunto de enquadramentos múltiplos e uma concepção de soberania com múltiplos níveis, pois o país constitui apenas um de vários enquadramentos numa nova estrutura emergente, de modo que

(...) nesta situação, as deliberações acerca da institucionalização da justiça devem ter o cuidado de colocar as questões no plano adequado, determinando quais os assuntos que são verdadeiramente nacionais, locais, regionais ou globais. Elas têm de delimitar vários contextos de participação de forma a distinguir os conjuntos de participantes com direito a paridade dentro de cada uma delas (2002, p. 19).

Portanto, os três problemas identificados (a reificação, a substituição e o enquadramento desajustado) ameaçam a justiça social no contexto da globalização, razão por que foram propostas estratégias conceituais para neutralizar esses riscos. Para contrariar o risco da substituição, sugere-se uma concepção bidimensional de justiça que abranja tanto o reconhecimento quanto a distribuição. Para contrariar a ameaça da reificação, recomenda-se uma concepção do reconhecimento baseada no estatuto, que não conduz a uma política de identidade. Por fim, para contrariar a ameaça do enquadramento desajustado, indica uma concepção de soberania de múltiplos níveis que descentra o enquadramento nacional.

A autora manifesta preocupação com as lutas por reconhecimento que tomam o formato de um comunitarismo que “simplifica e reifica drasticamente as identidades de grupo”, fomentando o separatismo, a intolerância, o chauvinismo e o autoritarismo. Segundo a filósofa norte-americana, é necessário revisitar o conceito de reconhecimento e forjar uma concepção não identitária, que desestime o isolamento e promova a interação entre as diferenças. Para isso, é preciso desencorajar o falso reconhecimento gerado pela depreciação da identidade do “eu” exercida pela cultura dominante. Os integrantes das coletividades necessitam rejeitar as imagens construídas “desde cima” e projetar publicamente suas próprias representações.

Além disso, uma nova política de reconhecimento deve levar em conta – o que, segundo Fraser, não é feito pelas políticas de reconhecimento baseadas apenas na identidade – que o falso reconhecimento não se constitui como um mal cultural independente, isolado, mas que decorre e está diretamente associado ao problema da má distribuição. Na opinião de Fraser, o reconhecimento é uma questão de *estatuto social*, pois o que requer reconhecimento em uma sociedade globalizada não é a identidade cultural, de grupo, mas o “estatuto individual de seus membros como parceiros de pleno direito na interação social”. Desse modo, o problema da falta de reconhecimento não é um problema específico do grupo, mas representa a necessidade de se superar as relações de subordinação em uma comunidade, garantindo a todos a possibilidade de participarem da vida social em situação de paridade. Ademais, ainda segundo Fraser, ao se recusar as políticas de falso reconhecimento, pode-se estabelecer a paridade de participação como critério normativo, capaz de submeter todas as pautas de reconhecimento a processos democráticos de justificação pública. Assim, “evita o monologismo autoritário da política de autenticidade e valoriza a interação transcultural por oposição ao separatismo e ao enclausuramento do grupo. Por conseguinte, longe de encorajar o comunitarismo repressivo, o modelo de estatuto combate-o frontalmente” (2002, p. 16). Pode-se afirmar, enfim, que as pessoas que sofrem das injustiças culturais e das injustiças econômicas precisam tanto do reconhecimento quanto da redistribuição.

Já para Honneth (2003) a categoria central é o reconhecimento. Em sua tese de livre-docência, publicada no Brasil com o título *Luta por Reconhecimento*, o autor alemão, igualmente a Hegel, que o inspira, considera que os conflitos sociais são constitutivos, tanto de intersubjetividades, quanto dos próprios sujeitos. O conflito é travado intersubjetivamente e caracteriza-se por uma luta moral na medida em que os sujeitos lutam por reconhecimento recíproco de suas identidades, o que gera uma pressão social para o estabelecimento prático de instituições garantidoras da liberdade. Sustentado em Georg H. Mead, psicólogo americano, Honneth reafirma o caráter social da identidade e a ideia de que se pode perceber a evolução moral da sociedade nas lutas por reconhecimento. A identidade se constrói de modo conflitual, intersubjetivo e visando a um reconhecimento que decreta o fim de uma situação de violência causada pelo não reconhecimento. São os conflitos sociais, intersubjetivos, que constituem as diferentes lutas pelo reconhecimento recíproco de cada uma das identidades conflitantes.

Honneth valoriza os padrões de reconhecimento intersubjetivos na estrutura das relações sociais. O reconhecimento não é uma categoria que se esgota nos

processos coletivos de socialização, nas formas institucionais da vida pública apenas. Nas relações privadas, interpessoais, intersubjetivas, residem as principais experiências de reconhecimento que resultam na identidade pessoal. Para Honneth, atualizando Hegel (que já falava em amor, Direito e eticidade como três esferas do reconhecimento) e Mead, esses padrões de reconhecimento intersubjetivo seriam o amor, o direito e a solidariedade.

O amor, o afeto, é a primeira esfera de reconhecimento que liga o sujeito ao semelhante mais próximo, aos seus familiares. Apoiado em Winnicott, defende que as relações afetivas da primeira infância entre mãe e criança formam laços de confiança substanciais, reforçam o amor do outro e a confiança no outro, que geram autoconfiança e amor em si mesmo. Justamente por precisarem uma da outra, criança e mãe necessitam construir um pouco de independência para si para continuar a vida. Por mais que, com o tempo, nos individualizemos e rompamos alguns laços, pois é isso que torna a vida possível, Honneth e também Hegel consideram o amor um fundamento estrutural de toda a eticidade.

A segunda esfera de reconhecimento intersubjetivo se dá pelo Direito. Segundo Honneth (2003), o reconhecimento jurídico está sustentado na natureza ética dos sujeitos que pretendem afirmar seus direitos mediante a supressão dos particularismos e posições unilaterais subsistentes na relação das diferenças. Nos conflitos multiculturais, as lutas por reconhecimento se caracterizam por um aspecto fundamental da coexistência positiva das diferenças. Honneth entende que a lei, por ser constituída de maneira universalista, sob condições modernas, tutela os direitos de forma igualitária, desvinculando o reconhecimento jurídico de qualquer espécie de *status* social ou estamento. Assim, o reconhecimento dos direitos decorre de uma operação de entendimento puramente cognitiva, que atribui ao outro a imputabilidade moral que o torna autônomo em suas particularidades, porém igual aos demais na perspectiva da universalidade da lei.

O reconhecimento jurídico cumpre um papel importante na formação do autorrespeito na pessoa, consubstanciado pela possibilidade de se referir a si mesmo de modo positivo, como sujeito de direitos e participante dos acordos discursivos de uma coletividade. Ao poder se realizar, expor suas propriedades e particularidades concretas, a pessoa individualizada é reconhecida socialmente pelas suas contribuições ao outro e à coletividade. Uma vez que é impossível se definir um modelo universal para avaliar o valor das características e propriedades de cada sujeito, pois isso depende dos fatores histórico-sociais, cada um dos grupos sociais acaba por definir e interpretar suas formas de vida e suas realizações como importantes para o grupo. Por certo que numa realidade multicultural, tomada de valores plurais em concorrência, os conflitos de natureza cultural conduzem ao fortalecimento das opções centradas no grupo e, conseqüentemente, fomentam a importância das variadas formas de percepção sobre o mundo. Justamente por isso o Direito é uma forma potente e necessária de reconhecimento, pois pode obrigar que se reconheçam direitos independentemente de simpatias e afetos, de similitudes ou *status* social equivalentes.

Ao mesmo tempo em que Honneth (2003) tem a clareza de que o momento atual do Direito é mais positivo de que no início da sociedade moderna, sabe

também que a luta por novos direitos e pela inclusão de novos titulares de direitos, em diversos lugares do mundo, não chegou ao seu termo final. E essa luta continuará até que direitos universais sejam adjudicados em igualdade de condições e sem benefícios diferenciais de qualquer ordem.

O terceiro padrão de reconhecimento intersubjetivo descrito pelo autor é a solidariedade. Em palavras objetivas, solidariedade é uma forma de reconhecimento baseada em relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados. As pessoas se ligam reciprocamente por considerarem importantes as potencialidades e capacidades do outro nas ações comuns. Relações desse tipo são solidárias porque acolhem e dão valor positivo à particularidade individual de outro sujeito, demonstram interesse afetivo pelo outro e cuidam para que tais propriedades possam desenvolver-se e tornarem possíveis os interesses comuns. Em condições de solidariedade, o sujeito sabe-se estimado pelos outros, se reconhece como “membro de um grupo social que está em condições de realizações comuns, cujo valor para a sociedade é reconhecido por todos os demais membros” (HONNETH, 2003, p. 209). E esse sentimento tende a ficar ainda mais intenso em momentos de dificuldade, como acontece nos caso de guerra.

Após estabelecer os três padrões de reconhecimento, Honneth inverte a análise e pontua situações de desrespeito e degradação que impedem a realização do indivíduo em sua totalidade. Cada padrão de reconhecimento pode ser interpretado, na direção do não reconhecimento, como uma espécie de ofensa. A violência física afeta a integridade corporal dos sujeitos e é uma forma de ofensa que fragiliza a autoconfiança básica. Esse tipo de ofensa (exemplificado pelo estupro e a tortura), além da dor física propriamente dita, comenta Honneth, priva o ofendido de seu próprio corpo e compromete seu senso de realidade; o ofendido deixa de pertencer-se por conta do ato violento. Seguramente que essa é a forma mais cruel de não reconhecimento e que tem efeitos mais devastadores sobre as pessoas, afetando de modo bastante substancial a autoconfiança e autonomia adquiridas pelas experiências vividas desde a infância. Na violência física, a autonomia sobre o corpo é brutalmente negada.

A privação ou negação de direitos é retratada pelo autor como uma segunda forma de não reconhecimento. Nesse tipo de ofensa, cuja escravidão é a manifestação mais radical, é negado ao sujeito o direito de interagir com os demais membros da comunidade em igualdade de condições.

A humilhação ou desvalorização dos estilos de vida é a terceira forma de não reconhecimento. Por conta de ofensas dessa natureza o sujeito retira-se da cena social, deixa de participar de relacionamentos intersubjetivos, o que afeta negativamente a sua autoestima. Sente-se desprestigiado, incapaz de interagir e dialogar, como se não fosse portador de habilidades e capacidades individuais e sociais que pudessem ser estimadas pelos demais membros da comunidade. As referências negativas a sujeitos ou grupos, desprezando seus valores, habilidades e características de sociabilidade, impactam diretamente na forma como indivíduos e grupos se percebem e como se sentem percebidos pelos demais. A avaliação negativa dos sujeitos ou sua coletividade mina a autoestima e produz isolamentos,

dificuldades de interações e uma espécie de descrédito em si mesmo e em suas representações.

As ofensas ao reconhecimento funcionam como mecanismos de autoconhecimento negativa, que destroem a identidade e, por conta disso, tendem a desprestigiar ou mesmo eliminar as diferenças. Por isso, a degradação da estima social, a violação da autonomia e a privação de direitos são compreendidas, pelo autor, como provocações que devem estimular a ação política em favor das lutas por reconhecimento. São essas lutas que constituem os conflitos sociais e caracterizam a caminhada em busca do desenvolvimento social.

Diferentemente de Fraser, para Axel Honneth o reconhecimento é uma categoria moral fundamental, suprema, sendo o problema da distribuição apenas uma derivação. O ideal socialista da redistribuição é considerado como uma decorrência, como uma subespécie da luta por reconhecimento. Honneth entende que o conceito de reconhecimento, desde que bem compreendido, pode levar a uma versão modificada do paradigma marxista de redistribuição econômica. A tese de Honneth é a seguinte:

Mi tesis es que un intento de renovar las reivindicaciones globales de la teoría en las condiciones presentes se orienta mejor a través del marco categorial de una teoría suficientemente diferenciada del reconocimiento, dado que establece un vínculo entre las causas sociales de los sentimientos generalizados de injusticia y los objetivos normativos de los movimientos emancipadores (2006, p. 91).

Nessa perspectiva, o autor sugere que as injustiças distributivas devem ser entendidas com a expressão institucional da falta de respeito social ou, melhor dizendo, de algumas relações injustificadas de reconhecimento. Argumentando contra o posicionamento de Fraser, Honneth alega que “orientar em sentido normativo uma teoria social crítica hacia las demandas públicamente perceptibles de los movimientos sociales tiene la consecuencia no buscada de reproducir las exclusiones políticas” (2006, p. 100). De tal modo, o autor acredita que o pensamento de Fraser dá a impressão de que os grupos sociais estão lutando basicamente por recursos materiais ou pelo reconhecimento cultural, de modo que se surpreende que Fraser não encontre nenhuma expressão sistemática para a luta pela igualdade jurídica.

Como dissemos, Honneth elege o conflito social como objeto central de uma Teoria Crítica. Para ele, a base da interação é o conflito e sua gramática, a luta por reconhecimento. Assim, inclui um modelo de compreensão da realidade social num momento em que os conflitos sociais, mais do que a demanda por uma justa distribuição de bens materiais, incluem em pauta a luta pela dignidade humana, pela integridade física e pelo reconhecimento do valor das diversas culturas e modos de vida. Portanto, “é possível ver nas diversas lutas por reconhecimento uma força moral que impulsiona desenvolvimentos sociais” (HONNETH, 2003, p. 18). Dessa forma, Honneth acaba por impor um peso enorme na luta por reconhecimento, relegando a segundo plano a luta de classes pela detenção do capital simbólico existente na sociedade contemporânea. Do mesmo modo, entende que todos os

conflitos sociais têm sempre a natureza do reconhecimento se sobrepondo à luta pela redistribuição de renda.

Existe, contudo, um ponto de convergência entre os dois autores: apesar das diferenças internas, ambos acreditam que o objetivo da justiça social deve ser entendido como a criação de relações sociais que permitam aos sujeitos serem incluídos como membros plenos de uma comunidade política, no sentido de poderem manter e praticar publicamente seus estilos de vida, sem vergonha ou humilhação.

A riqueza da diferença poderá ser capaz de produzir novos encontros e diálogos, de estabelecer novas narrativas e formar novos espaços e racionalidades de reconhecimento recíproco. Contra as velhas e constantes modalidades de injustiça social, devem ser estimulados novos processos políticos, econômicos e sociais que tenham a potência de reinventar as instituições, fortalecendo sua missão democrática e dando sentido à vida do homem em seu cotidiano de experiências possíveis, diferentes e livres de julgamentos negativos de valor. Reconhecer e redistribuir para libertar. Eis nosso desafio.

2 PROTAGONISMO JUDICIAL, SEPARAÇÃO DOS PODERES E QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS

A abertura de um novo campo regional de análise acerca do protagonismo judicial a partir da filosofia política, especialmente no âmbito da teoria da justiça com as categorias de reconhecimento e distribuição, cremos ser de fundamental importância, pois coloca em investigação e reflexão novas possibilidades de cercar cada vez mais esse tema tão fragmentado e pleno de dúvidas.

Um tema importantíssimo a ser enfrentado em relação à questão do ativismo judicial, que pela lente do tensionamento entre reconhecimento e distribuição adquire novos matizes, diz respeito às suas consequências no tocante ao princípio da separação dos poderes. A separação e independência dos poderes públicos é um dos requisitos fundamentais para a substancialização dos princípios republicano e democrático, cernes da estrutura principiológica de nossa Constituição. Se nos países centrais, como aponta Sousa Santos (2009, p. 103), essa é uma característica consolidada na relação entre os poderes, especialmente em relação ao poder judicial, em decorrência de um lento e firme processo de consolidação democrática, nos países periféricos e semiperiféricos não ocorre o mesmo. Fustigados por sucessivos anos de ditaduras, nesses países a independência judicial foi garantida na medida em que a função jurisdicional fosse neutralizada politicamente, nos mesmos moldes da judicatura liberal europeia oitocentista, servindo assim a jurisdição aos desideratos do Executivo, inclusive pela aparência de independência. Ou seja, historicamente, especialmente nos países periféricos e semiperiféricos, o Poder Judicial foi a parte fraca nos arranjos institucionais constitucionais de separação dos poderes. Com a expansão de sua atuação e protagonismo frente aos demais poderes, o tema dos limites e possibilidades de uma

atuação proativa do Judiciário coloca em pauta uma necessária discussão acerca de uma nova ordenação dos poderes em relação às suas competências e atribuições.

Como a superveniência, desde a década de 80 do século passado, de Constituições democráticas, consequências das derrocadas das ditaduras sul-americanas, foram necessários alguns ajustes institucionais, a fim de garantir, efetivamente, a independência dos poderes. Nesse sentido, a Constituição brasileira foi pródiga ao assegurar a autonomia administrativa e financeira ao Poder Judiciário (art. 99, § 1º CF/88), assim como ao Ministério Público (art. 127, § 3º, CF/88). A Carta Política de 1988, na verdade, inovou, em relação aos textos constitucionais anteriores, a matéria orçamentária, conferindo ao Poder Judiciário e ao Ministério Público dotações próprias, prescrevendo, ainda, a entrega dos recursos correspondentes até o dia 20 de cada mês, na forma de lei complementar (art. 168 da CF). O repasse de numerários não deve ser automático, devendo obedecer ao princípio da programação de despesas (art. 47 da Lei nº 4320/64) que é impositivo para órgãos das três esferas de Poder, e, também, dependendo, ainda, de efetiva realização da receita estimada. Não há, nem pode haver transferência de verbas hipotéticas como querem alguns. É fora de dúvida, porém, que o Executivo não pode alterar, a seu talante, a data do repasse que é o dia 20 de cada mês, segundo jurisprudência já firmada pelo STF (RTJ-129/5; 136/891).

Autonomia orçamentária, nesse sentido, não quer dizer exatamente autonomia financeira como muitos pensam. Quando o art. 99 da Constituição Federal se refere à autonomia administrativa e financeira do Judiciário, na verdade, quis o legislador constituinte referir-se à autonomia administrativa e orçamentária. Conferiu-se ao Judiciário e ao Ministério Público a faculdade de elaborar as propostas orçamentárias, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (art. 99, § 1º e art. 127, § 3º da CF) a serem enviadas ao Executivo, no caso do Judiciário Federal, através dos Presidentes do STF e dos Tribunais Superiores. Após unificadas e incorporadas ao Projeto de Lei Orçamentária Anual, este será encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, até o final de agosto de cada ano. Assim, autonomia orçamentária significa que determinado órgão, com ou sem personalidade jurídica própria, foi contemplado pela lei orçamentária anual com dotação própria, fixando o montante das despesas autorizadas, no caso do Judiciário e do Ministério Público, por propostas suas. Autonomia orçamentária quer dizer, dessa forma, que um determinado órgão se constitui em uma unidade orçamentária, podendo utilizar-se das verbas com que foi contemplada, mediante observância dos rígidos princípios orçamentários e à medida de disponibilidade financeira do Tesouro.

Outrossim, não procede a tese defendida por alguns setores no sentido de que, por conta dessa propalada autonomia financeira, na verdade, orçamentária, o Poder Judiciário poderia fixar os vencimentos de seus membros e os de seus servidores. A confusão é óbvia, implicando afastamento do princípio constitucional da reserva legal (art. 92, V, da CF). Se isso fosse possível, o Executivo, que sempre deteve a autonomia orçamentária e, também, financeira, poderia fixar livremente os vencimentos de seus servidores por decreto. Por derradeiro, o velho hábito de o Legislador baixar "ato da mesa" para majorar indiretamente os vencimentos de seus

servidores, via aumento de gratificações, é inconstitucional. O princípio da reserva legal vale para todos os servidores dos três Poderes.

Em suma, a autonomia orçamentária do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público não significa independência financeira propriamente dita e, muito menos, insubmissão ao princípio da reserva legal no que tange à fixação de vencimentos de seus membros e de seus servidores, ressalvados os casos expressos no art. 49, incisos VII e VIII, da CF. Não se pode, em nome da autonomia, tomar medidas conflitantes com o próprio princípio federativo, que garante a independência e harmonia dos Poderes (art. 2º da CF) pelo sistema de freios e contrapesos, não admitindo que um deles faça o que bem entender, sem que haja interferência dos demais.

Não se pode esquecer que todos os Poderes da República estão sujeitos ao império da lei e o orçamento é uma lei aprovada pelo Poder Legislativo que não pode ser desrespeitada por nenhum dos poderes. Os limites de sua execução impõem escolhas políticas que tentarão guiar da melhor forma os gastos do Estado. Por isso, o Judiciário não pode tomar decisões que inviabilizem ou forcem, externamente, a execução orçamentária dos outros poderes, garantindo direitos que não possam ser arcados pelos cofres públicos para todas as pessoas em igualdade de condições. As decisões políticas até podem fazer essa escolha baseada em prioridades e lhe lotar um lugar no orçamento, mas, definitivamente, essa decisão não se amolda às competências do Judiciário.

Ao nosso olhar, esse arranjo institucional trazido pela Constituição da República de 1988 funciona como um importante critério republicano e democrático que faz uma sintonia ainda mais fina em relação ao princípio da separação dos poderes, e que não pode ser desconsiderado como critério limitador do ativismo judicial. Sob esse aspecto, é ilegítima, não aceitável e inconstitucional uma decisão ativista do Poder Judiciário que importar em interferência na execução orçamentária de outro poder (v.g. concessões de medicamentos ou determinações de realização de tratamentos médicos pelo Executivo), pois, assim sendo, estaria sendo violentado um dos concertos institucionais mais importantes em termos de organização dos poderes públicos num projeto constitucional republicano e democrático. Esse é um limite que não pode ser ultrapassado além do que autoriza a Constituição em termos de freios e contrapesos entre os poderes.

Em sentido oposto, decisões judiciais que não importem em afetações da execução orçamentária dos outros poderes, podem ter um grau de protagonismo maior, podendo chegar até mesmo a um ativismo judicial na hipótese de não haver leis específicas que regulem a matéria conflituosa. Esse é o caso específico de decisões como a prolatada na ADI 4.277, que interpretou o artigo 1.723 do CC de acordo com a Constituição, declarando que as uniões estáveis homoafetivas gozam do mesmo *status* jurídico das uniões heteroafetivas. Da mesma forma que, em termos políticos criminais, concebe-se que não pode ser criminalizável uma conduta que não afete bens jurídicos de terceiros ou de interesse público, em termos constitucionais é legítima e constitucional uma decisão com alto grau de ativismo que não atinja bens de terceiros ou fira os interesses materiais ou institucionais do Estado. Na situação específica das uniões homoafetivas, houve apenas um

alargamento do *status* de liberdade e mobilidade social dos interessados, sem que qualquer prejuízo disso haja decorrido a terceiros, ao Estado ou ao orçamento de outros poderes públicos. O único “prejuízo”, que na verdade se constitui em uma ruptura a um “pré-juízo”, restringe-se à seara dos sectarismos conservadores morais.

Ainda que possa haver efeitos distributivos a partir desse tipo de decisão – por exemplo, um dos membros do casal homoafetivo venha a ser dependente em plano de saúde custeado pelo outro –, é preciso considerar que esses efeitos são indiretos. Entendemos, dessa forma que decisões que não tenham qualquer repercussão em termos orçamentários, não tendo quaisquer traços redistributivos diretos, mas apenas de reconhecimento de identidades, sejam elas quais forem – comportamentais, de sexualidade, culturais étnicas etc. –, comportam uma maior tolerância ao ativismo, sem qualquer prejuízo ao princípio da separação dos poderes.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS, DECISÕES JUDICIAIS E REDISTRIBUIÇÃO

Para além das questões orçamentárias que regem formal e substancialmente a separação dos poderes em qualquer República, há outro elemento a ser considerado nesse debate que também diz respeito à composição do estatuto de uma democracia e se refere aos processos de elaboração e execução de políticas públicas. Podem os juízes definir e efetivarem políticas públicas? Qual o limite de uma decisão judicial nesse campo?

Quando nos referimos às questões orçamentárias temos em mente que a maioria das políticas públicas, se não todas, só podem ser realizadas de modo satisfatório com medidas que dispendam consideráveis gastos econômicos. É justamente pelo fato de os Estados trabalharem com um limite de recursos, que estão obrigados a definir políticas públicas (muitas vezes diferenciadoras entre os cidadãos) que objetivam definir a quantidade e a qualidade dos direitos que podem ser prestados de modo universal ou apenas para um grupo de pessoas que se enquadram numa determinada situação especial. Isso significa que o Estado, em algumas situações estratégicas, precisa tomar decisões a respeito de setores e de grupos que receberão um conjunto de benefícios que não podem ser igualmente prestados a todos os cidadãos. Nem todos os cidadãos brasileiros têm bolsas de estudos ou se enquadram nos programas da Bolsa Família, assim como nem todas as empresas conseguem vantagens tributárias para o desenvolvimento de suas atividades, por exemplo.

As políticas públicas podem definir situações de acesso diferencial às pessoas, desde que essa prática se transforme em vantagens para a sociedade como um todo. Ou seja, políticas públicas existem porque não se pode dar tudo a todos; os direitos encontram nelas um limite, pois não são absolutos. Mas quem tem o papel de definir democraticamente estes limites? Seguramente este não é um papel dos Tribunais, por mais que atualmente isso tenha ocorrido no Brasil e sob o massivo aplauso de grande parte da população.

Ora, o Poder Judiciário não pode julgar como se estivesse definindo o que são e como devem ser promovidas as políticas públicas, pois não tem a legitimidade para definir os limites econômicos de sua aplicação e muito menos a possibilidade de estabelecer o alcance de suas medidas para além das partes envolvidas no processo. Como todos sabemos, as decisões jurídicas não podem ser generalizadas para todas as pessoas que, apesar de se encontrem na mesma situação fática dos envolvidos no julgamento, não fazem parte do processo. E o Poder Judiciário pode fazer isso? Pode garantir direitos a algumas pessoas sabendo que outras na mesma condição não serão contempladas? As políticas públicas, decididas democraticamente, podem até fazer isso e de fato fazem, mas as decisões judiciais não podem. Essa é uma matéria política e sua usurpação pelo Poder Judiciário pode representar graves perigos à democracia. Dworkin (2000) já tratou dessa questão quando pontualmente defendeu que os magistrados devem se ater a questões de princípio, que garantam os direitos individuais em igualdade de condições, reservando-se às políticas públicas a possibilidade de se criar situações jurídicas diferenciadoras, desde que tragam vantagens à comunidade como um todo. Nas palavras do autor norte americano,

Minha visão é de que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 2000, p. 101).

Toda vez que uma decisão judicial concede um direito que exige uma grande quantidade de dinheiro para a sua efetivação, é de se perguntar se existe dinheiro orçado para aquele tipo de direito e se há verba suficiente para garantir o mesmo direito para todas as pessoas que se enquadrarem na mesma situação jurídica. Os juízes e tribunais desconhecem a realidade orçamentária que envolve a efetivação de determinados direitos e invariavelmente decidem sem essa preocupação, mesmo que isso comprometa a efetivação de direitos de outros cidadãos em igualdade de condições ou que afete outros projetos sociais até mais importantes. Ao fazerem isso os tribunais desrespeitam a lei orçamentária aprovada pelo Legislativo e fazem política sem legitimidade para tal.

O caso da judicialização da saúde no Brasil é bom exemplo do que estamos falando. São inúmeras as ações em que medicamentos e tratamentos experimentais, de eficácia não comprovada, sem aprovação pela Anvisa, sem reserva orçamentaria, sem discussão técnica prévia por agentes da administração, são alcançados aos cidadãos por decisão discricionária do Juiz, obrigando o deslocamento de recursos de outros setores que sofrem constantemente com este tipo de intervenção. O direito à saúde, tal como definido em nossa Constituição, em seu art. 196, é claramente um direito coletivo, um direito social que deverá ser implementado pela adoção de políticas públicas e econômicas que visem reduzir riscos de doenças e pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços de proteção e recuperação. Fazendo uma leitura rasteira desse dispositivo constitucional, os Tribunais Brasileiros, contudo,

parecem concebê-lo apenas como direito individual cujo cumprimento pode ser exigido pela propositura de uma ação judicial.

Ocorre que um Estado jamais terá recursos suficientes para atender de modo irrestrito todas as demandas de saúde de sua população e terá, portanto, que fazer escolhas políticas e definir suas prioridades. Mas essa é uma decisão política, uma escolha exclusivamente política. Qualquer decisão judicial que conceda prestações individuais tenderá a prejudicar o funcionamento do sistema de saúde. Uma política pública organizada não pode sofrer constantes interferências por setores externos que desconhecem a sua racionalidade e ainda lhe oneram de modo desordenado. (NUNES; SCAFF, 2011)

Esse tipo de política feita de modo atravessado pelo Judiciário até pode, num olhar menos atento, ser simpática aos olhos da população, pois num país de tantas dificuldades pode parecer que este tipo de decisão seja uma forma de corrigir problemas sociais e levar direito para as pessoas menos favorecidas. A situação, contudo, é mais complexa. Primeiro, por que a judicialização da saúde, como dissemos, se dá de modo individualizado e não enfrenta o problema de modo coletivo, que até poderia estimular a formatação de novas políticas públicas. Segundo, porque nem sempre são as classes mais pobres e, portanto, menos esclarecidas que possuem a capacidade de judicializar estes temas. Não raras vezes acontece um processo de redistribuição, via demandas judiciais, para as pessoas menos vulneráveis, agravando as desigualdades sociais. Em terceiro lugar, a inexistência de critérios objetivos na concessão desse tipo de demanda tem criado uma zona de incertezas mesmo diante da prestação judicial. Ou seja, como a política pública está na cabeça de cada magistrado, não é incomum que diferentes pessoas, portadoras das mesmas doenças, recebam respostas bem diferentes do próprio judiciário. Por fim, a judicialização da saúde desestrutura ainda mais a utilização dos poucos recursos disponíveis para o setor, o qual, assustadoramente, está adaptando-se a reservar verbas para cumprir mandados judiciais e viabilizar o objeto da política pública com o que resta. O Judiciário pode até identificar os cidadãos atendidos pelo processo, mas desconhece completamente os que sucumbem pela falta ou pela má gestão dos recursos públicos que ajudou a suscitar pela sua interferência indevida.

Sabe-se que a questão da injustiça distributiva é o resultado das desigualdades econômicas que contribuem para o aniquilamento real e simbólico de muita gente e que define as estruturas institucionais das formas de segregação que se reproduzem por toda a parte. Esta pauta é central para a qualidade de nossa democracia e tem cobrado um alto preço social desde muito tempo. Contudo, mesmo que as decisões judiciais possam ajudar nessa missão, é inegável que não se trata de seu papel principal. O combate à desigualdade em nosso país requer a atuação de muitas frentes e sem dúvida dependerá muito da qualidade da nossa democracia para termos êxito. Toda a sorte de desigualdades sociais requer ajustes estruturais que apenas as decisões políticas democraticamente pactuadas poderão construir. O próprio Poder Judiciário tem um papel importante na garantia das regras democráticas de construção e execução das políticas públicas, sem necessariamente querer ser o seu agente principal. Obviamente que o Poder Judiciário não pode fazer a reforma agrária conceder moradias e alimentos para aqueles que não têm e garantir o pleno emprego por meio de decisões judiciais.

Certamente que não. Mas desempenha um papel fundamental quando garante o respeito às regras democráticas de construção e execução de tais políticas públicas.

4 RECONHECIMENTO, IDENTIDADE E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

É relativamente recente a ideia de que a diferença e a diversidade são categorias determinantes na definição identitária dos indivíduos e dos grupos sociais. Não faz muito que a teoria do direito começou a formatar um estatuto para o direito à diferença e passou a reconhecer sua capacidade de individualizar, distinguir, de dar um lugar ao mundo às narrativas minoritárias que, por muito tempo, foram escondidas pelos processos antigos e medievais de desigualdade ou pela igualdade homogeneizadora da modernidade. (SANTOS; LUCAS, 2015)

Nas sociedades contemporâneas o direito à diferença faz parte do projeto constitucional e da qualidade das democracias. A diversidade tem uma dimensão fortemente contramajoritária e protesta por iguais condições de viver com liberdade seu projeto. Quando o Poder Judiciário decide em pautas desse tipo não está ditando modelos, nem mesmo indicando caminhos melhores. Está abrindo possibilidades para que a vida de certos cidadãos se torne possível a seu modo. Decisões judiciais que garantem a profusão dessas identidades estão dando voz e visibilidade para que todo o tipo de individualidade possa estabelecer seu próprio estatuto. Não se exige, com isso, que modelos identitários sejam seguidos ou que certos tipos de diferença tenham mais importância do que outros. O que se garante é apenas o direito de se viver autenticamente cada presença no mundo, independentemente de qualquer alinhamento com a maioria.

O protagonismo do Judiciário, que permite florescer as diversas liberdades aprisionadas e emudecidas por longos processos de controle social, em cada corpo individual ou grupo social, está dando vida a um sujeito e, sobretudo, garantindo, sem qualquer custo coletivo, o direito de se viver com autonomia. Esse protagonismo é até mesmo requisitado pela Constituição, pois qualifica os direitos individuais pela formação de novos olhares sobre o sujeito de direito e sobre o próprio conteúdo do direito.

Questões que envolvem gênero, raça, cor, religião, idade, imigração, refugiados, nacionalidade etc., quando não interfiram diretamente no direito de terceiro e não onerem de modo não planejado os cofres públicos, devem ser enfrentadas pelo Poder Judiciário com o cuidado de ampliar os processos de reconhecimento e proteção jurídica de cada uma dessas diferenças, uma vez que são fundacionais da condição mesma do indivíduo e, portanto, dos direitos que lhe afetam.

Como afirmamos anteriormente, o Poder Judiciário decidiu de modo adequado quando reconheceu a constitucionalidade das uniões homoafetivas no Brasil. Alguns importantes autores desse país, na direção contrária, sustentaram que nesse caso o STF teria decidido erroneamente em razão de que o texto da Constituição não reconhece expressamente a união entre pessoas do mesmo sexo.

Para além de reproduzirem uma leitura fiel da escola da exegese, que não ultrapassa a literalidade da lei, esse entendimento nega a dinamicidade do próprio texto constitucional que reconhece, em vários artigos e no próprio Preâmbulo, a ideia de igualdade, de diversidade, de pluralidade, de dignidade, de fraternidade, de uma sociedade sem preconceitos, independentemente de sexo ou sexualidade. O texto constitucional, de fato, refere-se à união entre homem e mulher, mas nele mesmo é reconhecida uma gama muito maior de direitos para as pessoas indistintamente do sexo, além de não se posicionar favoravelmente a uma divisão biológica e redutora dos gêneros. Nisso grandes juristas foram traídos, ao que parece, pelo próprio pré-conceito que encontrou lugar na redução literal que o texto constitucional anuncia ou, quem sabe, pela tradicional ideia de que o casamento heterossexual é único espaço do sexo, da família que merece tutela estatal.

Ora, seria muito estranho considerar políticas públicas (que de fato existem) nas escolas, no trabalho e na sociedade em geral que visam à eliminação dos pré-conceitos de gênero e ao mesmo tempo negar, pela Corte maior do Judiciário, o direito de as pessoas do mesmo sexo poderem se unir afetivamente e receberem proteção jurídica nesse caso. Imaginemos a bizarra situação: todos quantos o desejo constituir podem ser gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros etc., e desenvolver atividades laborais de qualquer natureza (promotores, advogados e juízes), sem nenhuma restrição constitucional, mas não podem amar, não podem viver seu afeto, e nem gozar seu desejo de modo legítimo. Seria como se a Constituição e as decisões judiciais permitissem ao cidadão ser quase tudo na vida pública, mas ao mesmo tempo castrado na intimidade mais identitária que seu desejo lhe atribui. Seria a Constituição barrando o desejo e os laços amorosos. Por mais que tenha desagradado muitos juristas e cidadãos brasileiros, a decisão do STF nos pareceu adequada, pois (a) decorre de uma interpretação constitucional incluyente dos direitos individuais de liberdade e igualdade; (b) não afeta nenhum direito de terceiro; (c) não causa problemas de natureza orçamentária; e, sobretudo, (d) potencializa a um grupo de cidadãos invisibilizados as condições paritárias para viverem suas experiências existenciais de maneira plena.

As decisões que viabilizam a realização identitária de uma pessoa ou de um grupo, para além de não afetarem direito de terceiros, são indispensáveis para que os todos os cidadãos possam viver em igualdade de condições com os demais membros da sociedade. A igualdade apregoada pela Constituição não é a igualdade abstrata, que desconsidera a historicidade de cada sujeito, mas é uma igualdade substancializada e confrontada permanentemente pelos conteúdos da diferença. O Poder judiciário, ao proteger ativamente os direitos que garantem o reconhecimento e a pertença em igualdade de condições, está cumprindo uma função importante para a consolidação dos direitos individuais em sua acepção mais concreta possível.

Trata-se de um protagonismo de reconhecimento que pouco onera os cofres públicos e que potencializa o igual direito de se viver livremente as próprias diferenças. Nesse caso, o direito de reconhecimento não concorre com outros direitos, no sentido de disputar o mesmo objeto. Alimenta-se de oposição, é verdade, mas não inviabiliza o direito à diferença do outro, pois o direito de viver a própria condição identitária não afeta o direito de qualquer outro cidadão viver sua própria identidade a seu modo. Um heterossexual, por exemplo, não é em nada afetado

juridicamente pelo fato de o Estado reconhecer a união jurídica entre pessoas do mesmo sexo.

Não desconhecemos, por outro lado, que algumas demandas por reconhecimento dependem, obviamente, de decisões e políticas públicas que o Judiciário não pode assumir e nem substituir. Por estarem entremeadas por questões de redistribuição e afetarem diretamente o orçamento público, devem ser discutidas e fomentadas pelo diálogo democrático envolvendo o maior número de atores afetados pelo tema. A demarcação de terras indígenas e as ações afirmativas de um modo geral são exemplos de que não se pode transferir para o Judiciário a responsabilidade da justiça social. Contudo, é importante reconhecer o papel das decisões que, mesmo tidas como ativistas, garantem o exercício da individualidade, do direito de se ser o que se é, do exercício da identidade que dá lugar no mundo a um cidadão e aos seus direitos individuais.

5 O PROTAGONISMO JUDICIAL E A RESTRIÇÃO DE DIREITOS

A decisão prolatada pelo STF no HC 126.292/2016, que passou a permitir a prisão de réus condenados em segunda instância, pode ser considerada como um dos julgamentos históricos da nossa Corte Suprema, especialmente pelo grau negativo de ruptura ética nele encerrado. Esse é o típico caso em que as filigranas técnicas, os acréscimos e as complicações enterram o propósito original de uma instituição. Um dos temas conspícuos do constitucionalismo que se materializa num dos seus, senão no principal, desígnios é o da liberdade. O sentido do constitucionalismo aponta para uma maximização das liberdades, sejam elas negativas ou positivas, mas de modo particular falamos em ampliação das liberdades, como um sentido original do constitucionalismo, quando falamos em restrições ao poder penal estatal.

Vejamos, nesse caso, a priorização do secundário em detrimento do principal. O relator Teori Zavascki afirma que a questão depende de reflexão sobre:

(a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal (BRASIL, 2016, p. 5-6).

Nesse sentido, o relator destaca a importância do princípio da presunção da inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, e afirma que tal princípio teve grande influência na formulação de normas processuais penais e que foram criadas posteriormente à Constituição Federal de 1988. Conforme o relator, “a implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de Justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista” (BRASIL, 2016, p. 8). Logo, o relator reconhece a importância desse princípio no Ordenamento Jurídico Processual Penal Brasileiro. No entanto, afirma que esse princípio não fica superado em razão da execução

provisória da pena após o julgamento em 2º grau de jurisdição. Isso porque, de acordo com o relator, até os recursos em segundo grau de jurisdição, momento em que ainda é possível a discussão de fato e culpa do autor são possíveis, portanto o princípio fica resguardado. No entanto, superado esse momento, não mais há que se falar em presunção da inocência, uma vez que é em segunda instância que fica exaurido o princípio do duplo grau de jurisdição, ou seja, a culpa e provas para isso estão sacramentadas. Afirma o relator nesse sentido:

Os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa (BRASIL, 2016, p. 6).

Sendo assim, defende Zavascki que a execução da pena deve ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. O Ministro Luís Roberto Barroso também denega o Habeas Corpus, no entanto, por justificativas distintas. Estrutura sua fundamentação de três formas: na primeira afirma ele que nossa Constituição Federal não condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O que a Constituição condiciona ao trânsito em julgado é a culpabilidade. O segundo ponto ressaltado pelo Ministro Barroso é de que o princípio da presunção da inocência, como o próprio nome sugere, é princípio e não regra. Dessa constatação, decorrem várias implicações: uma delas é o fato de poder ser posta a um juízo de ponderação, em que, em relação aos outros princípios, pode ser aplicada em maior ou menor intensidade. O ministro Barroso afirma quanto a isso:

No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXXVIII e 144) (BRASIL, 2016, p. 8).

Outro ponto a ser destacado diz respeito à consequência do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, referindo-se ao esgotamento das instâncias ordinárias. Nesse sentido, conclui ele que a execução da pena, portanto, constitui-se como “exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa” (BRASIL, 2016, p. 8). Em outra perspectiva o Ministro Barroso demonstra as consequências do entendimento adotado por ele, afirmando:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e

igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento (BRASIL, 2016, p. 6).

Essa decisão representa a negação de uma decisão política, constitucionalizada originariamente, de reconhecimento prioritário do *status* de liberdade dos cidadãos. Nesse caso, a utilização das categorias reconhecimento e redistribuição é feita com sinal trocado, pois a decisão desfaz uma condição de reconhecimento constitucional protetivo e impõe despesas orçamentárias ao Executivo, principal responsável pelo suprimento das despesas com o sistema carcerário. Aqui a relação entre reconhecimento e redistribuição é alterada completamente se comparada com a decisão anteriormente analisada (ADI 4.277).

6 O PROTAGONISMO JUDICIAL E A DEMOCRACIA

Com afirmamos anteriormente, parece que a democracia e a política nacionais foram transferidas para os tribunais e que o enredo anunciado pela obra *As Vespas* de Aristófanes, centrado num personagem sedento por tudo julgar, se tornou uma realidade no Brasil. Praticamente todos os temas da vida podem ser judicializados e receberem certo tipo de certificação judicial. Nada é estranho ao Poder Judiciário e ele tem manifestado gosto por este protagonismo que, em algumas medidas, adquire certo formato de populismo judicial. Os argumentos do Min. Barroso antes mencionados, especialmente quando se refere à quebra do paradigma da impunidade ou ao distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, são um claro exemplo desse populismo projetado na esfera penal.

Garapon (2001) tem razão ao afirmar que as instituições jurídicas e o Poder Judiciário ocuparam um vazio – e daí sua prevalência –, provocado pelo desmantelamento dos vínculos sociais nas sociedades contemporâneas e pela atuação do Estado social que, no seu apogeu, suprimiu as possibilidades de participação pública pela absorção total do jogo político e esgotou o papel de uma cidadania ativa, bem como quando, no seu declínio, abandonou o seu "cliente-cidadão" após acostumá-lo a uma existência fora da política, mas portadora de direitos. Nesse cenário o indivíduo desenraizado aposta todas as suas esperanças na atuação jurisdicional, que funcionaria como uma última alternativa para a realização de um ideal democrático desiludido. O ativismo judicial, segundo Garapon, somente poderá ser compreendido a partir das transformações da democracia e da crise das ideias e ações republicanas, que padecem de força política para promover as referências necessárias para a vida em comunidade. Para suprir as lacunas de identidades e de autoridade, os magistrados são chamados a se manifestar sobre os diversos campos da vida social, isto é, a vida política, a vida econômica, a vida privada, a vida internacional, a vida moral, são todas elas afetadas pelo julgamento da jurisdição: "Essa exigência é absoluta. Tudo e todos devem, daí para frente, ser

juulgados" (GARAPON, 2001, p. 25). Estando o homem democrático derruído e o Estado-providência incapacitado de gerir a igualdade prometida, parece que resta depositar as esperanças no Poder Judiciário.

O aumento do ativismo judicial, ainda na esteira de Garapon, reflete as alterações profundas que afetam a própria democracia nas sociedades contemporâneas, caracterizadas pela afirmação de uma supervalorização simbólica do direito e de suas instituições. O fim das imunidades políticas tradicionais – os políticos também podem ser julgados por suas ações ilícitas –, a desnacionalização do direito e a exaustão da soberania parlamentar, obrigada a se adequar às regras de direito internacional, por exemplo, tendem a valorizar a atuação jurisdicional, interna ou externa, como um espaço de aplicação e de garantia das expectativas democráticas. Legislações abertas exigem que o magistrado complete o direito, reduzindo o poder vinculatório do Legislativo e transformando o juiz em um "colegislador permanente". Tudo poderá ser levado ao Judiciário. Desaparecem as zonas imunes à prestação da justiça. Por essa razão Garapon (2001, p. 48) afirma que o "espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política". O juiz seria o terceiro imparcial que compensaria o "déficit democrático", proporcionando à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. Como modo praticamente normal de exercer a política, a jurisdição torna-se instituidora, reduto das esperanças de uma sociedade desencantada. Mas esse excesso de direito, revela o autor, é tão perigoso para a democracia como o pouco uso do direito. O deslocamento da política para a justiça pode viabilizar, segundo o autor, a instauração de uma tirania das minorias e, inclusive, uma crise de identidade social.

Além da acomodação das instituições políticas, prossegue Garapon, a expansão substancial do individualismo moderno também contribuiu para a afirmação de um protagonismo do Poder Judiciário. Na ausência de identidade, de laços sociais e de um conflito central, os tribunais são transformados em arena de perseguição e espetáculo de vinganças, fazendo do direito penal e de seus instrumentos punitivos um caminho sedutor para alimentar as individualidades sem referência social. Mesmo a singularidade da tragédia, do horror, da violência e do medo tornam-se assuntos públicos, a ponto de pautarem as novas demandas políticas, conduzindo, não raras vezes, à produção de leis circunstanciais. O sofrimento sedutor, característica típica de uma sociedade que derruiu com o poder de identidade dos laços sociais, possibilita a formação de um consenso arcaico, emocional, que impede o aparecimento de um interesse comum e que permite a mobilização social apenas em situações de urgência. A jurisdição, neste contexto, se constitui como gestora de emoções, de vinganças e de consensos firmados em razão do sofrimento dos cidadãos-vítima, uma vez que, na ausência de um projeto democrático partilhado para a condução do futuro, a alternativa derradeira para a sociedade desarticulada é unir-se em torno da justiça dos tribunais, os verdadeiros guardiões das promessas da modernidade.

Se pretende auxiliar na reconstrução do civismo e da cidadania ativa, a atividade jurisdicional precisa atuar "na reestruturação do tecido da sociabilidade, especialmente nos "pontos quentes", como os do menor, das drogas e da exclusão social em geral. Nesses lugares estratégicos o juiz procederia como o engenheiro e o terapeuta social, comportando-se como foco de irradiação da democracia deliberativa, e vindo a desempenhar uma função essencial na explicitação de um sentido do direito, que não se encontraria mais referido em uma ordem ideal de onde, por reflexo, deveria provir. A atuação do magistrado deveria auxiliar os indivíduos a encontrarem, a partir de suas relações sociais, os mecanismos para solucionar os problemas que os afetam. Segundo Garapon, na sociedade contemporânea ocorre a multiplicação dos espaços decisórios que, paralelamente à jurisdição tradicional, descentralizam os processos democráticos, possibilitando o surgimento de um direito mais próximo da realidade social, eis que oriundo dos próprios interessados. O juiz apresenta-se, nesse cenário, como um agente controlador e zelador das formalidades e dos procedimentos adotados nos diferentes locais de produção do direito.

Ao tratar dos dilemas da concretização da Constituição brasileira de 1988, Gilberto Bercovici (2004) tem dúvidas a respeito de se o Poder Judiciário deve desempenhar um papel preponderante na implementação das conquistas constitucionais. Refere que o direito constitucional não é monopólio do judiciário, mas fruto da ação coordenada entre todos os poderes políticos. Os tribunais apoderam-se da Constituição, constituindo-se, desse modo, no único espaço legítimo para interpretar o texto constitucional e na única referência de legitimidade do sistema. Receia Bercovici que o exagero da ação do Poder Judiciário possa gerar interpretações violadoras do texto constitucional, usurpando os poderes constituintes e enaltecendo um governo dos juízes em substituição ao Poder Legislativo escolhido pelo povo.

No entender de Ingeborg Maus (2000), o Judiciário tem se projetado como guardião da moralidade pública, como salvador de uma comunidade política adoentada; funciona como a referência paterna numa sociedade que destruiu as tradicionais formas de constituição da autoridade, uma ingerência prejudicial para a autonomia dos indivíduos e para a soberania popular, verdadeiro obstáculo para a elaboração de uma política constitucional libertadora.

Os tribunais têm o seu lugar e um importante papel a desempenhar na consolidação do Estado Democrático de Direito, daí que seu protagonismo não pode ser transformado na última esperança, numa instância de justicialismo e de populismo que substitui as respostas democráticas. Por mais frágil que seja nosso ambiente democrático, por mais grave que sejam as crises que lhe atravessam, é na seara das decisões políticas que os problemas de redistribuição devem ser resolvidos e enfrentados. Avançaremos socialmente na exata medida que nossa própria democracia permitir, e possíveis déficits ao longo desse processo não podem ser motivos para a formação de uma juristocracia, de um governo de juízes que transfere para os tribunais a totalidade das causas públicas e desacredite ainda mais as respostas construídas politicamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Definitivamente um país que pretenda ser justo socialmente precisa garantir a efetivação tanto das demandas de redistribuição quanto das pautas de reconhecimento. É necessário conciliá-las e o Brasil sabe bem disso. A questão que nos importa de maneira pontual, e que foi o tema condutor do presente texto, é questionar como o Estado e a sociedade em geral serão implicados na construção de estratégias para a promoção das pautas reconhecimento e da redistribuição. A quem cabe essa missão? Será o Poder Judiciário o órgão responsável pela implementação de ambas às dimensões de justiça? É desse Poder que a sociedade poderá cobrar a realização da Justiça redistributiva?

Nos últimos anos o Brasil tem vivenciado uma atuação bastante expressiva do Poder Judiciário em praticamente todos os temas da vida social dos Brasileiros. Das demandas de medicamentos à regulamentação do processo de impeachment, parece que o direito brasileiro e parte substancial de sua democracia encontra assento apenas nos tribunais, fenômeno que a sociedade, em sua grande maioria, parece apoiar de forma entusiasta. Mas será que de fato nossos juízes e nossos tribunais respeitam os limites constitucionais quando decidem sobre questões que tradicionalmente são objeto das políticas públicas, de escolhas políticas? A democracia constitucional não é aviltada quando decisões judiciais adquirem uma dimensão populista ou invadem a estrutura formal e conteudística de nossa democracia? Sem querer adentrar na discussão, já bem travada por diversos autores, entre as teses substancialistas e procedimentalistas, nossa preocupação foi demonstrar que existem diferenças importantes entre o que entendemos ser o protagonismo judicial de reconhecimento e protagonismo judicial de redistribuição.

Nossa Constituição de 1988 inaugurou um momento bastante importante para o amadurecimento de nossa democracia. As promessas constitucionais de 1988 renovaram a esperança de que uma transformação pudesse melhorar as condições materiais da vida de muitos brasileiros. Fortalecer nossas instituições democráticas, diminuir a desigualdade social e criar condições paritárias para que todas as pessoas e culturas possam manifestar a sua diferença em igualdades de condições são objetivos bem claros de nossa democracia. Apesar dos significativos avanços, contudo, muitos brasileiros amargam uma triste vida e as desigualdade do passado ecoam ainda hoje sob novas narrativas e formatos. O fato é que a Constituição garantiu uma nova agenda de direitos e inaugurou um novo momento para nossa democracia e para a nossa tradição jurídica. As fragilidades do Estado e o descrédito na política, associado ao novo tipo de constitucionalismo que inauguramos em 1998, fez com que o Poder Judiciário passasse a ser demandado pela população para tratar de praticamente todos os assuntos constitucionais que evidenciassem algum tipo de direito, independentemente de serem individuais, sociais etc., ou de serem protegidos de modo direto ou por intermédio de políticas públicas. Em suma, temas políticos, que exigem escolhas políticas, foram transformados em pautas recorrentes no Judiciário.

Nossa democracia, em certo sentido e medida, foi deslocada para os tribunais, que passaram a interferir de modo cada vez mais recorrente em questões

orçamentárias e de gestão de recursos públicos. Como afirmamos ao longo do trabalho, o Poder Judiciário também deve respeitar o Estado Democrático de Direito, mas parece esquecer que o orçamento é o resultado de uma lei aprovada pelo legislativo que não pode ser negociada e descaracterizada por sua insistente interferência em demandas que dizem respeito exclusivamente às escolhas políticas. É pela dinâmica democrática das decisões políticas que as escolhas públicas devem ser feitas.

O judiciário não pode, como dissemos, deferir direitos às pessoas sem ter a clareza de que esse mesmo direito possa ser estendido de modo igual para outras pessoas em situações análogas. Ao decidir casuisticamente sobre questões de direitos sociais está desconsiderando o acesso igualitário de todos os cidadãos ao direito deferido. E aqui reside o ponto central da questão. Justamente pelo fato de que não é possível se garantir um Estado de direitos sem limites, no qual todas as pretensões sejam alcançadas aos indivíduos indistintamente, que as políticas públicas precisam fazer escolhas, definir certas prioridades e em alguns casos reconhecer, de modo diferencial, setores mais vulneráveis que precisam ser atendidos com premência. E esse papel é da democracia, da política, das escolhas publicamente construídas, e não se constitui em tarefa central do Judiciário.

Os limites do nosso direito são também os limites de nossa democracia. Se avançamos pouco na eliminação de nossas desigualdades é porque temos dificuldades muito severas na forma e na qualidade como nossa democracia toma decisões políticas. As situações de injustiça no Brasil são muitas, e naturalmente que todos gostariam que existisse uma solução rápida para findá-las. A democracia tem, em cada país, o seu itinerário e um governo de juízes não contribui para o seu amadurecimento.

É inegável, por outro lado, que o Poder Judiciário tem cumprido um importante papel quando toma decisões que ampliam o espectro de reconhecimento constitucional das minorias e suas formas de manifestação de identidade. São decisões que não afetam direito de terceiros, que não interferem nas políticas orçamentárias e que não se constituem como intromissão indevida em escolhas políticas. Ao contrário, aperfeiçoam o próprio conteúdo constitucional que reconhece o valor positivo das identidades individuais e coletivas e o seu direito de viverem sua experiência em paridade de condições com os demais cidadãos.

O que é preciso destacar, em suma, é que decisões judiciais, ainda que recheadas de protagonismo ativista, são aceitáveis e legítimas na medida em que consolidem situações sociais de reconhecimento e ampliação de espaços de liberdade, sem que disso decorra oneração para os demais poderes públicos ou até mesmo para a sociedade civil. Em sentido contrário, decisões com cunho ativista que restrinjam espaços de liberdade já reconhecidos constitucionalmente e importem em dispêndios econômicos a outras partes que não o Poder Judiciário, devem ser evitadas e até mesmo rechaçadas, porque comprometem a dinâmica das escolhas que é de natureza eminentemente política.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DE REPORTAGEM E JORNALISMO INVESTIGATIVO. **As Bancadas da Câmara**. Disponível em: <http://apublica.org/2016/02/truco-as-bancadas-da-camara/>. Acesso em: 17 jun. 2017.

ARAUJO, Paulo Roberto M. de. **Charles Taylor**: por uma ética do reconhecimento. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (**Syn**)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. **Revista do Instituto de hermenêutica jurídica**. (Neo) constitucionalismo. Ontem, os códigos. Hoje, as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº 126.292/SP – São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em: 06 set. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Deputados das bancadas da “bala, boi e Bíblia” atuam juntos em defesa de interesses próprios e aumentam poder do presidente da Câmara**. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509963/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 15 ago. 2017.

COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas Cesar. **A (in) Diferença no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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

FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. Trad. Márcia Prates. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia Hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. A Justiça Social na Globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. Trad. Teresa Tavares. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº. 63, out. 2002.

_____. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. Trad. Bruno Ribeiro e Letícia de Campos Velho. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (coords.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. Trad. Roberto Cataldo Costa. In: BALDI, Cesar Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **¿Redistribución o Reconocimiento?** Un debate político-filosófico. Trad. Pablo Manzano. Madrid: Ediciones Morata, 2006.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRUPO DE PESQUISA MÍDIA, RELIGIÃO E CULTURA. Composição da Bancada Evangélica. **Mídia, Religião e Política**. Disponível em <http://www.metodista.br/midiareligiaopolitica/index.php/composicao-bancada-evangelica/>. Acesso em: 18 ago. 2017.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. **Reificación**. Un estudio en la teoría del reconocimiento. Buenos Aires: Katz, 2007.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. **Novos Estudos Cebrap**, n.58, novembro de 2000.

RIBAS, Ranieri. Humanismo e Reconhecimento: A Gramática Moral do Multiculturalismo. In: OLIVEIRA, Maria Odete de (org.). **Configuração dos Humanismos e Relações Internacionais: ensaios**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología Jurídica Crítica**. Para un nuevo sentido en el derecho. Madrid/Bogotá: Trota/Ilsa, 2009.

SCAFF, Fernando Facury; NUNES, António José Avelãs Nunes. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Recebido em 19.09.2017

Aceito em 19.10.2017

CONSELHOS E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO DIREITO ANIMAL

COUNCILS AND ADMINISTRATIVE AUTONOMY OF ANIMAL LAW

Heron José de Santana Gordilho¹

Julio César de Sá da Rocha²

Fernando de Azevedo Alves Brito³

Sumário: Considerações iniciais. 1 Breves considerações acerca dos conselhos no Brasil. 2 A autonomia do direito animal. 2.1 Considerações iniciais. 2.2 A autonomia legislativa. 2.3 A autonomia didática. 2.4 A autonomia científica. 2.5 A autonomia jurisdicional: uma perspectiva futura. 2.6 A autonomia administrativa: ampliando a abordagem doutrinária tradicional. 3 Conselhos de direito animal: uma necessidade em face da autonomia administrativa do direito animal e do princípio da participação. 5 Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho teve por objetivo analisar como o reconhecimento da autonomia do Direito Animal na esfera administrativa, em face da incumbência ao Poder Público estipulada no art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal de 1988, fundamenta a necessidade de criação de Conselhos de Direito Animal. Para tanto, investigou-se como se deu o surgimento e a evolução dos Conselhos no Brasil, os fundamentos teóricos e normativos do Direito Animal e como a Constituição Federal de 1988 fundamenta a necessidade de criação de Conselhos autônomos para o campo Direito Animal. Nesse sentido, propõe-se o reconhecimento da autonomia administrativa desse ramo do Direito, que, também, seria autônomo nas dimensões legislativa, didática e científica. Os Conselhos de Direito Animal são interpretados como espaços administrativos hábeis ao estímulo da participação popular e da cooperação entre o Poder Público e a coletividade na tutela dos direitos dos animais não humanos. A opção metodológica foi por uma pesquisa de revisão bibliográfica, que recorreu, oportunamente, à análise documental.

Palavras-chave: Conselhos. Autonomia do Direito Animal. Autonomia Administrativa. Conselhos de Direito Animal.

Abstract: The present work had as objective to analyze how the recognition of the autonomy of the Animal Right in the administrative sphere, in face of the incumbency to the Public Power stipulated in article 225, §1st, VII, of Brazilian Federal Constitution of 1988, which bases the necessity of creation of Councils of Animal Law. To do so, was investigated how the emergence and evolution of the Councils in Brazil, the theoretical and

1 Pós-Doutor em Direito Ambiental pela Pace University (EUA). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UFBA. Professor da UFBA e da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Membro da World Academy of Art & Science (WAAS). Promotor de Justiça Ambiental (MP/BA). E-mail: heron@ufba.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9247033382457379>.

2 Pós-Doutor em Antropologia pela Universidade Federal da Bahia. Mestre e Doutor em Direito PUC São Paulo. Diretor e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA. E-mail: julior@ufba.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7066612031979191>.

3 Aluno especial do Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Professor EBITT de Direito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia (IFBA), Campus Vitória da Conquista. Membro da Associação de Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB). E-mail: fernando.brito@ifba.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9247033382457379>.

normative foundations of Animal Law, and how the Brazilian Federal Constitution of 1988 justify the necessity of creation of autonomous Municipal Councils for the Animal Law field. In this sense, it is proposed the recognition of the administrative autonomy of this branch of Law, which also would be autonomous in the legislative, didactic and scientific dimensions. The Councils of Animal Law are interpreted as administrative spaces capable of stimulating popular participation and cooperation between the Public Power and the community in protecting nonhuman animal rights. The methodological option was through bibliographical review research, which appealed to the documentary analysis.

Keywords: Councils. Autonomy of Animal Law. Administrative Autonomy. Councils of Animal Law.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se, de certa forma, a democracia pode ser caracterizada pela soberania do povo na gestão do Estado (BONAVIDES, 1993), faz-se necessário enfatizar que a participação popular é elemento relevante para a adequada atuação estatal, em especial no que diz respeito à ideia de controle social sobre a Administração Pública e, com ela, sobre as políticas públicas.

Esse entendimento encontra respaldo no próprio texto da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), uma vez que instituiu o chamado Estado Democrático de Direito e, ainda, elevou o exercício da cidadania ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, *caput* e II). Assim, nota-se que a participação popular não é um mero aparato acessório, secundário, da República, devendo, pois, ser privilegiada, estimulada e exercida, o que legitima a inserção da participação direta – não apenas representativa –, dos cidadãos no exercício do poder.

Com esse pano de fundo, desenvolveu-se a noção de Conselhos no Brasil, não obstante a sua gênese possa ser identificada antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988. Desenvolveram-se, assim, como típicos canais para a articulação de representantes da população (sociedade civil) e do Poder Público, em dimensões relativas à gestão de bens públicos (GOHN, 2001), na qualidade de órgãos colegiados (permanentes e deliberativos), com competência para atuar na formulação, supervisão e avaliação das políticas públicas (CAMPOS; MACIEL, 1995, p. 386-389).

Com o tempo, esses Conselhos disseminaram-se em todas as esferas (federal, estadual e municipal), passando a valorizar não só a participação popular, mas a consolidação da cooperação entre Poder Público e coletividade, na tutela de direitos relativos a distintos campos (saúde, educação, assistência social, segurança e, entre outros, meio ambiente).

Apesar do gradativo e constante avanço do Direito Animal no universo jurídico – mas também fora dele –, fortalecido pelo reconhecimento de sua autonomia e, inclusive, pela ascensão de um novo paradigma pós-humanista/biocêntrico, em substituição ao paradigma dominante humanista/antropocêntrico (BRITO et al *in* PURVIN [Org.], 2017), o Estado nem

sempre lhe destina espaços institucionais significativos. Isso se reflete, por exemplo, na inexistência, na maioria dos entes federativos – são raríssimas as exceções a essa regra –, de Conselhos autônomos para tratar de assuntos que lhe são pertinentes. Essa situação, por si só, justifica a realização deste trabalho, que buscará responder à seguinte questão problema: como o princípio da participação (art. 225, *caput*, da CF/1988) e o reconhecimento da autonomia do Direito Animal na esfera administrativa, fundamentam a necessidade de criação de Conselhos de Direito Animal?

A presente pesquisa terá como objetivo geral: analisar como o princípio da participação (art. 225, *caput*, da CF/1988) e o reconhecimento da autonomia do Direito Animal na esfera administrativa fundamentam a necessidade de criação de Conselhos de Direito Animal. Além disso, este trabalho incumbir-se-á dos seguintes objetivos específicos: (a) pesquisar acerca da gênese, da evolução e características dos Conselhos no Brasil; (b) investigar a autonomia do Direito Animal, nas dimensões legislativa, didática, científica e jurisdicional; (c) propor o reconhecimento da autonomia administrativa do Direito Animal, por meio da qual se faz justificável a criação de Conselhos específicos para viabilizar a tutela dos animais não humanos; (d) analisar como o princípio da participação popular (art. 225, *caput*, da CF/1988) e o reconhecimento da autonomia administrativa exigem a criação de Conselhos de Direito Animal.

Por fim, optar-se-á por uma pesquisa de revisão bibliográfica, recorrendo-se, outrossim, à análise documental.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CONSELHOS NO BRASIL

A democracia pode ser caracterizada pela soberania do povo na gestão do Estado (BONAVIDES, 1993). O povo, como elemento ativo nesse exercício, promove a chamada participação popular.

A participação popular está inserida na ideia de controle social sobre a Administração Pública; mais especificamente, sobre as políticas públicas. Tal ideia encontrou sua principal fonte na Constituição Federal de 1988, que reflete toda uma série de eventos acerca de conquistas sociais que possibilitaram o elemento povo inserido na gestão do Estado. Tudo isso, imerso no processo de redemocratização, legitimou a inserção da participação direta, não mais apenas representativa, dos cidadãos no exercício do poder (BONAVIDES, 1993; CAMPOS; MACIEL, 1997; GOHN, 2001).

Essa perspectiva possibilitou entender que a política, ou a liberdade de exercê-la, deixou de confundir-se com o seu exercício por uma minoria (representativa) para tornar-se uma questão de maioria (participativa). A cidadania, ao fugir do mecanismo liberal de representação, estaria refletida na criação de “grupos de pressão” (conselhos) que poderiam permear os mais diversos níveis do poder, o que fomentaria a participação ativa e direta do povo nas discussões sobre a

coisa pública e, por conseguinte, decisões ainda mais democráticas (CAMPOS; MACIEL, 1997; GOHN, 2001; RAMOS, 2010).

A isso se dá o nome de “princípio participativo”, que desemboca na participação cidadã direta e pessoal na formação dos atos de governo. Assim, é possível observar, constitucionalmente, que certas manifestações da democracia participativa ocorrem em institutos de “democracia semidireta” (que mesclam institutos da participação direta com os da indireta), tais como a “iniciativa popular” (artigos 14, inciso III, e 61, § 2º, da CF/1988), o “referendo popular” (artigos 14, inciso II, e 49, inciso XV, da CF/1988), o “plebiscito” (artigos 14, inciso I, e 18, §§ 3º e 4º, da CF/1988) e a “ação popular” (artigo 5º, inciso LXXIII, da CF/1988), além de outras formas de democracia participativa (SILVA, 2009).

Essas outras formas de democracia participativa foram também constitucionalmente consagradas, como se observa nos artigos 10, 11, 31, § 3º, 74, § 2º, 194, VII e 206, § 1º. É a partir da leitura desses últimos dispositivos, somada à compreensão do que levou o Poder Constituinte a consagrá-los, que se passa a identificar a participação popular nos atos públicos por meio dos chamados Conselhos. Conselhos estes que permeiam os entes da República Federativa do Brasil, tornando-se espécies de “[...] canais de participação que articulam representantes da população e membros do poder público estatal em práticas que dizem respeito à gestão de bens públicos” (GOHN, 2001, p. 7.).

O tema Conselhos, no Estado brasileiro, precede, inclusive, a CF/1988. Sua gênese pode ser identificada, paradoxalmente, no período de exceção, entre os anos da década de 70 e 80. Incorporados, enquanto ideia, tornaram-se, por assim dizer, “arranjos” institucionais estipulados pela norma infraconstitucional com o fim de materializar a participação e controle social idealizados na norma constitucional (GOHN, 2001; SILVA, 1998).

Esses conselhos de direitos, igualmente chamados conselhos de políticas públicas ou gestores de políticas setoriais, nascem do movimento idealizado para a CF/1988. Movimento esse que visava a um Estado que garantisse e protegesse direitos individuais e que possibilitasse o exercício direto do poder, e não somente representativo, pelo povo. Por essa razão, tais conselhos tornaram-se órgãos colegiados, permanentes e deliberativos, competentes para formular, supervisionar e avaliar as políticas públicas em todos os entes federativos, em âmbito federal, estadual e municipal (CAMPOS; MACIEL, 1997).

Dessa forma, cada conselho estará ligado ao seu ente federativo criador. Os conselhos nacionais, por exemplo, devem estar vinculados administrativamente aos Ministérios respectivos do seu interesse temático e deliberarão a respeito de questões no âmbito da política nacional, sendo que as suas decisões deverão ser parâmetros tanto aos órgãos nacionais quanto aos estados e municípios. Os conselhos estaduais estarão ligados às Secretarias Estaduais que lhes correspondam. Tais conselhos seguem a ideia também de uma democracia participativa e deliberarão acerca de questões estaduais, decisões que servirão de parâmetro tanto para os órgãos da Administração Pública estadual quanto para os conselhos municipais. Os conselhos municipais, por sua vez, tornam-se primordiais, uma vez que a sua criação visa garantir uma esfera pública com representantes da comunidade local e dos órgãos da

Administração municipal, todos com objetivo de fiscalizar as políticas públicas para a proteção e materialização dos direitos fundamentais em território muncípe. As suas decisões, pois, deverão ser parâmetros para os órgãos do Município e para a execução de ações públicas, sejam elas governamentais ou não (DHNET, 2017).

Como ressaltado, suas composições são paritárias, de forma que deve existir um diálogo entre o poder popular e o poder governamental, para o exercício de suas finalidades. Tal estrutura enfatiza a democracia participativa, na qual o povo não mais se limita às matrizes da democracia representativa de outrora. Então, tornam-se esses conselhos paritários um “novo *locus* de exercício político” (CAMPOS; MACIEL, 1997).

Diante disso, afirma-se que esses Conselhos se apresentam como órgãos colegiados, que viabilizam manifestações institucionalizadas do princípio democrático na administração pública, abarcando, em sua composição, cidadãos comuns, sem vinculação com o Poder Público, com a finalidade de cooperarem e de contribuir para a consolidação de um espaço público deliberativo. Nessa realidade, deve-se entender que as decisões governamentais – antes atributos de um certo monopólio dos agentes estatais – tornam-se objetos de discussão cívica, cidadã (GORDILHO; OLIVEIRA, 2014).

Não é à toa que esses Conselhos, de certa forma, refletiriam as demandas da CF/1988, a partir das políticas sociais e em prol da descentralização, do controle social e da participação popular na gestão. Para tanto, vêm de um processo de reordenamento institucional, que fomenta a criação de Conselhos nas diferentes instâncias da Federação, com o fito de viabilizar-se a efetivação do trinômio descentralizar-participar-controlar. Assim, tanto os Conselhos Federais, como os Estaduais e Municipais, passariam a se constituir como instrumentos táticos estatais (SILVA, 1998).

Nas esferas *jusambiental* e *jusanimal*, reguladas pelo art. 225, da CF/1988, esses Conselhos passam a ter a sua importância majorada. Isso porque há a necessidade de atendimento aos princípios da participação e da cooperação entre Poder Público e coletividade. Dessa feita, os colegiados tornariam exequível o atendimento dessa demanda, uma vez que desempenham um papel imprescindível para a governança ambiental, ao propiciarem a articulação institucional entre os imperativos da razão política e os limites da técnica, em busca da tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado (GORDILHO; OLIVEIRA, 2014) e, com ele, dos animais não humanos.

2 A AUTONOMIA DO DIREITO ANIMAL

2.1 Considerações iniciais

Como já é bem difundida na doutrina, a autonomia de um ramo do Direito não deve ser confundida com a noção de independência; afinal, ao reconhecê-lo autônomo, não se objetiva torná-lo hermeticamente fechado, negando as suas

interações com outros campos do saber jurídico e com outras ciências (ROCCO, 1934). Além disso, faz-se necessário elencar critérios para o reconhecimento da autonomia deste ou daquele ramo do Direito, a exemplo do Direito Agrário, do Direito Ambiental, do Direito da Informática e, mais recentemente, do Direito Animal.

A doutrina brasileira contempla, ao menos, quatro dimensões de autonomia a serem reconhecidas em dado ramo do Direito, quais sejam: (a) a autonomia legislativa; (b) a autonomia didática; (c) a autonomia científica; e (d) a autonomia jurisdicional (FALCÃO, 1995). Além delas, ao final deste capítulo, apontaremos a necessidade de reconhecimento de uma quinta dimensão de autonomia do Direito, a autonomia administrativa, ampliando, assim, a perspectiva doutrinária clássica, em favor do reconhecimento da necessidade prática de criação de Conselhos de Direito Animal, capazes de viabilizar a adequada participação popular na tutela dos direitos dos animais não humanos⁴.

2.2 A autonomia legislativa

A autonomia legislativa, primeira das referidas dimensões, compreende a existência de leis específicas (ordenadas e sistematizadas) de determinado campo do saber, nas quais, inclusive, observa-se a existência de princípios próprios (FALCÃO, 1995). Nesse sentido, torna-se correto reconhecer que o Direito Animal possui, de fato, uma autonomia legislativa, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, é vasto o conteúdo normativo vigente de teor específico sobre esse ramo do Direito, a exemplo: (a) da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, que, em seu art. 225, § 1º, VII, estabeleceu a vedação da submissão de animais não humanos à crueldade (BRASIL, 1988); (b) do Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941, que, em seu art. 64, tipifica como contravenção penal o tratamento de animais com crueldade ou as suas submissões a trabalho excessivo e a prática, ainda que para fins didáticos ou científicos, de experiências dolorosas ou cruéis em animal vivo (BRASIL, 1941); (c) do Decreto nº 5.197, 03 de janeiro de 1967, que dispõe sobre a proteção à fauna e proíbe, conforme o seu art. 1º, a apanha, a caça, a perseguição de animais silvestres, ou mesmo a destruição ou utilização de seus ninhos e abrigos e, conforme o art. 3º, o comércio desses animais ou de objetos e produtos que incentivem às referidas práticas (BRASIL, 1967); e (d) da Lei nº 11.794, de 08 de outubro de 2008, que regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da CF/1988, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais (BRASIL, 2008).

O marco normativo do Direito Animal não se resume ao apontado acima, sendo mais vasto, uma vez que envolve, inclusive, tratados internacionais, a exemplo da Convenção Interamericana para a Proteção e Conservação das

4 Alguns juristas apresentam uma proposta diversa das dimensões de autonomia. Há referência, por exemplo, a uma dimensão doutrinária; todavia, aparentemente, a perspectiva doutrinária vê-se incluída na autonomia científica, que será comentada ainda neste capítulo. (NASCIMENTO, 2011; MARTINS, 2009).

Tartarugas Marinhas, de 01 de janeiro de 1996, promulgada pelo Decreto nº 3.842, de 13 de junho de 2001. Nesses termos, não há dúvidas quanto à autonomia legislativa do Direito Animal. Aliás, não se pode olvidar que desse arcabouço normativo, mais precisamente da regra contida no art. 225, § 1º, VII, da CF/1988, extraem-se e sistematizam-se princípios específicos deste ramo jurídico, sendo eles: a dignidade animal, o antiespecismo, a não violência e o veganismo (SILVA, 2014). Essa realidade, tendo em vista o parâmetro doutrinário aqui adotado (FALCÃO, 1995), também consolida a noção de autonomia legislativa do Direito Animal.

2.3 A autonomia didática

A autonomia didática, ademais, contemplaria a criação e a formalização curricular da disciplina Direito Animal no ensino jurídico formal, ou seja, em nível de graduação e de pós-graduação, com o fim de formar especialistas e conhecedores do ramo emergente e capacitá-los para o exercício das mais diversas atividades profissionais (FALCÃO, 1995). Nesse sentido, é possível identificar-se a inclusão da disciplina Direito Animal em um número crescente de Instituições de Ensino Superior. A Universidade Federal da Bahia (UFBA), por exemplo, inclui a disciplina, com o nome Direito Animal Comparado, no seu Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD), estando disponibilizada para alunos de mestrado e de doutorado (UFBA, 2017). A Faculdade de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), também inclui a disciplina Direito dos Animais, em sua matriz curricular (UFRJ, 2017); todavia, em nível de graduação. A Universidade Federal da Paraíba (UFPB), por sua vez, seguindo a tendência da UFRRJ, já possui uma ementa pronta para a mencionada disciplina, estando em tramitação a sua inclusão na matriz curricular do curso de graduação em Direito (UFPB, 2017).

Esse cenário revela a consolidação da autonomia didática do Direito Animal. Não é à toa que, no universo acadêmico, aumenta-se gradativamente a quantidade de cursos, linhas de pesquisa, conferências, listas de discussão, publicações e editoras especializadas no campo *jusanimal* ou que, mesmo não sendo especializadas, oferecem a referida abordagem teórica (SILVA, 2014).

2.4 A autonomia científica

A autonomia científica, por sua vez, está relacionada ao fato de certo campo do conhecimento possuir princípios peculiares, com institutos inerentes (FALCÃO, 1995). Nesse diapasão, já se mencionou que o Direito Animal possui princípios próprios, extraídos do art. 225, § 1º, VII, da CF/1988 (a dignidade animal, o antiespecismo, a não violência e o veganismo), o que asseguraria o reconhecimento de sua autonomia científica.

É preciso, no entanto, enfatizar que a doutrina costuma apontar requisitos específicos para a conquista da autonomia científica por certa área de conhecimento, e não é diferente com o Direito Animal. Nessa perspectiva, é possível elencar-se, ao

menos, três requisitos para o reconhecimento da autonomia científica de um novo ramo do Direito: (a) ser ele bastante vasto, de modo a merecer um estudo adequado/particular; (b) conter doutrinas homogêneas, regidas por conceitos gerais comuns, que se distingam dos conceitos gerais de outras disciplinas; e (c) possuir um método próprio, com o emprego de processos especiais para o conhecimento do objeto de suas investigações (ROCCO, 1934).

Importando-se esses requisitos para o Direito Animal, torna-se possível reconhecer, de fato, a sua autonomia científica; afinal:

1º) apesar de jovem, abrange um vasto conteúdo. Nesse sentido, é possível dizer que o seu objeto de estudo abarcaria todas as normas de direito animal *latu sensu* (SILVA, 2014), bem como vasta jurisprudência e doutrina especializadas;

2º) apresenta uma doutrina, ao certo, homogênea, direcionada a opor-se ao paradigma humanista/antropocêntrico dominante no universo jurídico e a favor da ascensão de um novo paradigma, de caráter pós-humanista/biocêntrico (SILVA, 2014; BRITO et al *in* PURVIN [Org.], 2017). Acrescenta-se que essa homogeneidade doutrinária é constatada na elaboração, por pesquisadores *jusanimalistas*, de uma teoria jurídica que, tendo como referência a Constituição Federal de 1988 (art. 225, § 1º, VII), reconhece valor intrínseco ao animal não humano, o que exige a mudança do seu *status* jurídico (SILVA, 2014);

3º) possui métodos próprios para a investigação do seu objeto de estudo, o que é uma consequência lógica de sua vinculação a uma perspectiva paradigmática diversa daquela preponderante nos demais ramos do Direito. Além disso, é preciso apontar-se que essa realidade passa a exigir, inclusive, a reformulação das próprias metodologias do ensino jurídico – via de regra, disciplinares –, haja vista a metodologia do Direito Animal ser transdisciplinar (SILVA, 2014).

2.5 A autonomia jurisdicional: uma perspectiva futura

Na doutrina ainda há quem aponte a existência de uma dimensão jurisdicional da autonomia (FALCÃO, 1995), que estaria, *a priori*, vinculada à existência de varas especializadas em certo campo do saber jurídico. Não obstante esse entendimento, é preciso reconhecer-se que a atividade jurisdicional não está limitada às existências dessas varas. Assim, não parece coerente exigir-se, para o reconhecimento da autonomia jurisdicional do Direito Animal, que o Poder Judiciário as tenha destinado⁵.

Por outro lado, a inexistência de varas especializadas em nenhum momento impediu a ocorrência da discussão de temas relativos ao Direito Animal nos Tribunais, que vêm consolidando progressiva e vasta jurisprudência, inclusive, no Supremo Tribunal Federal (STF). Casos emblemáticos como os da rinha de galo, da farra do boi e da vaquejada são exemplos desse cenário. Ademais, não se pode

5 Há quem associe, de forma ainda mais estrita, a autonomia jurisdicional, à ideia de justiça especial, a exemplo da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar (NASCIMENTO, 2011).

olvidar que o caso “Suíça vs. Jardim Zoológico de Salvador” – primeiro Habeas Corpus no mundo, admitido em juízo, para salvaguardar a liberdade de um animal não humano –, insere-se nesse contexto (GORDILHO, 2011; SILVA, 2012). Aliás, a discussão do Direito Animal nos Tribunais vem deixando marcas profundas, que questionam o paradigma humanista/antropocêntrico e requerem a revisão de institutos jurídicos tradicionais, como o da personalidade jurídica, bem como de aspectos de natureza processual (GORDILHO, 2011; SILVA, 2012).

Considerando, outrossim, que a função jurisdicional é o poder-dever estatal para a solução de conflitos de interesses intersubjetivos e para o controle das condutas antissociais e da constitucionalidade normativa, por meio de órgãos especializados na aplicação do direito ao caso concreto (VIEIRA, 2010) – e não se pode confundir a noção de órgãos especializados com a de varas especializadas; afinal, com ou sem elas, é exercida a função jurisdicional em casos relativos ao Direito Animal –, parece ser incoerente restringir a autonomia de um certo ramo do Direito a esse aspecto. No entanto, seguindo o posicionamento predominante sobre o tema para outros ramos do Direito (FALCÃO, 1995; MARTINS, 2009; NASCIMENTO, 2011), pode-se deduzir sobre o Direito Animal, que, apesar de ter galgado autonomia nas dimensões legislativa, didática e científica, ainda não a galgou na dimensão jurisdicional. Apesar desse entendimento, é preciso, em caráter complementar, afirmar que há uma tendência de que, nos próximos anos, essa realidade se modifique, bem como é necessário afirmar que assim deva ocorrer, uma vez que, por tudo já abordado, há peculiaridades do Direito Animal, que requerem julgadores aptos/sensíveis a compreendê-las – e porque não dizer – especializados na matéria.

2.6 A autonomia administrativa: ampliando a abordagem doutrinária tradicional

Por fim, propõe-se a existência de uma quinta dimensão de autonomia a ser considerada: a administrativa. Estaria fundada na existência de espaços institucionais específicos, na esfera administrativa, destinados a certo campo do conhecimento jurídico. Assim, a criação de Ministérios, Secretarias, Diretorias, Delegacias e, entre outros, Conselhos especializados, viabilizaria a consolidação da autonomia administrativa de um dado ramo do Direito.

Nesse ínterim, afirma-se que o Direito Animal é autônomo na dimensão administrativa, pois há secretarias estaduais e municipais, coordenadorias municipais, conselhos estaduais e municipais, comissões e delegacias especializados na tutela dos animais não humanos. Apontam-se como exemplos dessa autonomia administrativa, os seguintes: (a) a Rede Estadual de Direitos Animais (REDA), do Estado do Paraná, criada pelo Decreto nº 10.557, de 01 abril de 2014 (PARANÁ, 2014); (b) a Secretaria-Executiva dos Direitos dos Animais, do Município de Recife/PE, vinculada, pelo Decreto nº 26.908, de 02 de janeiro de 2013, à Secretaria de Participação Social (RECIFE, 2013); (c) a Coordenadoria dos Direitos dos Animais, do Município de Niterói/RJ, vinculada, pelo Decreto nº 12567, de 21 de fevereiro de 2017, à Secretaria Executiva (NITERÓI, 2017); (d) o Conselho

Estadual de Direitos Animais (CEDA), do Estado do Paraná, criado pelo Decreto nº 10.557, de 01 abril de 2014 (PARANÁ, 2014); (e) o Conselho Municipal de Bem-Estar dos Animais (COMBEA), do Município de Vinhedo/SP⁶, criado pela Lei nº 3.647, de 13 de janeiro de 2015 (VINHEDO, 2015); (f) o Conselho Municipal de Proteção aos Animais, do Município de Franca/SP, criado pela Lei nº 6.131, de 05 de março de 2004 (FRANCA, 2004); (g) a Delegacia Eletrônica de Proteção Animal (DEPA), do Estado de São Paulo, criada pela Lei nº 16.303, de 06 de setembro de 2016 (SÃO PAULO, 2015); (h) a Comissão de Defesa dos Animais, do Município de Belo Horizonte/MG, criada pela Lei nº 16.431, de 22 de setembro de 2016 (BELO HORIZONTE, 2016); e (i) a Delegacia Especializada de Crimes contra a Fauna, no Estado de Minas Gerais, criada pela Resolução nº 7.499, de 23 de janeiro de 2013 (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2017).

Há, do mesmo modo, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 6.837/2017, de autoria do Dep. Baleia Rossi (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017), que propõe criar o Sistema Federal de Proteção Animal (SIFEPA) e a Delegacia Eletrônica de Proteção Animal (DEPA), para a prevenção e a repressão de infrações criminais e administrativas contra animais não humanos. Esse projeto tem como modelo a já mencionada Delegacia Eletrônica de Proteção Animal (DEPA), do Estado de São Paulo.

Tudo isso evidencia que não só o Direito Animal conquistou, de fato, a sua autonomia administrativa, como ela está se desenvolvendo e se aprimorando. Aliás, nesse contexto, destaca-se a necessidade de criar-se um Conselho Nacional de Direito Animal – seguindo a tendência do Estado do Paraná e dos Municípios de Vinhedo e Franca no Estado de São Paulo⁷ –, o que deverá ocorrer nos próximos anos, apesar da hodierna onda brasileira de retrocessos nas esferas *jusambiental* e *jusanimal*. Não obstante a relevante proposta de criação do SIFEPA e da DEPA, o Projeto de Lei nº 6.837/2017 ignorou a necessidade de criar-se um Conselho Nacional específico, o que é um contraponto ante a necessidade da participação popular e da cooperação entre o Poder Público e a coletividade para a efetividade de um Sistema Federal de Proteção Animal.

6 Não obstante esteja vinculado à Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo, a criação deste Conselho reforça a autonomia administrativa do Direito Animal, por destinar-se especificamente à temática *jusanimal*, apartando-a de um Conselho de Meio Ambiente, que poderia dar ao referido campo um tratamento secundário, uma vez que abordaria, simultaneamente, múltiplas temáticas, ou, ainda, um tratamento humanista/antropocêntrico.

7 A criação de Conselhos nos campos *jusambiental* e *jusanimal* não está elencada, na Constituição Federal de 1988, como competência legislativa privativa da União (art. 22). O texto constitucional, ao contrário, assegura, concorrentemente, a competência legislativa dessa matéria à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, VI) e, até mesmo, aos Municípios, uma vez que a criação desses Conselhos é, por natureza, um assunto de interesse local (art. 30, I). Considerando-se, ainda, que a proteção do meio ambiente, o combate da poluição em quaisquer de suas formas e a preservação das florestas, da fauna e da flora são competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, VI e VII), entende-se, por corolário, que qualquer dos entes federativos pode atuar, de forma autônoma, na criação de Conselhos de Meio Ambiente e de Direito Animal. A criação dos citados Conselhos Estaduais ou Municipais não depende, portanto, da existência prévia de um Conselho Nacional afim (BRASIL, 1988).

3 CONSELHOS DE DIREITO ANIMAL: UMA NECESSIDADE EM FACE DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO DIREITO ANIMAL E DO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

É preciso afirmar que o Direito Animal não está livre de retrocessos, semelhantes àqueles que vêm afligindo nos últimos anos o Direito Ambiental. A extinção, no início de 2017, da Secretaria Especial dos Direitos Animais (SEDA), no Município de Porto Alegre/RS (ANDA, 2017) – que havia sido criada pela Lei Municipal nº 11.101, de 25 de julho de 2011 e regulamentada pelo Decreto 17.190, de 08 de agosto de 2011 (PORTO ALEGRE, 2017) –, contextualiza bem esse cenário. Nesse caso, a extinção da Secretaria deu-se à revelia da sociedade civil organizada, que se posicionou contrariamente.

As investidas contemporâneas de retrocesso nos campos *jusambiental* e *jusanimal*, por vezes advindas do próprio Poder Público, tornam ainda mais necessária a participação popular *lato sensu*, assim como o exercício da soberania do povo na gestão do Estado. Nesse caso, a criação e a disseminação de Conselhos de Direito Animal, nas mais distintas esferas estatais (federal, estadual e municipal), pode ser relevante para a promoção de um necessário diálogo entre o poder popular e o poder governamental, em prol do exercício de suas finalidades. Serviriam, desta feita, como um “novo *locus* de exercício político”, na esfera *jusanimal*, a favor do trinômio descentralizar-participar-controlar que, também, é essencial à efetividade do Direito Animal. Nesse panorama, os Conselhos de Direito Animal passariam a constituir-se como instrumentos táticos estatais para a tutela dos animais não humanos (BONAVIDES, 1993; CAMPOS; MACIEL, 1997; SILVA, 1998).

O cuidado com a coisa pública, por meio da democracia participativa e da cidadania ativa, encontra no Direito Ambiental e, também, no Direito Animal um reforço. Basta a singela leitura do art. 225 da CF/1988 para identificar-se o princípio da participação popular. Isso ocorre porque a coletividade, e não apenas o Poder Público, tem o dever de proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988). Se o cidadão tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado impõe a ele uma participação ativa. Esses conselhos específicos poderiam lhe dar vazão, estimulando-a nas esferas *jusambiental*, por meio de Conselhos de Meio Ambiente, e *jusanimal*, por meio de Conselhos de Direito Animal.

A importância dessa participação popular cresce quando se considera que muitas vezes o Poder Público é o maior poluidor (VERNIER, 1994), como, também, pode vir a ser, por ação ou omissão, um grande estimulador de situações de crueldade contra os animais não humanos. Nessa conjectura, cabe à coletividade (à sociedade civil) participar ativamente na esfera ambiental, em especial nas atividades dos Conselhos de Meio Ambiente, com a finalidade de fiscalizar a atuação pública, denunciar os seus abusos e cooperar, sempre que possível, com as suas atividades. De mesmo modo, cabe à coletividade participar ativamente na esfera *jusanimal*, e melhor participaria se existissem espaços institucionais, como Conselhos de Direito Animal (municipais, estaduais e federais), destinados especificamente a abordar essa temática.

Não obstante o fato de o art. 225 da CF/1988 abordar, ao mesmo tempo, as questões *jusambientais* e *jusanimais*, não se pode deduzir disso que seria suficiente a inserção destas nos Conselhos destinados àquelas. Em suma, não seria suficiente – e sequer coerente – a mera inclusão de temas *jusanimalistas* em Conselhos de Meio Ambiente, por uma série de fatores: (a) o Direito Ambiental e o Direito Animal estão fundados em matrizes paradigmáticas diversas e contraditórias, pois, enquanto o primeiro influencia-se por um preponderante viés humanista/antropocêntrico, o segundo surge da oposição a essa vertente, consolidando-se diante de uma proposta pós-humanista/biocêntrica; (b) o Direito Ambiental e o Direito Animal, muito embora mantenham certa afinidade – mais até, entre si, do que a afinidade que detêm em razão de outros ramos do Direito –, são ramos jurídicos autônomos, com regras, princípios e doutrina próprios; (c) as demandas *jusambientais* existentes em face da sociedade são, em boa parte, distintas daquelas de natureza *jusanimalista*; e (d) a necessidade de se aprofundar a autonomia administrativa do Direito Animal, o que exige a criação de espaços administrativos específicos a esse novo campo do saber jurídico.

Faz-se, ainda, relevante salientar, diante da já evidenciada autonomia do Direito Animal, que não seria coerente defender-se a abordagem de questões *jusanimalistas* em Conselhos de Meio Ambiente, com base no princípio da ubiquidade (FIORILLO, 2013) ou na natureza jurídica difusa (FIGUEIREDO, 2011) do meio ambiente. Se o meio ambiente está por toda parte, abrangendo um número indeterminado de sujeitos e se a sua abordagem não se limita às questões de ordem natural, integrando os conceitos de ser humano e meio ambiente – de modo que não sejam dicotômicos (MORIN, 2002) –, isso não atinge os fundamentos da autonomia do Direito Ambiental e, quiçá, os fundamentos da autonomia do Direito Animal. Até mesmo porque as perspectivas paradigmáticas diversas impõem essa autonomia aos referidos campos do saber jurídico e, com isso, exigem a criação de espaços administrativos apropriados a cada um deles.

Não é demais afirmar que a inserção dos temas *jusanimalistas* em Conselhos de Meio Ambiente, impor-lhes-ia uma abordagem humanista/antropocêntrica, o que poderia desestimular a adequada proteção dos animais não humanos. Acrescenta-se a isso, a multiplicidade de temas existentes na esfera ambiental (saneamento ambiental, resíduos sólidos, unidades de conservação, educação ambiental, recursos hídricos, aquecimento global etc.), de modo que a inclusão dos temas *jusanimalistas* nos Conselhos de Meio Ambiente torná-los-ia secundários, diante das prioridades antrópicas incutidas na abordagem ambiental.

Nesse contexto, o cenário exposto evidencia a necessidade de que as questões de Direito Ambiental e de Direito Animal sejam abordadas em Conselhos distintos (federais, estaduais e municipais). Isso é reforçado em face da sua evidente autonomia administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho permitiu pesquisar os Conselhos no Brasil (gênese, evolução e características) e investigar as múltiplas dimensões da autonomia do Direito Animal (legislativa, didática e científica), o que incluiu a dimensão administrativa proposta – diante da existência, no território brasileiro, de secretarias estaduais e municipais, coordenadorias municipais, conselhos estaduais e municipais, comissões e delegacias especializados na tutela dos animais não humanos.

O estudo demonstrou que as investidas contemporâneas pró-retrocesso nos campos *jusambiental* e *jusanimal*, por vezes advindas do próprio Poder Público, tornam ainda mais necessária a participação popular. Desse modo, a criação e a disseminação de Conselhos de Direito Animal, nas mais distintas esferas estatais (federal, estadual e municipal), pode apresentar-se como uma iniciativa relevante, para a promoção de um necessário diálogo entre o poder popular e o poder governamental, em prol dos direitos dos animais não humanos. Isso porque esses Conselhos se apresentam como canais, por excelência, para a ampla participação popular na tutela desses direitos, podendo, inclusive, dar vazão à atuação de militantes do movimento *jusanimalista* e da sociedade civil organizada como um todo.

Entendeu-se, ainda, que não seria suficiente e sequer coerente destinar aos Conselhos Municipais de Meio Ambiente as temáticas *jusanormais* por se fundarem em matrizes paradigmáticas diversas e contraditórias, por serem ramos jurídicos autônomos (com regras, princípios e doutrina próprios), por apresentarem demandas diversas em face da sociedade e pela necessidade de aprofundar-se a autonomia administrativa do Direito Animal, o que requer a criação de espaços administrativos específicos.

Por fim, conclui-se que os Conselhos de Direito Animal – para além de um símbolo da autonomia administrativa de um jovem ramo do Direito – podem apresentar-se como verdadeiros instrumentos de promoção de uma cidadania pós-humanista e biocêntrica, situada para além das barreiras biológicas, sociais e culturais do especismo. Isso porque tem potencial para popularizar o debate em torno de um novo paradigma – adverso à perspectiva humanista/antropocêntrica –, e fomentar a participação popular em prol da defesa dos animais não humanos. Por isso mesmo, dever-se-ia fomentar a criação de Conselhos de Direito Animal em cada Estado e em todos os Municípios brasileiros, inclusive na esfera federal. Os poucos exemplos apresentados de Conselhos dessa natureza efetivamente criados no Brasil evidenciam que, ainda, há muito a se desenvolver nesse campo e o quanto o Direito Animal perde por não se munir desses instrumentos.

REFERÊNCIAS

ANDA. Vereadores aprovam a extinção da Secretaria Especial dos Direitos Animais em Porto Alegre (RS). Disponível:

<<https://www.anda.jor.br/2017/01/vereadores-aprovam-a-extincao-da-secretaria-especial-dos-direitos-animais-em-porto-alegre-rs/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BELO HORIZONTE. **Lei nº 16.431, de 22 de setembro de 2016**. Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1169141>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves; BRITO, Álvaro de Azevedo Alves; BRITO, Marília de Azevedo Alves; OLIVEIRA, Bianca Silva. A Educação Ambiental e a vedação à submissão de animais à crueldade: a ascensão do pós-humanismo e a desconstrução do paradigma antropocêntrico/humanista em manifestações culturais adversas ao Direito Animal. *In*: PURVIN, Guilherme (Org.). **Direito ambiental e proteção dos animais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 5.197, 03 de janeiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.794, de 08 de outubro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11794.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 6.837/2017**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=406A134EE739D87B45BD7EF2C9967857.proposicoesWebExterno1?codteor=1535712&filename=Avulso+-PL+6837/2017>. Acesso em: 05 set. 2017.

CAMPOS, Edval Bernadeiro; MACIEL, Carlos A. B. Conselhos Paritários: o enigma da participação. **Caderno de Comunicações 8º CBAS**, Bahia, Julho de 1995, p. 386-389.

DHNET. **Caracterização dos conselhos em nível nacional, estadual e municipal**. *In*: Capacitação de conselheiros: curso de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/cc/2/caracterizacao.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

FALCÃO, Ismael Marinho. **Direito agrário brasileiro**: doutrina, legislação, jurisprudência e prática. Bauru, SP: Edipro, 1995.

FRANCA. **Lei nº 6.131, de 05 de março de 2004**. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&src=s&source=web&cd=2&cad>>

=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjf-6CXxJfWAhWBTJAKHYrbBScQFggguMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.franca.sp.gov.br%2Fportal%2Findex.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D441%253Acriao-do-conselho%26id%3D76%253Aconselhos&usg=AFQjCNG1A9Cld9RUk8y8iDEdyQI2CDeJyw>. Acesso em: 25 ago. 2017.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

FIORILLO, Celso A. P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito ambiental pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2011.

GORDILHO, Heron José de Santana; OLIVEIRA, Thiago Pires. Os colegiados ambientais como expressão do princípio da participação popular no direito brasileiro: o caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/51/204/ri/v51_n204_p67.pdf>. Acesso em: 09 set. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORIN, Edgar. **El método II: la vida de la vida**. 5. ed. Madrid: Cátedra, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NITERÓI. **Decreto nº 12567, de 21 de fevereiro de 2017**. Disponível em: <http://pgm.niteroi.rj.gov.br/legislacao_pmn/2017/DECRETOS/Decn%2012567%20Cria,%20na%20Secretaria%20Executiva,%20a%20Coordenadoria%20Especial%20Direito%20dos%20Animais.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

PARANÁ. **Decreto nº 10.557, de 01 de abril de 2014**. Disponível em: <<http://www.meioambiente.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=352>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Resolução Lei nº 16.431, de 22 de setembro de 2016**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/54319571/doemg-executivo-24-01-2013-pg-41>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

PORTO ALEGRE. **A SEDA**. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/seda/default.php?p_secao=9>. Acesso em: 19 ago. 2017.

RAMOS, C. A. Hannah Arendt e os elementos constitutivos de um conceito não liberal de cidadania. In: **Rev. Filos.**, Aurora, Curitiba, v. 22, n. 30, p. 267-296, jan./jun. 2010.

RECIFE. **Decreto nº 26.908, de 02 de janeiro de 2013.** Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/pe/r/recife/decreto/2013/2690/26908/decreto-n-26908-2013-vincula-a-secretaria-de-governo-e-participacao-social-a-secretaria-executiva-dos-direitos-dos-animais-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

ROCCO, Alfredo. **Princípios do direito comercial:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 1934.

SÃO PAULO. **Lei nº 3.647, de 13 de janeiro de 2015.** Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2016/lei-16303-06.09.2016.html>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Vini Rabassa da. Conselhos municipais e construção da cidadania. **Sociedade em Debate**, Pelotas, 4(2), Agosto/1998, p. 73-85. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwih1sb80pPWAhVh1QKHQCrB4MQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.rle.ucpel.tche.br%2Findex.php%2Frsd%2Farticle%2Fview%2F649%2F579&usq=AFQjCNGE73Z6rbnaHPVtZP2CRs1D1vCQKA>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais em juízo:** direito, personalidade jurídica e capacidade processual. Salvador: Evolução, 2012.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Direito animal e ensino jurídico:** formação e autonomia de um saber pós-humanista. Salvador: Evolução, 2014.

UFBA. **Áreas de concentração.** Disponível em: <http://www.ppgd.direito.ufba.br/sites/ppgd.direito.ufba.br/files/ppgd_areas_e_linhas_2017.pdf>. Acesso em: 05 set. 2017.

UFPB. **UFPB promove o II Seminário Paraibano de Direito Animal.** Disponível em: <<http://www.ufpb.br/content/ufpb-promove-o-ii-semin%C3%A1rio-paraibano-de-direito-animal>>. Acesso em: 05 set. 2017.

UFRRJ. **Grade curricular.** Disponível em: < http://www.itr.ufrrj.br/portal/wp-content/uploads/cursos/direito/grade_curricular_direito.pdf >. Acesso em: 05 set. 2017.

VERNIER, Jacques. **O meio ambiente.** Campinas: Papirus, 1994.

VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. **Revista do EMERJ**, v. 13, n. 51, 2010. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://bdjur.stj.jus>>.

br/jspui/bitstream/2011/54243/relevancia_funcao_jurisdicional_vieira.pdf&ved=0ahUKewiuyYCj6ZXWAhUENSYKHQ9_DEAQFghbMAY&usg=AFQjCNHi5V61tts hBkAFa6etpz3gbJDC-g>. Acesso em: 18 ago. 2017.

VINHEDO. Lei nº 3.647, de 13 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.vinhedo.sp.gov.br/painel/dbarquivos/dbanexos/oficialdevinhedo2198pgsp.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Recebido em 25.10.2017

Aceito em 28.10.2017

A POLÍTICA COMERCIAL COMUM À PROVA NO PÓS-LISBOA – A COMPETÊNCIA PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO DA UNIÃO EUROPEIA¹

THE COMMON COMMERCIAL POLICY UNDER CHALLENGE AFTER LISBON – THE EU’S COMPETENCE FOR THE CONCLUSION OF INTERNATIONAL TRADE AGREEMENTS IN EUROPEAN UNION

Maria João Palma²

Sumário: 1 A política comercial comum da UE – de Roma a Lisboa. 2 A competência da UE para a celebração de acordos internacionais de comércio – tensões no pós-Lisboa. 3 Polémica em torno da entrada provisória em vigor dos acordos comerciais – considerações de iure condendo. 4 Acompanhamento do processo negocial dos acordos internacionais de comércio pelos parlamentos nacionais. 5 O Parecer 2/2015 do TJUE – Possíveis implicações. 5.1 Alinhavo das principais questões técnico-jurídicas que o TJUE enfrenta no Parecer 2/2015. Conclusão. Referências.

Resumo: O alargamento do âmbito da política comercial comum da União Europeia a outros domínios além dos relacionados com o comércio internacional de mercadorias iniciou-se com a entrada em vigor do Tratado de Nice, em 2003. A partir dessa altura passaram a estar incluídos na competência exclusiva da União Europeia (UE) a celebração de acordos internacionais relacionados com o comércio de serviços ou os aspetos comerciais da propriedade intelectual. Estas novas competências contribuíram para alargar e reforçar o papel da UE como ator na arena do comércio internacional. A globalização alterou a forma como o comércio mundial passou a ser encarado, articulando-o com outras realidades conexas e que o agilizam. Isso explica a competência adquirida pela UE com o Tratado de Lisboa (2009) relativa ao Investimento Direto Estrangeiro. O Parecer 2/2015 do TJUE sobre o Acordo UE/Singapura irá contribuir para clarificar a questão da articulação das competências entre a UE e os Estados-Membros no que se refere à celebração dos acordos de comércio da nova geração.

Palavras-chave: Política Comercial Comum. Investimento Direto Estrangeiro. Tratado de Lisboa. Parecer 2/2015 do TJUE.

Abstract: The enlargement of the scope of the Common Commercial Policy beyond external trade of goods started with the entry into force of the Treaty of Nice, in 2003. From that moment on, domains such as the conclusion of international agreements relating to trade of services and

1 O presente artigo é baseado na nossa intervenção subordinada ao título: “O Parecer 2/2015 do TJUE e a competência para a celebração dos modernos acordos de comércio” – proferida no âmbito do Seminário: “Acordo CETA: uma oportunidade para Portugal?” que teve lugar a 7 de abril de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O mesmo foi publicado no nº 3 da Revista Análise Europeia – <http://www.apeeuropeus.com/revista.html>.

A autora agradece o convite que lhe foi endereçado pela Professora Doutora Elizabeth Accioly da Universidade Europeia, em Lisboa, e que tornou possível a presente republicação.

² Doutoranda na FDL – Direito Europeu do Investimento Estrangeiro (a partir de 2016). Mestre em Direito pela FDL (1998). Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (1992). Pós-graduada em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu da FDL (1993). LLM *College of Europe*, Bruges, Bélgica (1996). Docente da FDL (1993/2009). Consultora Jurídica do Ministério da Economia (1998/2015). Assistente Convidada do Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa (2009/2015). E-mail: luzpalma2011@hotmail.com

commercial aspects of intellectual property were covered by the European Union (EU) exclusive competence. These new competences contributed to enhancing and strengthening EU's role as an actor at the international trade arena. Globalization impacted on international trade, articulating it with related areas such as international direct investment. That explains the acquisition of this new competence by the UE with the Treaty of Lisbon (2009). Opinion 2/15, which concerns the EU's competence to conclude a Free Trade Agreement (FTA) with Singapore, will contribute to clarify the relation between national competences and the EU's competence concerning the celebration of the new generation of international trade agreements..

Keywords: Common commercial policy. Foreign Direct Investment. Lisbon Treaty. Opinion 2/2015 CJEU.

1 A POLÍTICA COMERCIAL COMUM DA UE – DE ROMA A LISBOA

O Tratado de Lisboa³ é o culminar de um moroso e complexo caminho em torno da configuração das competências da UE, em especial, no que se refere à Política Comercial Comum (PCC). O seguidismo das matérias cobertas pelos Acordos GATT (47) e OMC (94) é evidente:⁴ pretende-se que a UE funcione como a voz única no plano do comércio mundial de forma a acomodar os ditames da globalização. Nessa medida, a regulação deixa de respeitar apenas ao comércio limitado às mercadorias (*Tratado de Roma, 1957*), para incluir outros aspetos como sejam, o comércio dos serviços, os aspetos comerciais da propriedade intelectual (*Tratado de Amesterdão, 1997 e Tratado de Nice, 2003*), fazendo notar um paralelismo entre a regulação do comércio no plano mundial e o protagonismo que a UE assume através da PCC. Com o Tratado de Lisboa, a UE dá um passo adiante relativamente à OMC ao incluir na esfera da regulação do comércio externo o investimento direto estrangeiro.⁵

2 A COMPETÊNCIA DA UE PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO – TENSÕES NO PÓS-LISBOA

A abrangência dos temas incluídos nos acordos internacionais de comércio da Nova Era (*inter alia*, CETA, TTIP, UE/Singapura)⁶ estaria na origem, porém, de controvérsia relativamente à competência para a celebração desses acordos – se a

3 Em vigor a partir de dezembro de 2009.

4 O Acordo GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) tem por objeto a liberalização do comércio de mercadorias no plano mundial. O Acordo OMC acenta em três pilares: GATT (mercadorias); GATS (*General Agreement on Trade in Services*) e TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property*).

5 O Acordo TRIMS (*Trade Related Investment Measures*), anexo aos Acordos OMC, refere-se, apenas, à livre circulação de capitais conexas com a livre circulação de mercadorias.

6 Na doutrina, Pedro INFANTE MOTA designa estes acordos de Mega-regionais, pois são “... suficientemente grandes e ambiciosos para influenciar as regras do comércio e os fluxos comerciais para além das respetivas áreas de aplicação” – “Os Acordos Mega-Regionais”, in *União Europeia, Reforma ou Declínio*, Coordenação e Introdução de Eduardo Paz FERREIRA, ed. Veja, 2016, p. 381.

UE *per se*, ou se a UE conjuntamente com os vários Estados-Membros – a *vaexata questio da mixity*^{7,8}

Recorde-se que o Acordo CETA⁹ seria o pioneiro num feixe de Acordos do *pós-Lisboa*. As negociações seriam iniciadas em maio de 2009, e concluídas em

7 Tratámos esta questão no nosso “A Proteção do Investimento Estrangeiro – uma Nova Política Europeia”, publicado no nº 1 desta Revista (2016), p. 124 e segs. <http://www.apeeuropeus.com/analiseeuropeia-1-1.html>.

8 Sempre que o objeto dos acordos internacionais ultrapasse as competências exclusivas da UE, envolvendo, também, competências dos Estados-Membros, quer sejam partilhadas entre estes e a UE, ou reservadas aos Estados-Membros, ou inclusivamente uma combinação dos três tipos de competências (exclusivas da UE, partilhadas entre a UE e os Estados-Membros e reservadas aos Estados-Membros), tais acordos devem ser conjuntamente celebrados pela UE e pelos Estados-Membros (acordo misto). Por celebração entende-se não só o ato formal da assinatura do acordo, mas, também, a intervenção de todos os proponentes, i.e, Estados-Membros e Conselho em nome da UE, sendo que, a ratificação dos parlamentos nacionais será necessária nos termos das Constituições dos vários Estados-Membros e, reportar-se-á às partes do acordo onde residam essas competências (partilhadas ou dos Estados-Membros).

A figura do acordo misto é fruto de uma construção jurisprudencial, maxime, através do Parecer 1/94, de 15 de novembro de 1994, onde o TJUE apreciou a competência da, à data, Comunidade Europeia e dos Estados-Membros para a celebração dos acordos que instituíram a Organização Mundial do Comércio (OMC), tendo concluído pela sua natureza mista. Sobre o conceito de acordo misto, vide, MARISE CREMONA – “External Relations of the EU and the Member States: competence, mixed agreements, international responsibility and effects of international law”, European University Institute working papers, Law ° 2006/22, <http://ssm.com7abstract=963316>. Entre nós, vide, MARIA LUÍSA DUARTE – A Teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lex, Lisboa, 1997, p. 600.

No texto dos Tratados pode apenas encontrar-se uma alusão aos acordos mistos no 2º parágrafo do n.º 6 do artigo 133º do TCE introduzido pelo Tratado de Nice (“... Os acordos assim negociados são celebrados conjuntamente pela Comunidade e pelos Estados-Membros), tendo a mesma desaparecido com a revisão efetuada com o Tratado de Lisboa que suprimiu este parágrafo.

Hodiernamente, os acordos mistos tem vindo a assumir uma importância fulcral na implementação da PCC. Por esse facto, entendemos que o tratamento dos acordos mistos pelos Tratados devia ser recuperado e ampliado numa próxima revisão dos Tratados – por um lado, a definição de acordo misto deveria ser introduzida nos Tratados nos artigos iniciais do TFUE (Título I – as categorias e os domínios de competências da União); também a respetiva tramitação deveria ser expressamente regulada – necessidade de duplo mandato outorgado pelos Estados-Membros e pelo Conselho em nome da União à Comissão Europeia, a quem continuaria a competir a negociação de ambos em nome da unidade da representação externa da UE; ao Parlamento Europeu competiria a aprovação do acordo por parecer favorável onde incumbiria, entre outras, a função de verificação do acordo à luz do artigo 21º do TUE; por fim, a determinação expressa da necessidade de aprovação unanime do acordo por todos os Estados-Membros, em momento posterior à assinatura pelos membros do Conselho, nos termos das respetivas Constituições.

Importante, também, esclarecer no corpo do Tratado que o princípio da subsidiariedade (artigo 5º do TUE) regula o exercício das competências partilhadas no que se refere ao direito derivado, mas não tem aplicação no que se refere ao exercício das competências externas, assim se compreendendo a necessidade da utilização da fórmula dos acordos mistos quando estejam em causa competências partilhadas (*infra*).

9 Em 2015, a UE importava bens do Canadá no valor correspondentes a 28.3 biliões de euros e exportava 35.2 biliões de euros, valores que se calcula aumentem para mais de 20% quando o acordo entrar definitivamente em vigor. Cfr. www.europarl.europa.eu/news/en/news.../ceta-meps-back-eu-canada-trade-agree.

setembro de 2014, tendo o acordo sido, entretanto, assinado pela UE e pelo Canadá, a 30 de outubro de 2016. O percurso até aqui seria, porém, turbulento.

Em paralelo às negociações do Acordo CETA decorriam as negociações relativas a outros acordos (*supra*), nomeadamente, o Acordo UE/Singapura.

A Comissão, em 10 de julho de 2015, submeteu o Acordo UE/Singapura ao TJUE para obtenção de um Parecer sobre a competência exclusiva ou mista para a celebração do acordo (Parecer 2/2015),¹⁰ ao abrigo do artigo 218º, n.º 11 do TFUE, defendendo a competência exclusiva da UE para a celebração do mesmo.¹¹

Entretanto, a julho de 2016, a Comissão declarou que o Acordo CETA seria *um acordo misto*, pese embora, sublinhamos, se tratasse de um acordo idêntico ao UE/Singapura pela abrangência das matérias¹² e a tese perfilhada por aquela em defesa da competência exclusiva da UE no Parecer 2/2015 relativamente à totalidade das matérias cobertas pelo acordo UE/Singapura. A Comissão enveredaria, destarte, por uma *hábil estratégia de recuo*, no CETA, propugnando a entrada em vigor provisória do acordo apenas relativamente às matérias da competência exclusiva da UE.¹³ Nesta medida, a entrada em vigor definitiva do Acordo CETA irá depender da ratificação de todos os parlamentos nacionais e regionais dos vários Estados-Membros (cerca de 38), sendo que, sublinhe-se, cada um destes parlamentos disporá de “*poder de veto*” para chumbar o acordo na íntegra, invocando, para o efeito, razões de competência nacional.¹⁴

10 O TJUE irá pronunciar-se a 16 de maio de 2017.

11 Saliente-se que, a Comissão poderia ter submetido o Acordo CETA à apreciação do TJUE ao invés do Acordo UE/Singapura, uma vez que as negociações se tinham iniciado em primeiro lugar no caso do CETA e, na altura, os pressupostos para apresentar o caso ao TJUE estavam reunidos relativamente a ambos os acordos. Em nosso entender, o acordo UE/Singapura terá sido usado com *caso teste*, prosseguindo as diligências necessárias à entrada em vigor provisória do CETA.

¹² Há quem na doutrina identifique um “Modelo Invisível” de Acordo de proteção do Investimento pela UE face ao clausulado similar que trespassa os Acordos em negociação, *Vide*, M. BUNGENBERG and A. REINISCH – “The anatomy of the Invisible EU Model BIT in *The Journal of World Investment and Trade*, (2014), 15, p. 375.

¹³ Técnica anteriormente utilizada, por exemplo, relativamente ao Acordo UE/Coreia do Sul (*supra*), o primeiro dos acordos da “segunda geração” de zonas de comércio livre, incluindo comércio, serviços, propriedade intelectual e outros assuntos relacionados com o comércio (concorrência, assuntos sociais). O Acordo UE/Coreia do Sul foi assinado a 6 de outubro de 2010, tendo entrado em vigor provisoriamente a 1 de julho de 2011, e de forma definitiva a 13 de dezembro de 2015.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2015:307:FULL&from=EN>

<http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2010036>. De referir outros casos de acordos que entraram provisoriamente em vigor, à semelhança do UE/Coreia do Sul: UE/Colômbia, UE/Peru e UE Ucrânia, e onde não houve tanta polémica como no caso dos acordos atuais. Tratando-se de acordos cuja negociação fora iniciada no pré-Lisboa e, não sendo o âmbito da PCC tão abrangente, a *mixity* assumia-se de modo mais nítido.

¹⁴ No sentido de que a não ratificação por parte de um Estado-Membro derruba o acordo na íntegra, pronunciou-se a Advogada Geral *Sharpston* nas Observações apresentadas no Parecer UE/Singapura, ainda pendente no TJUE, ponto 568 (*supra*). Entendemos, porém, ser defensável uma posição mitigada, segundo a qual, a não ratificação do acordo por parte de um Estado-Membro só poderá derrubá-lo, no seu todo, caso se considere que o acordo foi negociado numa lógica *single undertaking*, o que caberá, eventualmente, ao TJUE determinar no âmbito da sua atividade interpretativa, em caso de discórdia (artigo 218º, nº 11 do TFUE). Prevalecendo o entendimento segundo o qual a lógica negocial que presidiu à negociação do acordo não foi a de *single undertaking*, uma eventual não ratificação por parte de um Estado-Membro não será impeditiva da convalidação em definitiva da vigência provisória do acordo,

Entretanto, em outubro de 2016, sucede-se um conjunto de situações que aumentaram a pressão em torno da celebração do Acordo CETA: a 5 de outubro, o Conselho aprova uma Decisão no sentido da entrada em vigor provisória do Acordo CETA.¹⁵ Porém, a 13 de outubro, o Tribunal Constitucional Federal Alemão pronuncia-se, num processo com carácter de urgência, em sentido favorável à entrada em vigor do acordo CETA a título provisório mas sujeita a certas condições.¹⁶ Como mais significativas dessas condições, salientamos a entrada em vigor limitada às competências exclusivas da UE¹⁷ e à possibilidade de a Alemanha poder denunciar unilateralmente o Acordo CETA no caso de a decisão final do TC vir a ser desfavorável à entrada em vigor definitiva do acordo, uma vez que este irá pronunciar-se, posteriormente, no que se refere, nomeadamente, ao Tribunal de Investimento.¹⁸

As tensões em torno do Acordo CETA atingem um pico a 18 de outubro de 2016, quando o Parlamento Regional da Valónia (Bélgica), recusou dar o seu consentimento ao Governo belga para a ratificação do Acordo. A assinatura seria adiada, por duas semanas, vindo a ocorrer a 28 de outubro de 2016, após a Comissão ter negociado diretamente com aquela pequena região.¹⁹ Daqui resultou, entre outros pontos, o compromisso de que o CETA será acompanhado de um instrumento de cariz obrigatório no sentido de que não incluirá qualquer mecanismo privado de arbitragem.²⁰

dando-se, para o efeito, um aproveitamento do acordo relativamente às matérias de competências exclusivas da UE, às quais os Estados-Membros deram o seu aval enquanto membros do Conselho. Tal convalidação da vigência provisória em definitiva dar-se-á mediante uma nova decisão do Conselho e nova concordância da parte contrária no acordo, *in casu*, o Canadá. Tal decisão só será possível após obtenção de parecer favorável do PE, desta vez por imposição do TFUE e não decorrente de mera prática, como no caso da vigência provisória. A decisão do Conselho obedecerá, em princípio, à regra da maioria qualificada, nos termos do Artigo 207º do TFUE, embora a prática tenha ditado a regra do consenso para a aprovação dos acordos comerciais no Conselho.

15 Vide, Decisão do Conselho (10974/16), de 5 de outubro de 2016, contendo a enumeração das disposições que serão aplicadas provisoriamente, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10974-2016-INIT/pt/pdf>

16 A “yes but” decision” <http://www.osborneclarke.com/insights/ceta-update-german-constitutional-court-allows-provisional-application-of-ceta/>. Para um comentário crítico, vide, JELENA BAUMLER – “Yes, but ... – for now! The German Federal Constitutional Court’s judgement on CETA” in, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2016/10/jelena-b%C3%A4umler-on-the-german-federal-constitutional-courts-judgment-on-ceta-.html>

17 O TC Alemão enumerou as disposições cuja entrada em vigor provisória não seria possível, concretamente, capítulos 8 e 13 (proteção de investimento incluindo o sistema de resolução de litígios e o portfólio), capítulo 14 (transporte marítimo), capítulo 11 (reconhecimento mútuo de qualificações profissionais) e o capítulo 23 (comércio e trabalho). Desta enumeração resulta que, o TC Alemão considerou, indiretamente, o acordo CETA, como sendo misto.

18 O Tribunal Federal Constitucional Alemão deverá pronunciar-se a título definitivo, em 2018, altura em que apreciará o CETA nos seus termos substantivos.

19 <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/nov/14/wallonia-ceta-ttip-eu-trade-belgium>.

20 É conhecida a polémica em torno do recurso à arbitragem privada nos litígios entre investidores privados e o Estado de acolhimento. Uma resenha dessa argumentação pode ser encontrada no artigo de RICARDO DO NASCIMENTO FERREIRA – “A Judicialização do Sistema de ISDS no TTIP”, in, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, Vol. VIII, 2015, p. 114. Vide, ainda, MAUDE BARLOW E RAOUL MARC JENNAR – “O flagelo da arbitragem internacional”, *Le Monde diplomatique*, 01.02.2016.

A saga continua quando, a 21 de dezembro de 2016, a Advogada Geral *Sharpston* apresenta as Observações no âmbito do Parecer 2/2015 (*supra*), no sentido da competência mista do Acordo UE/Singapura, por razões que são, assim o entendemos, *mutatis mutandis*, aplicáveis ao Acordo CETA. Assim, no caso de o TJUE vir a partilhar o entendimento da Advogada Geral e se pronunciar pela competência mista do acordo UE/Singapura, tal decisão constituirá um “*padrão*” aplicável ao feixe de Acordos em negociação, com todo o peso institucional que isso acarreta, nomeadamente, a necessidade de aval dos cerca de 38 parlamentos nacionais e regionais dos vários Estados-Membros, para a entrada em vigor definitiva desse conjunto de acordos.²¹

A 15 de fevereiro de 2017, o Acordo CETA mereceu *parecer favorável* do plenário do Parlamento Europeu, possibilitando, assim, a entrada em vigor provisória na parte referente à competência exclusiva da EU. O Acordo aplicar-se-á provisoriamente a partir do primeiro dia do segundo mês após a data em que ambos os lados tenham notificado a outra parte de que completaram todos os passos internos necessários,²² o que os membros do Parlamento Europeu calculam que ocorra a partir de 1 de abril de 2017.

3 POLÉMICA EM TORNO DA ENTRADA PROVISÓRIA EM VIGOR DOS ACORDOS COMERCIAIS – CONSIDERAÇÕES DE *IURE CONDENDO*

O Tratado regula a entrada em vigor provisória dos acordos internacionais no artigo 218º, nº 5 do TFUE, determinando: “O Conselho, sob proposta do negociador, adota uma decisão que autoriza a assinatura do acordo e, se for caso disso, a sua aplicação provisória antes da respetiva entrada em vigor”.²³ A este respeito, importa referir, em primeiro lugar que, a obtenção do parecer favorável por parte do PE para a entrada em vigor provisória dos acordos comerciais não resulta do Tratado mas da prática institucional, precedente iniciado com o Acordo UE/Coreia do Sul (*supra*), prática que consideramos merecedora de acolhimento constituinte numa futura revisão dos Tratados. Em termos práticos, as disposições que são consideradas “*aptas*” a entrar em vigor são plenamente eficazes e, nessa medida, a concordância do PE é absolutamente essencial.

Por outro lado, importa sublinhar que o Tratado é omissivo quanto à entrada em vigor provisória “parcial” do acordo, o que permite duas interpretações possíveis: ou adotar a máxima a maior ad minus (quem pode o mais pode o menos), de onde retiramos a possibilidade de entrada provisória apenas de uma parte do

21 Sufragamos as considerações sobre os acordos mistos tecidas por JELENA BAUMLER quando refere: “*What became again apparent is that the whole idea of a “mixed agreement is a nightmare for all involved, i.e., the EU and its organs, the Member States, the European people and the courts that have to deal with the construction”*, *op. cit.*

22 Assim determina o artigo 30º.7, nº 3 do Acordo CETA que prevê a possibilidade de aplicação provisória do mesmo.

23 A versão inglesa do nº 5 aponta no mesmo sentido: “*The Council, on a proposal by the negotiator, shall adopt a decision authorising the signing of the agreement and, if necessary, its provisional application before entry into force.*” (nosso sublinhado).

acordo;²⁴ ou a interpretação segundo a qual a fragmentação dos acordos quanto à sua vigência não terá sido desejada pelos redatores dos Tratados que terão entendido os acordos como um todo.²⁵ Ora, tendo em consideração a recente vaga de entradas em vigor provisórias de acordos de comércio da UE cujo critério para eleição das “partes ou disposições” do acordo à vigência prévia tem sido a fronteira competencial (competências exclusivas da UE versus mistas)²⁶ e, tendo em consideração as controvérsias que tal fronteira coloca,²⁷ seria conveniente, de iure condendo, introduzir no Tratado critérios que permitissem, por um lado, disciplinar tal escolha, onde, entre outras, notamos a dificuldade de identificação das competências nacionais por omissão de listagem no corpo do Tratado,²⁸ e, por outro lado, a inclusão de previsão que regule as consequências da não ratificação por um ou mais Estados-Membros: ou o “chumbo” integral do acordo, ou em alternativa, a convalidação da provisoriedade em vigência definitiva da parte referente às competências exclusivas da UE. A convalidação deverá ser sujeita a parecer favorável do Parlamento Europeu, a quem incumbirá, também neste momento, a verificação do artigo 21º do TUE.

A este respeito, cumpre referir que, desde o Tratado de Lisboa que a PCC passou a estar sob a égide das disposições gerais relativas à “Ação Externa da União”²⁹ onde se inclui o artigo 21º do TUE que estabelece que a União deve “promover em todo o mundo: a democracia, o Estado de Direito ... a dignidade humana ...” (nº 1), mas também, “assegurar um elevado grau de cooperação em todos os domínios das relações internacionais” (nº 2), a fim de, *inter alia*, “(d) apoiar o desenvolvimento sustentável, nos planos económico, social e ambiental dos países em desenvolvimento, tendo por objetivo erradicar a pobreza; (e) incentivar a integração de todos os países na economia mundial, inclusivamente através da eliminação progressiva dos obstáculos ao comércio internacional; (f) contribuir para o desenvolvimento de medidas internacionais para preservar e melhorar a qualidade do ambiente e a gestão sustentável dos recursos naturais à escala mundial, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável”.³⁰

24 Seguindo esta leitura aberta, a UE, no exercício do *ius tractum* e nos termos do artigo 25º da Convenção de Viena, de 23 de maio de 1969, opta, alinhada com a parte terceira, pela vigência provisória parcial ou total do acordo.

25 Tendo os redatores do Tratado estabelecido um regime próprio, desviante da abertura do artigo 25º da Convenção de Viena.

26 Nas competências mistas englobamos os casos em que às competências exclusivas da UE se somam a reservadas aos Estados-Membros e/ou partilhadas entre a EU e os Estados-Membros (*supra*).

27 No que se refere ao CETA, por exemplo, a enumeração das competências partilhadas feita pelo Conselho (nota 15) não é necessariamente coincidente com a enumeração feita pelo TC Alemão (nota 17).

28 O Tratado de Lisboa introduziu uma lista taxativa das competências exclusivas no artigo 3º do TFUE e uma lista enunciativa das competências partilhadas no artigo 4º do TFUE. Julgamos útil um exercício que equacione a inclusão de uma listagem enunciativa das competências nacionais, sempre com o respaldo cautelar do virtuoso *princípio da competência por atribuição*, i.e., garantindo-se que apenas pertencem à UE as competências (expressa ou implicitamente) atribuídas.

29 O artigo 207º do TFUE determina, *in fine*: “A política comercial comum é conduzida de acordo com os princípios e objetivos da ação externa da União”.

30 O artigo 21º do TUE inclui disposições cujo cumprimento em sede de celebração de acordos internacionais de comércio determinam a remissão para bases jurídicas dos Tratados onde primam as competências partilhadas, *inter alia*, em matéria social e ambiental. Os acordos de comércio assumem ou,

A verificação do cumprimento destes requisitos deve imperar ao longo de todo o processo de negociação dos acordos internacionais de comércio, com ênfase para o momento do parecer favorável por parte do Parlamento Europeu, quer quando seja proferido relativamente a todo o acordo, quer nas situações excepcionais de entrada provisória “parcial” do acordo em vigor, quer relativamente à entrada em vigor definitiva em caso de convalidação.³¹

Entendemos, também, que essa verificação incumbe aos parlamentos nacionais, sobretudo na fase de ratificação, tal justificando uma maior participação e envolvimento dos mesmos durante a fase negocial dos acordos.³²

Num mundo globalizado, o comércio não pode ser uma questão tratada de forma isolada – a liberalização do comércio interage com outras áreas – laborais, sociais, ambientais – cuja boa vizinhança deve ser escrutinada pelos parlamentos europeu e nacionais.³³

Resta, ainda, saber como irão decorrer os processos de ratificação nos vários parlamentos nacionais numa época em que existe viva discussão sobre estes acordos,³⁴ nomeadamente, as críticas levantadas pela sociedade civil no sentido de que os acordos apenas cuidam do comércio deixando à margem, ou regulando de modo não imperativo, as questões sociais, laborais e ambientais, e, por outro lado, qual será o sentido da pronúncia do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 2018.³⁵

Em suma, pelo melindre envolvido, a entrada em vigor provisória dos acordos internacionais alicerçada na destrinça entre diferentes tipos de competências é merecedora de um exercício da pena do legislador constituinte.

mesmo, devem assumir objetivos que vão além da mera liberalização do comércio. Assim, em virtude da submissão da PCC ao artigo 21º do TUE, os acordos de comércio da *Nova Era* são tendencialmente de competência mista.

31 A entrada provisória parcial deve colocar em perspetiva a possibilidade de fazer o conjunto do acordo evoluir para o cumprimento das obrigações contidas no artigo 21º do TUE. Por outro lado, em caso de convalidação será necessário que as “*partes ou disposições do acordo*” que são deixadas cair não sejam consideradas essenciais ao cumprimento dos ditames do artigo 21º do TUE.

32 A este respeito, uma nota sobre a necessidade de reforço do papel da Assembleia da República no processo de negociação dos acordos internacionais que caberá introduzir na Lei de acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do Processo de Construção da União Europeia, Lei nº 43/2006, de 25 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei nº 21/2012, de 17 de maio, mormente quando em presença de um processo negocial de um acordo misto (vide, *infra*, ponto 4).

33 O artigo 21º do TUE foi gizado para determinar a necessária acomodação da ação externa da UE, onde se incluiu a PCC, ao desenvolvimento sustentável nos planos económico, social, ambiental e a irradicação da *pobreza mundial*.

34 A decisão de saída unilateral do TTP (*Acordo de Parceria Transpacífico*) pelos EUA, a 23 de janeiro de 2017, também produzirá os seus efeitos a este nível. Entretanto, o TTIP não fez parte da agenda do Presidente Trump e a UE “congelou” as negociações relativas ao mesmo, de acordo com Cecilia Malmstrom – Conferência sobre o Acordo CETA, Palácio Foz, Lisboa, 23 de março de 2017.

35 A questão da constitucionalidade do Acordo CETA está também pendente no Conseil constitutionnel francês, recours nº 2017-749 DC, esperando-se uma decisão ainda no Verão de 2017.

4 ACOMPANHAMENTO DO PROCESSO NEGOCIAL DOS ACORDOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO PELOS PARLAMENTOS NACIONAIS

O Protocolo relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade e o Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia (anexos com o Tratado de Lisboa, 2009) assumem o papel conjunto de agilizar a gestão do exercício das competências partilhadas entre a UE e os Estados-Membros, apelando aos bons ofícios dos parlamentos nacionais a quem atribuem o papel de “árbitros” em matéria de aprovação de direito derivado da UE, sendo omissos no que se refere à celebração de acordos internacionais, mormente acordos mistos.

Cumprir esclarecer que o princípio da subsidiariedade é aplicável apenas no que se refere ao direito derivado, onde o exercício das competências é ditado por um jogo de exclusão, ou seja, a competência só será exercida no patamar da UE “... se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União” (artigo 5º do TUE).

No caso do exercício da competência externa, i.e., relativa à celebração de acordos internacionais, estamos perante não um jogo de exclusão mas um jogo de acumulação – i.e, perante uma competência partilhada, quer os Estados-Membros, quer a UE têm de estar envolvidos no exercício da competência, ou seja, desde a outorga do mandato negocial à Comissão que deve ser conjunta (duplo mandato), até à celebração do acordo internacional que também o deve ser. A definição de acordo misto e respetiva tramitação não resulta do Tratado mas da jurisprudência do TJUE (maxime, Parecer 1/94) e da prática institucional que a dinamiza.³⁶

Esta ausência de regulação da figura dos acordos mistos no corpo dos Tratados acabou por se refletir, também, nos referidos Protocolos que apenas cuidam da gestão das competências mistas no plano interno.

Se essa ausência se afigura correta no que se refere ao Protocolo sobre o Princípio da Subsidiariedade, i.e., a falha não está no Protocolo mas no artigo 5º do TUE que não refere que a subsidiariedade não é princípio regulador do exercício das competências externas – já o mesmo não se poderá afirmar relativamente ao Protocolo sobre o Papel dos Parlamentos Nacionais, uma vez que o papel por estes desempenhado é importante, quer no que concerne ao direito derivado da UE, quer no que se refere à celebração dos acordos internacionais da UE que envolvam competências mistas, sendo que neste caso compete-lhes a ratificação do acordo, com poder de veto (*supra*).

36 Questões que sugerimos *supra* sejam reguladas pelos Tratados, i.e., a definição e a tramitação dos acordos mistos.

Tal poder “capital” determina, em nosso entender que, os parlamentos nacionais devam estar envolvidos no processo negocial dos acordos internacionais mistos.

Porém, o Protocolo sobre o Papel dos Parlamentos Nacionais refere ad abundantiam o acompanhamento que os parlamentos nacionais deverão fazer dos “projetos de atos legislativos” – que, note-se, são enviados diretamente aos parlamentos nacionais pelos proponentes – omitindo qualquer referência aos acordos internacionais onde estejam em causa competências mistas, ainda que feita sob o resguardo da organização e prática constitucional própria de cada Estado-Membro.^{37, 38}

Por seu turno, a Lei de acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do Processo de Construção da União Europeia, Lei nº 43/2006, de 25 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei 12/2012, de 17 de maio, enfatiza o papel da Assembleia da República no que se refere à verificação da aplicação do princípio da subsidiariedade do direito derivado pelos parlamentos nacionais, fazendo apenas uma singela referência a um dever de informação do Governo à AR relativamente a projetos de acordos ou Tratados a concluir pela UE ou entre Estados-Membros no contexto da UE – vide, alínea a) do nº 1, do artigo 5º.

Também a redação do nº 4 do artigo 5º nos parece não enfatizar o papel de relevo dos acordos mistos ao dar como exemplo de deliberação de maior impacto para Portugal a transposição de diretivas.³⁹

Tendo em consideração a dignidade e implicações das competências nacionais envolvidas nos acordos mistos, parece-nos que seria pertinente introduzir uma referência expressa aos mesmos no artigo 4º – Meios de acompanhamento e apreciação – afirmando, destarte, expressamente, um papel pró-ativo da AR nesta sede.⁴⁰

Mais do que um direito a ser informada (artigo 5º) deve assistir, de modo claro e inequívoco, um direito ao acompanhamento e apreciação dos acordos mistos, por parte da AR (artigo 4º).⁴¹

37 Aparece apenas uma referência a “*outras questões*” no Preâmbulo.

38 Enfatize-se que o Protocolo não é aplicável apenas a direito derivado, *vide*, o artigo 1º que se refere a documentos de consulta. O título II sobre cooperação parlamentar também é omissivo no que tange a acordos internacionais.

39 Artigo 5º, nº 4: “*O Governo apresenta à Assembleia da República, no 1º trimestre de cada ano, um relatório sucinto que permita o acompanhamento da participação de Portugal no processo de construção da União Europeia, devendo aquele relatório informar, nomeadamente, sobre as deliberações com maior impacto para Portugal tomadas no ano anterior pelas instituições europeias e as medidas postas em prática pelo Governo em resultado dessas deliberações, com particular incidência na transposição de diretivas*”.

40 Sem prejuízo das regras de reserva ou confidencialidade que vigorem para o processo negocial.

41 É certo que esse direito pode ser enquadrável no parágrafo 4 que dispõe: “*A Assembleia da República ou o Governo podem ainda ... suscitar o debate sobre todos os assuntos e posições em discussão nas instituições europeias que envolvam matéria da sua competência*”. Todavia, pela sua importância, consideramos que a referência aos projetos de acordos que envolvam competências nacionais deveria ser expressa e não resultar apenas do enquadramento numa disposição residual.

À guisa de conclusão, o exercício disciplinador aflorado pelo artigo 133º, nº 6 do TCE (Tratado de Nice)⁴² deveria ser retomado e desenvolvido incluindo respetivos reflexos no corpo legislativo nacional – as consequências de um “veto” no patamar nacional de um acordo misto são demasiado severas para deixar a participação e envolvimento dos parlamentos nacionais, ao longo do processo negocial, sem um enquadramento expresso que agilize tal envolvimento.

5 O PARECER 2/2015 DO TJUE – POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES

A polémica em torno das competências para a celebração dos modernos acordos de comércio (exclusividade *versus mixity*) deverá ser aclarada pelo TJUE através do Parecer 2/2015.⁴³

Através do pedido de Parecer interposto a 22 de setembro, de 2015, ao abrigo do artigo 218º, nº 11 do TFUE,⁴⁴ a Comissão questionou o TJUE sobre a competência para a celebração do acordo UE/Singapura,⁴⁵ da seguinte forma:

«A União tem a competência necessária para assinar e celebrar por si só o acordo de comércio livre com Singapura? Mais concretamente, — que disposições do acordo são da competência exclusiva da União? — que disposições do acordo se inserem na competência partilhada da União?; e — existe alguma disposição do acordo que seja da competência exclusiva dos Estados-Membros?»

A Comissão alicerçou o seu pedido de apreciação nas dúvidas manifestadas, especialmente pelos Estados-Membros, relativamente ao âmbito e à natureza da competência da União no que diz respeito a certas disposições do acordo UE/Singapura, em particular as relativas à proteção do investimento estrangeiro, aos serviços de transporte, à propriedade intelectual, à transparência e ao desenvolvimento sustentável. O pedido de parecer dirigido ao TJUE destina-se a esclarecer se a União dispõe de competência necessária para assinar e celebrar este

42 Recorde-se o artigo 133º, nº 6, do TCE na parte em que referia o regime dos acordos mistos em sede de PCC: “... os acordos no domínio do comércio de serviços culturais e audiovisuais, de serviços de educação, bem como de serviços sociais e de saúde humana, são da competência partilhada entre a Comunidade e os seus Estados-Membros, pelo que a sua negociação requer, para além de uma decisão comunitária tomada nos termos do disposto no artigo 300º, o comum acordo dos Estados-Membros. Os acordos assim negociados são celebrados conjuntamente pela Comunidade e pelos Estados-Membros.” (o sublinhado é nosso). Estes serviços passariam, com o Tratado de Lisboa, para a esfera da competência exclusiva da UE, alteração que levou à supressão da referência ao regime dos acordos mistos. A figura mantém, porém, atualidade para matérias não abrangidas pelo artigo 207º do TFUE mas relevantes em termos de acordos de comércio (*infra*).

43 A pronúncia do TJUE irá ter lugar a 16 de maio deste ano.

44 Este processo permite a qualquer Estado-Membro, ao Parlamento Europeu, ao Conselho ou à Comissão obter o parecer do TJUE sobre a compatibilidade de um acordo entre a UE e um país terceiro com os Tratados. Em caso de parecer negativo do TJ, o acordo deve ser alterado (ou revistos os Tratados) antes de poder entrar em vigor.

45 A 20 de setembro de 2013, a UE e Singapura rubricaram o texto de um acordo de comércio livre, sem a participação dos Estados-Membros.

acordo *per se* ou se será necessária uma celebração conjunta pela UE e pelos Estados-Membros.

De modo sumário, as posições assumidas pelos vários intervenientes podem retratar-se do seguinte modo: a Comissão Europeia defendeu a competência exclusiva da UE relativamente a todo o acordo. O Parlamento Europeu concordou em termos gerais com a Comissão. O Conselho e os Governos de todos os Estados-Membros que apresentaram observações escritas consideraram que a UE não pode celebrar o acordo por si só, uma vez que certas partes do acordo estão abrangidas pela competência partilhada entre a UE e os Estados-Membros e, mesmo, inclusivamente pela competência exclusiva dos Estados-Membros.⁴⁶

Pela questão teórica envolvida – competência para a celebração de um acordo da UE com terceiros, em matéria de comércio externo e aspetos conexos, e pela simetria do posicionamento das diferentes instituições e dos Estados-Membros (Comissão *versus* outros), este pedido de Parecer assemelha-se ao Parecer 1/94 relativo à competência da UE para a celebração dos Acordos OMC. Tal simetria prenuncia, assim cremos, uma decisão simétrica do TJUE ... uma pronúncia favorável à *mixity* ...

A complexidade jurídica é terreno fértil para a *realpolitik* – a escolha das bases jurídicas têm, por vezes, subjacente uma batalha pelo poder entre a UE e os Estados-Membros – optar pela competência exclusiva dá poder à UE e retira aos Estados-Membros e, a Comissão Europeia assumiu-se, aqui, a protagonista na disputa.⁴⁷

A questão central deste Parecer é, pela sua novidade e importância, a competência relativa ao investimento estrangeiro, cuja inclusão no âmbito da PCC, com o Tratado de Lisboa, tem suscitado vivo interesse por parte da doutrina,⁴⁸ em

46 Apresentaram observações escritas todos os Estados-Membros, com exceção da Bélgica, Croácia, Estónia e Suécia. Entretanto, a Bélgica apresentou observações orais. *Vide*, Tribunal de Justiça da União Europeia, Comunicado de Imprensa nº 147/16, Luxemburgo, 21 de dezembro de 2016. curia.europa.eu/jcms/jcms/pl_269097/jfr/

47 *Vide*, ANDRÉS DELGADO CASTELEIRO – “*In realpolitik terms, the discussion on whether a certain agreement should be mixed or not hides a battle for power between the EU (mostly the European Commission) and the Member States. As mixed agreements give more power to the Member States (often more than they are constitutionally entitled to), it seems rather logical that the EU Commission would like to restrict their use to the bare minimum. This is the underlying conflict in Opinion 2/15: if the Court decides that the EU-Singapore FTA falls within the EU’s exclusive competence, the EU would be able to conclude the agreement alone. If, on the contrary, the CJEU decides that the FTA does not only cover areas of EU exclusive competence, but also shared competence, or even Member States’ exclusive competence, the agreement will be concluded jointly by the EU and its Member States*”, in “*Opinion 2/15 on the scope of EU external trade policy: some background information before next week’s hearing*”, in <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/09/opinion-215-on-scope-of-eu-external.html>

48 A questão foi por nós anteriormente analisada, *vide*, MARIA JOÃO PALMA – “A nova Política Europeia de Investimento Estrangeiro decorrente do Tratado de Lisboa: o Regulamento *Grandfathering* e a articulação entre a competência da União Europeia e as competências remanescentes dos Estados-Membros”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, Vol. VIII, 2015, p. 83 a 110 e MARIA JOÃO PALMA – “A proteção do investimento estrangeiro – uma Nova Política Europeia?”, in *Revista Análise Europeia*, nº 1, 2016, p. 124 a 134, www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/palma_maria_joao_2016_.pdf. Em ambos os artigos defendemos o entendimento segundo o qual apenas o investimento direto se encontra coberto pelo âmbito

especial, no que se refere ao investimento em carteira, ou de *portfolio*, e à resolução de litígios relativamente a todo o investimento (direto ou indireto).⁴⁹

Entretanto, a Advogada Geral *Sharpston* apresentou as suas conclusões a 31 de dezembro de 2016, concluindo que o acordo UE/Singapura terá de ser celebrado conjuntamente pela UE e pelos Estados-Membros.⁵⁰

De particular interesse sublinhar que *Sharpston* considera competência partilhada a relativa ao *portfolio*, assim afastando a tese da Comissão segundo a qual a competência exclusiva para tal tipo de investimento, muito embora refira não encontre a sua base jurídica no artigo 207º do TFUE, encontrá-la-ia no artigo 63º do TFUE de onde a Comissão, numa posição desviante da jurisprudência do TJUE retira uma *competência externa exclusiva implícita* que descobre numas supostas “*regras comuns*” contidas nesse normativo (*infra*).⁵¹

Também de distinguir o paralelismo que *Sharpston* estabelece ao nível das competências sobre resolução de litígios relativos a investimento estrangeiro, identificando uma *competência exclusiva externa implícita* para a resolução de litígios relativa ao IDE, e uma *competência externa partilhada implícita* em matéria de litígios no que se refere ao investimento indireto.⁵²

Uma nota crítica para o facto de *Sharpston* não ter identificado uma competência reservada aos Estados-Membros em matéria de expropriação – *maxime*, no que se refere a regras sobre resolução de litígios.⁵³

do artigo 207º do TFUE, devendo afirmar-se uma competência partilhada no que concerne ao investimento de *portfolio*.

49 Percebe-se a sensibilidade da questão quando pensamos no foro competente para dirimir um litígio respeitante a um ato praticado por um Estado no exercício dos seus poderes soberanos, *maxime*, expropriação, gerador de danos na esfera jurídica do investidor.

50 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186494&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=324328>

51 A tese da Comissão vai ao arrepio da jurisprudência do TJUE afirmada, *inter alia*, no *AETR, Open Skies e Parecer 2/03*, onde o TJUE considerou que as *competências externas implícitas* pressupõem o exercício prévio da competência, ou seja, a aprovação de regras comuns contidas em direito derivado. Acresce referir que o artigo 63º do TFUE regula a liberdade de capitais que se insere no mercado interno, matéria que segundo o artigo 4º do TFUE é de competência partilhada. Em suma, a Comissão pretende retirar de uma competência partilhada expressa uma competência exclusiva implícita – ora, não é esta a lógica que preside ao *princípio do paralelismo de competências*.

52 As competências implícitas assentam numa lógica de matemática pura da qual *Shapston* soube bem extrair as consequências. As competências externas implícitas assentam numa lógica de funcionalidade e são o reflexo das competências internas em que se baseiam. Na doutrina, *vide*, entre nós, MARIA LUÍSA DUARTE – “A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros”, Lisboa, Lex, 1997.

53 Sobre a natureza reservada aos Estados-Membros de certas competências em matéria de investimento estrangeiro, *vide*, MARIA JOAO PALMA (2015), p. 95.

5.1 Alinhavo das principais questões técnico-jurídicas que o TJUE enfrenta no Parecer 2/2015

De modo esquemático, e para poder determinar se o acordo UE/Singapura é, ou não, um acordo misto, será, em nosso entender, importante que o TJUE assumira uma posição sobre as seguintes questões:

1. O artigo 207º do TFUE ao referir o investimento direto estrangeiro inclui o investimento de carteira?⁵⁴
2. Qual a natureza jurídica do artigo 345º do TFUE⁵⁵ – base jurídica ou norma travão? A Comissão sustenta que o artigo 345º não impede a UE de aprovar normas sobre expropriação. Tal afirmação não determina, porém, que esse normativo assumira as virtualidades de base jurídica, ora não havendo base jurídica no Tratado – estamos perante uma competência de reserva nacional.⁵⁶
3. Pode o artigo 63º do TFUE ter as virtualidades pretendidas pela Comissão e nele poderem encontrar-se “*regras comuns*”⁵⁷ para daí extrair uma competência implícita para a celebração de um acordo internacional em termos exclusivos no que se refere ao *portfolio*? De acordo com jurisprudência constante, as “*regras comuns*” encontram-se no direito derivado que implementa os Tratados e não no corpo do Tratado.⁵⁸
4. Em termos de litígios sobre investimento, deverá estabelecer-se um paralelismo de competências? Para tal, o TJUE deverá considerar que a regulação dos litígios é funcional às regras substantivas e, assim, considerar que os litígios relativos a competências exclusivas da UE são de competência exclusiva desta, ao passo que a regulação dos litígios relativos a competências partilhadas, são de competência partilhada entre a UE e os Estados-Membros.

54 Parece consensual que não.

55 O artigo 345º do TFUE afirma: “*Os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros*”.

56 De acordo com o princípio da competência por atribuição – artigo 5º, nº 2 do TUE: “... a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas nos Tratados pertencem aos Estados-Membros”.

57 Vide, artigo 3º, nº 2 do TFUE que constitucionaliza a jurisprudência do TJUE sobre competências exclusivas. Tal normativo não dispensa, porém, os esclarecimentos contidos nas decisões pretorianas em que o mesmo se baseia, nomeadamente, o que deva ser entendido por “*regras comuns*”.

58 Refira-se que, sendo o princípio do paralelismo das competências um desvio ao princípio da competência por atribuição, o mesmo deve ser interpretado de modo restrito, o que vai contra a tese da expansão da jurisprudência do TJUE pretendida pela Comissão.

5. Importante também seria, embora possa considerar-se que extravasa o âmbito da pergunta colocada, que o TJUE se pronunciasse, como fez a advogada geral, sobre a competência para a revogação dos BITS anteriormente celebrados pelos Estados-Membros com o parceiro do novo acordo. Deve o princípio da substituição atuar de modo automático, determinando a caducidade dos acordos anteriores ou os Estados-Membros mantêm a competência para revogar os acordos como uma competência nacional (tese *Sharpston*)?⁵⁹
6. Na mesma linha de raciocínio da questão anterior, seria importante que o TJUE se pronunciasse sobre as consequências que poderão advir do veto por um parlamento nacional na fase da ratificação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Olhando para o emaranhado de posições resultante deste percurso de avanços e recuos, e considerando a prossecução de objetivos “além comércio” ditados pela sujeição da política comercial comum aos objetivos da Ação Externa da União, decorrentes do Tratado de Lisboa (artigo 21º do TUE), entendemos que, à guisa de conclusão, deveria ser assegurado um maior diálogo entre a UE e os seus cidadãos, nomeadamente, mediante uma maior envolvência dos parlamentos nacionais ao longo do próprio processo de negociação dos acordos internacionais a celebrar pela UE que incluam competências do foro nacional e/ou partilhadas entre a UE e os Estados-Membros e não apenas na fase da ratificação, o que os Tratados não asseguram devidamente.

A posição a tomar pelo TJUE, no Parecer 2/2015,60 sobre o Acordo UE/Singapura será crucial para o feixe de acordos em negociação por parte da UE, uma vez que sendo o clausulado dos mesmos muito idêntico urge clarificar a questão nevrálgica das competências para a celebração dos acordos. Enfatize-se que uma pronúncia favorável à *mixity* legitima uma necessidade de maior participação dos parlamentos nacionais no processo negocial dos modernos acordos de comércio.

Uma Europa transparente e cuidadora dos direitos sociais, ambientais, laborais, será, seguramente, mais robusta e resistente a futuros Brexits⁶¹: a União Europeia precisa de se reconciliar, a breve trecho, com os seus cidadãos ...

59 O automatismo da substituição parece resultar do artigo 3º do *Regulamento Grandfathering* (Regulamento UE nº 1219/2012, de 12 de dezembro de 2012). Entendemos, porém que, para caírem os BITS os Estados-Membros devem ser outorgantes no acordo no exercício de uma competência nacional.

60 Adenda: o TJUE viria, entretanto, a pronunciar-se a 16 de maio de 2017 no sentido da competência mista.

61 A 29 de março de 2017 seria acionado o artigo 50º do TUE (saída) pelo Reino Unido.

REFERÊNCIAS

BARLOW, M. and MARC JENNAR, R. (2016). “Le fléau de l'arbitrage international”. *Le Monde diplomatique*, 2016/2 (743), p. 6.

BAUMLER, JELENA (2017). “Yes, but... – for now! The German Federal Constitutional Court's judgement on CETA”. [em linha] World Trade Law. Disponível em: <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2016/10/jelena-b%C3%A4umler-on-the-german-federal-constitutional-courts-judgment-on-ceta-.html> [Consultado em 2 de abril de 2017].

BUNGENBERG, M. and REINISCH, A. (2014). “The Anatomy of the (Invisible) EU Model BIT”. *The Journal of World Investment & Trade*, 15 (3-4), pp. 375-378.

CREMONA, MARISE (2006). “External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law”. [em linha] *European University Institute*, LAW Working Papers (22). Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6249> [Consultado em 2 de abril de 2017].

DELGADO CASTELEIRO, A. (2017). “Opinion 2/15 on the scope of EU external trade policy: Some background information before next week's hearing”. [em linha] Disponível em: <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/09/opinion-215-on-scope-of-eu-external.html> [Consultado em 2 de abril de 2017].

DUARTE, MARIA LUISA (1997). *A Teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*. Ed. Lex, Lisboa.

MOTA, PEDRO INFANTE (2016) – “Os Acordos Mega-Regionais”, in *União Europeia, Reforma ou Declínio*. Coordenação Eduardo Paz Ferreira, Ed. Veja, Lisboa, pp. 376-399.

NASCIMENTO FERREIRA, RICARDO DO. (2015). “A Judicialização do Sistema de ISDS no TTIP”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, VIII, p. 111-124.

PALMA, MARIA JOÃO (2015). “A nova Política Europeia de Investimento Estrangeiro decorrente do Tratado de Lisboa: o Regulamento *Grandfathering* e a articulação entre a competência da União Europeia e as competências remanescentes dos Estados- Membros”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, VIII, pp. 83-110.

PALMA, MARIA JOÃO (2016). “A proteção do investimento estrangeiro – uma Nova Política Europeia?”. *Revista Análise Europeia*, 1(1), pp. 124-134. Disponível em:

http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/palma_maria_joao__2016_.pdf [Consultado em 5 de junho de 2017].

PARLAMENTO Europeu (2017). *CETA: Meps Back EU Canada Trade Agree*. [Comunicado de Imprensa] 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170209IPR61728/ceta-meps-back-eu-canada-trade-agreement> [Consultado em 7 de abril de 2017].

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia (2016a). *Advocate General Sharpston considers that the Singapore Free Trade Agreement can only be concluded by the European Union and the Member States acting jointly* – Press release n. 147/16. [Comunicado de Imprensa] 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-12/cp160147en.pdf> [Consultado em 2 de abril de 2017].

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia (2016b). *OPINION OF ADVOCATE GENERAL SHARPSTON delivered on 21 December 2016 - Opinion procedure 2/15 initiated following a request made by the European Commission*. [em linha]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186494&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1215588> [Consultado em 2 de abril de 2017].

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia (2017). *Opinion 2/15 of the Court – 16 May 2017*. [em linha]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1215588> [Consultado em 29 de outubro de 2017].

Recebido em 07.11.2017

Aceito em 13.11.2017

LAS CONSTRUCCIONES DE LAS MEMORIAS SOCIALES Y LOS LUGARES DE RATIFICACIÓN

THE CONSTRUCTIONS OF THE SOCIAL MEMORIES AND THE PLACES OF RATIFICATION

Adela Bork Vega¹

Sumario: Palabras preliminares. 1 Entre la producción del tiempo social y la exigencia del presente. 2 Entre las memorias sociales – colectivas y las memorias emblemáticas. 3 Los contenedores de las memorias y las sujeciones derivadas de los encuadres referenciales. Bibliografía.

Resumen: Este trabajo reflexiona en torno a las memorias sociales en América Latina y las formas de reconocimiento que han sido construidas a través del tiempo. Se interrogan los contextos del pasado reciente, con el fin de aportar a la discusión en tono al quehacer de la memoria en el campo de la investigación, como también de la dimensión ética-política.

Palabras claves: Memorias sociales. Pasado reciente. Reconocimiento.

Abstract: This work reflects on social memories in Latin America and the forms of recognition that have been built over time. The contexts of the recent past are questioned, in order to contribute to the discussion in tone to the task of memory in the field of research, as well as the ethical-political dimension.

Keywords: Social memories. Recent past. Ratification.

PALABRAS PRELIMINARES

Nuestra América Latina en particular, pero en las sociedades en general, se ha conestado de manera paulatina como el pasado reciente vuelve a presentarse bajo diferentes formas y fondos. Tal como expresa Italo Svevo, *“más que seguir afirmando que sin pasado no hay futuro, se puede llegar a confirmar que, aunque no se note, el presente dirige el pasado como un director de orquesta a sus músicos”*.

Al estar reflexionando el material para estos días de diálogo e intercambios,² encontré que un grupo de afganos recuperaba desde diversos ámbitos de la vida social, material fotográfico que pudiera evidenciar que el país no siempre ha estado en guerra, que los habitantes en otros momentos de la historia social disponían de espacios para desplazarse y no tenían que someterse a formas

1 Profesora Titular, Doctor en Sociología. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso – Chile.

2 Esta presentación fue elaborada en el contexto del Congreso del Conocimiento Madre Tierra, realizado en la Universidad Nacional de Costa Rica, año 2016.

arbitrarias de control, que las mujeres podían estudiar y trabajar. Era otro tiempo y eran otras formas en las cuales se gestaba la vida social; quienes atesoran ese material resisten a que exista una sola imagen del país, una sola idea referida a hombres y a mujeres que lo conforman, reivindican el poder comunicar esa historia que, siendo mínima, es al mismo tiempo la historia de un tiempo universal, como bien plantea Hobsbawn (1999).

En una forma complementaria un ilustrador azerbaiyano Gunduz Aghayev, a través de sus registros plantea *“si los niños tuvieran la infancia que merecen”*, recreando 2 momentos históricos que pudieran movilizar a los adultos en la construcción de la sociedad que se desea para aquellos que se encuentran en la etapa primordial de la vida y, que pueden delinear un futuro diferente a los predecesores.

Ambos ejemplos, responden a la necesidad de hombres y mujeres por evitar que la historia quede archivada en anales y, como a partir de esa resistencia, es la humanidad en su conjunto que adquiere la noción de estar produciendo historia y no sólo observándola de forma pasiva.

En esta oportunidad me gustaría invitarles a revisar algunas de las discontinuidades en torno a las memorias emblemáticas re-construidas y re-significadas en nuestra región latinoamericanas. Para efectos de lo mismo, tomaré como base teórica los planteamientos trabajados por Fernand Braudel (1985), quien desarrolla el concepto de larga duración como contenedor que posibilita entrar directamente en lo que se define como pasado reciente.

Bajo esta lógica, nos situamos en perspectiva de que la historia revisada desde la lógica de la larga duración posibilita analizar los procesos de cambio social de manera crítica y concatenada, sin la pretensión que cada proceso específico sea analizado de manera unilateral y/o unívoca.

Con este trasfondo cultural e ideológico parafraseando a Foucault (1979, 1976), se puede afirmar, que a medida que se aproximan aquellas fechas que rememoran la instauración de las diversas dictaduras militares establecidas en países como Argentina, Uruguay, Brasil y Chile, se genera una presión con mayor intensidad y fuerza en la búsqueda de los hechos que permiten adentrarse en la historia como un recurso crítico en la producción social del tiempo y de las formas culturales que éste envuelve. Recientemente, durante el año 2013 a 40 años de la irrupción del régimen militar en Chile, se desarrolló lo que fue definido en la época como la *“explosión de memorias o la ebullición de las memorias sociales”*. Siguiendo a distintos autores como Lira (2017); Goicovic (2015); Garcés, (2000); la evidencia y ratificación de las memorias se tomaron el espacio público a través de diversos soportes y modalidades. El cine, la fotografía, los reportajes, los documentales –por citar alguno de estos recursos– pudieron mostrar las distintas alternativas con las cuales se ha estado trabajando las memorias sociales de manera sutil, persistente y en plena implicancia en el tiempo presente.

La investigación sobre este ámbito, por medio del recurso de larga duración, pone en el debate, como se puede trabajar la dialéctica de la construcción de la memoria como objeto de estudio y, como práctica cultural. Siguiendo a Halbwachs (1950), las memorias sociales e históricas entregan soporte que actuando desde el

presente articulan las temporalidades en la dimensión profunda, superando la secuencia temporal por décadas con la cual se asocian y encadenan los eventos. Este movimiento de larga duración interroga críticamente la clásica mirada y lectura histórica que utiliza la línea del tiempo en base a un orden cronológico lineal y acumulativo.

A partir de ciertas coyunturas a las cuales nos enfrentamos en la región latinoamericana, es preciso debatir en términos transversales sobre los alcances y límites de los trabajos asociados a la construcción de memorias, considerando la experiencia empírica y los efectos de esta misma sobre los alcances socio-políticos en los sujetos y, en lo social que se va constituyendo. Siguiendo esta reflexión, se puede constatar en un primer momento dos puntos que precisan ser explicitados: de una parte, se logra configurar un objeto de estudio que permite la incorporación de un saber y quehacer disciplinario que de-formaliza críticamente la idea de los conocimientos en fronteras rígidas, con aspiración a un monopolio del saber desde una sola disciplina. Siguiendo a Simmel (2014), en el estudio de las memorias hay un desborde de la dimensión singular y una modalidad que implica el trabajo en redes en torno a aproximaciones complejas en las cuales se hacen presente diversos niveles y campos analíticos con sus respectivos correlatos metodológicos.

Un segundo punto a ser explicitado, es lo que dice relación a la constitución misma del trabajo de memorias, siendo la convocatoria manifiesta y latente a la recuperación y compromiso efectivo de lo definido como la producción histórica en claves y urdimbres intergeneracionales.

La vida social se percibe como continuidad y discontinuidad, pero el trasfondo es la vida en común, es decir, la conformación de los sujetos políticos en sus prácticas culturales y no sólo en un habitar sin temporalidades y sin lugar, como soportes relevantes en términos referenciales, siguiendo a Martuccelli (2007).

Considerando estos encuadres preliminares, haré una propuesta de tres nudos críticos asociados a procesos de dis-continuidades históricas culturales develado e inferido en los trabajos acerca del tema de memorias sociales. Lo anterior, son las resultantes que hemos identificado en las investigaciones realizadas, lo cual posibilita plantearlos como parte de los aprendizajes obtenidos a través de la experiencia de investigar con fines de aporte al debate público. Estos puntos complejos y críticos son considerados relevantes a la hora de discutir y reflexionar las memorias sociales en sus componentes estructurales y, en la configuración de procesos sociales y culturales.

La idea es poder expresarlos, para posteriormente criticarlos y discutirlos junto a ustedes. Estos nudos críticos, se plantean en formas de antinomias, pero que solo se sostienen en términos de descripción, ya que justamente el peso que tienen en términos prácticos-políticos es cuando entran en procesos de afirmación, des-confirmación y/o de colisión.

1 Entre la producción del tiempo social y la exigencia del presente.

2 Entre las memorias sociales – colectivas y las memorias emblemáticas.

3 Los contenedores de las memorias y las sujeciones derivadas de los encuadres referenciales.

1 ENTRE LA PRODUCCIÓN DEL TIEMPO SOCIAL Y LA EXIGENCIA DEL PRESENTE

Paradójamente las memorias sociales en el caso de América Latina, son parte de los nudos complejos en la historia reciente de esta región del mundo. La historia en el pasado reciente en nuestro sur, se ha re-significado considerando las formas diversas con las cuales los regímenes de facto fueron delineando los contenidos materiales y simbólicos del proyecto impuestos en décadas pasadas. En este derrotero, sin embargo, se puede advertir que, pese a los años transcurridos desde el ejercicio de poder de este tipo de sistema, persisten hasta nuestros días ciertas huellas que develan diferentes formas de organización que son herencia del poder coercitivo y autoritario.

Siguiendo a Braudel (1985), se puede advertir que las persistencias en esta lógica obedecen a los patrones en los cuales los períodos dictatoriales atravesaron la materialidad para instalarse en las zonas culturales y de producción simbólica que toda sociedad produce. Las mentalidades se encuentran jaladas entre ese pasado reciente y un deseo de desprenderse de un tiempo oscuro o como suele denominarse, como los “años de plomo”. Probablemente a las condiciones materiales impuestas en los tiempos de violencia política, lo más complejo son los modos como las mentalidades e imaginarios políticos se fueron deteriorando de tal forma que hasta ahora la actividad política sufre deprecio y un deterioro creciente en nuestras sociedades. Latinobarómetro de manera sistemática muestra los niveles de confianza/desconfianza en los sistemas políticos, siendo la desconfianza lo que destaca en la mayoría de los países (Argentina, Chile, Ecuador, Venezuela, Bolivia). La excepción la marca Uruguay quien encabeza de manera sostenida los grados de mayor confianza y credibilidad en el sistema político.

De manera paradójica, algunos de los países de América Latina se ven compelidos por los hechos que los sustraen de ciertas dis-continuidades, lo extraordinario se torna complejo y traumático, generando a lo excepcional un carácter igualmente de re-producción socio-política, cuando pasado un tiempo se observa una forma en la cual se instalan lógicas, procedimientos y formas canónicas en las cuales los regímenes tienen horizontes comunes para imponerse y re-producirse, incluyendo formas de colaboración y cooperación.

En esta perspectiva, nuestros países se hacen próximos a partir de un tiempo social compartido en los cuales hay cercanía no sólo por los eventos pasados y las secuelas generadas desde esa irrupción violenta, sino que contradictoriamente son esos mismos hechos que permiten configurar la dimensión de larga duración.

Probablemente en el componente subjetivo de la dimensión temporal, Bergson (1976, 2006) definiría como la imposibilidad de dejarse llevar totalmente por ese tiempo, pero al mismo tiempo hay necesidad del desprendimiento de eventos que dañan y laceran la existencia individual y colectiva. Este tironeo entre

resistencia y cambio o en otras palabras entre fijación y movimiento, es aquello definido como la dialéctica entre memoria y olvido.

La literatura –lamentablemente por los hechos producidos en la región latinoamericana– es generosa en cuanto a las formas en las cuales esta dialéctica entre memoria y olvido ha sido la resultante de diversos procesos políticos en los diversos países que componen nuestra realidad compartida. Si bien, no hay evidencia que puedan afirmar acerca de los mejores procesos en los cuales esta antinomia pueda superarse, pareciera relevante reflexionar que las memorias sociales no resultan sólo del entusiasmo de los sujetos y/o actores comprometidos en la producción y configuración de éstas, sino que además requiere de formas procedimentales que puedan auspiciar y fortalecer en parte una superación primaria de estas tensiones.

Los déficits observados en este ámbito –al menos en el caso chileno–, no permiten asumir la complejidad de esta realidad que compromete al conjunto de la sociedad y, no solo de quienes asoman como actores principales. Las investigaciones de variados autores en cada uno de nuestros países, coinciden al menos para el caso de Argentina y Chile, que las construcciones de las memorias han quedado en momentos apartadas y/ relegadas del conjunto de la sociedad, haciendo plausible que esto se trata de un problema de un grupo, sin la implicancia y necesidad de hacer extensiva al conjunto amplio de los ciudadanos de un determinado colectivo humano.

El olvido se ha instalado como respuesta a una exigencia asociada al contexto y coyuntura actual, transformando al presente como un mandato cultural e ideológico que permite estructurar los escenarios futuros, haciendo más patente que cualquier alusión a la evocación del pasado reciente, es portadora de problemas, potencia la conflictividad social y por ende la división entre los individuos y grupos sociales.

Parafraseando a Lechner (2002), la no incorporación del pasado reciente en términos de problematización es una suerte de vaciamiento de la vida social, hay un propósito de des-materialización de la vida en sus contenidos vitales, existe una presión para que las subjetividades políticas se diluyan al interior de la vida individual de los sujetos, como también en los lazos entre los individuos. En síntesis, es una tendencia a los procesos de individualismo exacerbado y a impedir y/o a trabar la constitución del nosotros colectivo.

2 ENTRE LAS MEMORIAS SOCIALES – COLECTIVAS Y LAS MEMORIAS EMBLEMÁTICAS

El segundo nudo crítico, lo constituye las tensiones entre memorias sociales colectivas y/o sociales y aquellas definidas como memorias emblemáticas. De acuerdo a los elementos connotados en el primer nudo crítico, y a las formas de arrinconamiento que actúan sobre los grupos que presionan para la construcción de memorias, lo emblemático aparece contradictorio y caótico al mismo tiempo.

Las memorias emblemáticas de acuerdo a Stern (1998) y al resto de los investigadores que siguen delineando el conocimiento en este ámbito, lo constituye la extensión que se hace de la evocación del pasado reciente desde el grupo de mayor implicancia en este problema al conjunto amplio de la sociedad. Esta posibilidad, es el momento en el cual el reconocimiento se traslada y opera tanto de quienes produjeron la ofensa y se constituyeron en victimarios, como de la ratificación sistemática de quienes son los ofendidos y/o víctimas.

Esta condición descrita, nos remite a una nueva tensión que pone en jaque la relación contradictoria entre una memoria social genérica y/o universal, sin mayores derivadas y consecuencias y aquella forma situada que permite que la evocación del pasado reciente, sea a través de una acción objetivada, como también por medio de una acción intangible, influyéndose ambas entidades en términos directos.

En términos concretos, nos encontramos con las contradicciones entre las marcas de la memoria y la configuración de lugares. Para el primer caso, son las formas de identificar en el espacio social, aquellos sitios que en términos geográficos pueden dar cuenta del derrotero de las prácticas violentas en abierta violación hacia los derechos humanos fundamentales (DD. HH). Como plantea Lira (2017) y Jelin (2002), conocer los espacios físicos puede ayudar a conocer las cartografías con los cuales los victimarios dibujaban la ciudad para afectar y colonizar a través del miedo a los individuos evitando su desplazamiento y posibilidad de convocatoria. En cierta parte, es lo que se define como las ciudades sitiadas y fragmentadas, a partir de las condiciones del panóptico del control (FOUCAULT, 1979).

Lamentablemente en la actualidad, las metrópolis y grandes urbes latinoamericanas persisten fracturadas y segmentadas socialmente a partir de aquellas condiciones de pobreza y estratificación social. Sabatini (2006) confirma que al interior de nuestras ciudades hay grupos que se amurallan bajo la amenaza de la inseguridad y de los modos de vida que van configurando distancia social entre los diversos individuos y grupos sociales.

Respecto a la configuración de los lugares, esto se aplica a las relaciones existentes entre lugares y formas de significancia que desbordan el sólo acto de identificación de los espacios físicos.

El trabajo de los portavoces como uno de los grupos que reitera y ratifica las memorias emblemáticas, es primordial reconocer y connotar aquellos espacios en donde acontecieron prácticas de violencia política. Sin embargo, es dable reconocer y evidenciar las controversias derivadas en tanto el reconocimiento y la significancia no son actos ni prácticas secuenciales, tampoco resultan de lógicas mecánicas desplegadas por los individuos y/o por parte de las instituciones.

Las marcas son evidencias materiales y físicas en las cuales se muestra a las nuevas generaciones los hechos acontecidos como una suerte de mapeo, en la cual se plasman las huellas de una lógica social que define un tiempo social específico, evidenciando las coyunturas que tipificaron esas determinadas temporalidades. No obstante, en esta práctica de marcar lugares se observa a través del tiempo como los espacios y/o huellas físicas han perdido densidad, la espesura de otrora ha quedado

relegado como una nostalgia acuñada en las dimensiones psicosociales o psicoanalíticas de los propios individuos dañados o de los grupos que presionan para evitar el olvido.

Las marcas más que configuraciones de lugares, es decir, donde me hallo, donde encuentro sentidos compartidos y donde se conectan las historias sociales e individuales, pudiera verse contaminado con aquellas marcas en el sentido de etiquetamientos culturales, políticos y sociales, haciendo emerger la simbólica del distanciamiento y del enclaustramiento individual y del colectivo al cual adhiero y/o manifiesto mi pertenencia. Las ciudades como contenedores materiales y simbólicos, tienen limitadas capacidades para trabajar los espacios a partir de lugares de significancia y sentido.

La construcción de los lugares de memoria remite a la disputa por crear nuevos significados a espacios que fueron ocupados e invadidos en otros tiempos, con propósitos distintos. En este juego relacional de poder, se precisa en primer término identificar y visualizar de manera específica el contenido y las prácticas utilizadas en estos ambientes físicos utilizados para las acciones de violencia política, para posteriormente problematizar y demarcar los límites de aquello que se define como no permitido y no tolerable en una determinada comunidad humana.

Este trabajo de alta resistencia –no sólo de quienes participaron como victimarios– puede ocupar largos períodos de tiempo, ya que se superponen los tiempos sociales con los tiempos institucionales, con los procesos de los colectivos que trabajan y presionan a las memorias y también de aquellas trayectorias biográfica a nivel individual como familiar, de cada uno de los sujetos implicados de manera directa.

Esta conflictividad de las temporalidades y/o directamente de una colisión entre ellas, en opinión de Hobsbawn (1999), puede asumirse como espacio de constitución y re-significación de nuevas identidades políticas, lo cual no sería un problema en sí mismo sino la controversia se situaría en los alcances como los hechos a reconocer, pueden llegar a colonizar las subjetividades emocionales y psicosociales, desvinculándolas del componente propiamente político, en su derivada de reparación material y simbólica.

A partir de lo anterior, no situamos nuevamente en la dialéctica de dos entidades que ejerciendo presión intentan anularse de manera excluyente y unilateral: las historias mínimas y la historia social compartida. Podemos advertir que ambas se retroalimentan, empero en términos de la gestión existencial cotidiana, estas entidades se disocian haciendo posible que toda vez que los procesos de atenuación de una de las historias, implica una amplificación de la otra, provocando una simplificación de la realidad traducido en un análisis histórico, sin los cuestionamientos e interrogantes que conlleva escrutar el pasado reciente y las realidades en general en términos de historicidad.

Podemos apreciar que las relaciones entre lugares y marcas, se inscriben en un contenedor que remite a la intensificación de la relación de los individuos, sujetos y/o actores en la producción de historia como trabajo de las generaciones precedentes en un movimiento continuo e ininterrumpido. Desde esta óptica y

siguiendo a Gadamer (1977); Ricoeur (1997), Lira (2017), las diferencias entre la historia como legado y herencia cultural lineal, se problematiza y cuestiona con el fin que emerjan los relatos y los actos interpretativos como entidad que moviliza y pone en evidencia las disputas sobre los hechos sucedidos.

En síntesis, nos enfrentamos en este nudo crítico a la discusión abierta entre la historiografía clásica y crítica o dicho de otro modo, en la tensión presente y persistente entre el positivismo como epistemología en relación a los hechos y la distancia necesaria para poder aplicar análisis a través del uso de fuentes y archivos como única posibilidad y, la consideración de las subjetividades como un acto de los sujetos a través de relatos, narrativas y lógicas de confrontación referida a la historia única, homogénea y definida como oficial. La tensión se coloca entre una historiografía clásica como soporte de la “verdad” y aquellas historiografías críticas que relevan las interpretaciones múltiples y posibilitan la apertura a las diferencias y contradicciones referidas a hechos y/o hitos históricos.

Se puede afirmar a través de esta tensión, que aquello que se juega es lo que Gurvitch (1972), definiría como la imposición de moralidades de los grupos de interés o élites en una determinada sociedad.

3 LOS CONTENEDORES DE LAS MEMORIAS Y LAS SUJECIONES DERIVADAS DE LOS ENCUADRES REFERENCIALES

En este último nudo crítico, referiré a los contenedores que envuelven el trabajo de construcción de memorias como soportes que pueden expresarse de manera directa y manifiesta, como también aquellos que subyacen y se transforman en latentes y oblicuos, haciendo más compleja la identificación y el trabajo crítico sobre éstos. Martuccelli (2007) define a los soportes como las bases materiales y/o simbólicas que permiten la re-producción y gestión de lo social.

Los denominados contenedores para el objeto de nuestro interés remiten a las formas en las cuales las memorias sociales una vez traducidas a emblemáticas, se desplazan intentando cubrir distintos ámbitos de la vida social. Los contextos culturales, las coyunturas políticas, los modelos de desarrollo, por mencionar ámbitos específicos serían evidentemente parte de los contenedores en los cuales habría que poner atención. Probablemente, uno de los contenedores principales son aquellos inscritos en la esfera de lo jurídico y en la educación. Para el primero, es la posibilidad de que sean efectivos y afectivos los procesos conducentes a reparación social e individual, es decir, aplicar justicia. Para el segundo ámbito, la posibilidad de dialogar y discutir la enseñanza del pasado reciente como un acto de reparación simbólica integrado a las mallas curriculares de las nuevas generaciones.

Nos enfrentamos, por lo mismo cada vez más a escenarios disímiles, ambiguos y contradictorios. Para algunos autores, como Bauman (1999), los contextos se vuelven líquidos e imprecisos, se pierden los límites y/o en momentos estos mismos límites se vuelven inasibles. El tiempo social se convierte en un bien pleno de liviandad, de ligereza y de cierta volatilidad, hay una corriente de querer

vaciarse el tiempo en lo que a posibilidad permite, es decir, recuperar en el tiempo el flujo de la propia conciencia y ser parte de un determinado colectivo, grupo o lugar.

Las expresiones: “no tengo tiempo”, “en beneficio del tiempo”, “el tiempo es oro”, son algunas de las frases que recorren nuestro cotidiano y nos mueven a pensar que la radicalidad de lo temporal, nos convierte en sujetos incapaces de gestionar el tiempo y más bien nos transformamos en individuos dominados por su tiempo. Se vuelve sobre lo ya sugerido en la primera parte de esta presentación, el tiempo como orden cronológico y operado desde fuera, este tiempo lineal y acumulativo se convierte en nuevas formas de sujeción y dominación, a las cuales vamos accediendo con nuestras propias decisiones.

En los datos empíricos se observa y hay descripciones densas al respecto, como el ejercicio desde las reflexividades individuales y colectivas, precisa de nuevos ordenamientos y significaciones. Las construcciones de las memorias emblemáticas requieren temporalidades acordes a la densidad de aquellas. La misma investigación social y los requerimientos que se hace de éstas, afecta el trabajo con moratoria social y con ciclos de revisión sistemático de los datos producidos. La configuración de archivos requiere de tiempos que, en muchas ocasiones, las instituciones no desean y/o no quieren otorgar. Existe una premura por llegar a cumplir metas u objetivos que no son sincrónicos a esos diferentes tiempos y biografías.

Los actos interpretativos con horizontes plurales en términos epistémicos, requieren de conversaciones que precisan repertorios, códigos y pausas que facilitan el intercambio y las inscripciones de lo dicho en los marcos de referencia que, no siendo inteligibles en un primer momento, pueden ser aprehendidos y comprensibles en formas de temporalidades profundas, de idas y vueltas, de giros en las palabras, como formas de interrogar el propio relato. Dicho de otra manera, en términos existenciales este trabajo remite a formas no tradicionales en las cuales los silencios y la corporalidad son parte del derrotero de los sujetos en su expresión individual y en su pertenencia colectiva. Es claro que este trabajo, no tiene una concatenación que va de inicio a fin como parte de un guion imaginado de manera preliminar, sino por su contrario, este trabajo sea directo con los sujetos y/o a través de recopilación de fuentes, va delineando caminos que permiten la bifurcación y la creación de nuevos códigos y repertorios.

Un contenedor de especial cuidado por las consecuencias que deriva sobre el conjunto social, es lo vinculado a lo procedimental. La dimensión política-jurídica implica oscilaciones que favorecen mayores transiciones y esclarecimiento entre lo legítimo y lo lícito, valorando y sabiendo situar a cada una de estas entidades en términos concretos. Estas operatorias procedimentales son de alta relevancia en la gestión de lo social, ya que, a través de las mismas, se pueden precisar las especificidades de lo legítimo y de lo legal, evitando la hegemonía de cualquiera de estas categorías sobre la otra, siendo lo habitual que lo lícito eclipse y colonice lo legítimo.

Considerando el sistema judicial, la diferencia fundamental como sostienen los especialistas, es saber diferenciar si los colectivos humanos se encuentran capacitados en voluntad y en materialidad, para aplicar procesos orientados a la

justicia como espacio de convivencia social. Se puede advertir, que la mera administración de los sistemas jurídicos en su componente administrativo no es garante de una gestión de la vida en común. La justicia moderna afirma que al menos debieran existir 2 alcances para producir la justicia como práctica sustantiva: primera la funcionalidad del sistema a través de normativas y procedimientos claramente establecidos y difundidos de manera transversal en la sociedad. La segunda condición de carácter más radical, implica llevar a cabo el primer requerimiento, lo cual potencialmente permitiría generar nuevas formas de civilidad y convivencia entre los individuos y entre aquellos y las instituciones.

Para el caso de nuestros países hay una doble contingencia, en algunos países la demora del sistema jurídico no opera en términos funcionales y/o en muchos casos falta una normativa que integre de manera pertinente las penalidades referidas a los abusos y atropello a los DD.HH. fundamentales cometidos en los períodos de violencia política, por lo cual no respondería al primer requerimiento. Claramente, sobre los espacios de las nuevas civilidades es un desafío abierto que precisa ser abordado de manera creativa y con la certeza que el sistema jurídico operará de manera situada y en tiempos razonables.

El contenedor de mayor amplitud y relevancia en las actuales coyunturas de nuestra región, es la calidad y densidad de la democracia como sistema político, económico, social, cultural y simbólico. La problematización de esta realidad en nuestras vidas cotidianas, parafraseando a García-Canclini (1990), evidencia los déficits de esta práctica política, como también las dificultades para asumir los desafíos que ésta contiene a partir de las estructuras y del pasado reciente que acoge a cada sociedad.

A falta de democracia efectivamente representativa y con alcances para los individuos como sujetos reflexivos en tanto ciudadanos y actores sociales, la dimensión de la construcción de la memoria puede entrar en un vacío social. La falta de pertenencia al nosotros colectivo genera distancias y desconfianza, hace perder sentido al vínculo y lazo social, como también hay pérdida de la trama y tejido de significados como urdimbre social. En esta perspectiva, lo común se encuentra atravesado y complejamente expresado por contextos de desigualdades como serían nuestras sociedades locales, estas diferencias considerables en las distintas esferas de la vida social, va presionando aún más el encuentro por lo común, las desigualdades van provocando distancias diferencias sociales crecientes y sustantivas entre individuos, grupos y sectores de la sociedad.

En el caso de la construcción de las memorias, las distancias y separaciones entre sujetos se pueden expresar como entidades irreconciliables y de difícil proyección en términos de las consolidaciones de las historias como lo producido y no sólo como un inevitable destino naturalizado y entregado a la decisión de unos pocos.

Probablemente el mayor desafío actual en nuestras realidades, pero con la atención sobre el pasado reciente, sería la decisión y acción a propósito de afectar y mejorar la democracia generada y establecida hasta la fecha. A partir de este contenedor, se expanden y/o dependen otros contenedores, no obstante, en este espacio se construyen los lugares ideológicos de lo que deseamos como colectivos

humanos y por lo cual podemos salir de la inercia, inmovilismo y desconfianza política.

Podemos imaginar que nuestra crítica social activa y dis-continua precisa ser sostenida bajo las diversas temporalidades. Este espacio potencialmente es donde se juega la tensión entre lo utópico y lo ideológico, como horizontes normativos y como práctica cultural que afecte las mentalidades individuales y colectivas.

El pasado reciente, más que frenar nuestros horizontes posibles es importante en tanto nos permite hacer conciencia a través del flujo del tiempo, ese acto de conciencia en hombres y mujeres aportando a la construcción de esas condiciones de posibilidad para transformar no sólo el presente sino el destino común de las nuevas generaciones. Entregar un mundo más justo, no sólo posibilita el legado cultural, sino que mueve en un sentido de producir la historia.

Paulo Freire (1989) hizo extensivo sus planteamientos a buena parte de la región latinoamericana e inclusive más allá de nuestro continente, el cual ratificaba el sentido de la conciencia crítica como acto deliberativo y de transformación social.

Tener como acto deliberativo el pasado reciente, es recordar y si vamos a lo etimológico de la palabra que viene del latín: re-cordis no es otra cosa que pasar por el corazón, evocar es recuperar la condición de sujeto político de cada hombre y de cada mujer, imaginando y construyendo un destino común, un interés por lo público, que no es otra cosa que la vida en común con sentido de pertenencia y de legitimidad social.

“La utopía está en el horizonte. Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. ¿Entonces para qué sirve la utopía? Para eso, sirve para caminar”.

En Chile y Valparaíso. Primavera 2017.

BIBLIOGRAFÍA

BAUMAN, Z. (1999) *Modernidad Líquida*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

BERGSON, H. (2006) *Materia y Memoria: Ensayo sobre la Relación del Cuerpo con el Espíritu*. Editorial Cactus, Buenos Aires.

BERGSON, H. (1976) *El pensamiento y lo moviente*. Editorial Espasa-Calpe, Madrid.

BRAUDEL, F. (1985) *La Dinamique du Capitalisme*. Les Éditions Arthaud, Paris.

FREIRE, P. (1989) *La educación como práctica de la libertad*. Ediciones Siglo XXI, Madrid.

- FOUCAULT, M. (1979) *Microfísica del poder*. Las Ediciones de la Piqueta, Madrid.
- FOUCAULT, M. (1976) *Histoire de la sexualité I*. La volonté du savoir. Éditions Gallimard, France.
- GADAMER, HG. (1977) *Verdad y Método I*. Fundamentos de una hermenéutica filosófica. Sígueme, Salamanca.
- GADAMER, HG. (2013) *Hermenéutica, estética e historia*. Antología. Sígueme, Salamanca.
- GARCÉS, M. (2000) *Historia Social de Chile*. Ediciones LOM, Santiago de Chile.
- GARCÍA-CANCLINI, N. (1990) *Culturas Híbridas*. Editorial Grijalbo, México.
- GARRETÓN, M. (2000) *La sociedad en que viviremos*. Ediciones LOM, Santiago de Chile.
- GOICOVIC, I. (2015) *Clase Magistral Programa Postgrado*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso – Chile.
- GURVITCH, G. (1972) *The Social Frameworks of Knowledge*. Harper & Row, Nueva York.
- HALBWACHS, M. (1950) *La Mémoire Collective*. Éditions PUF, France.
- HOBSBAWN, E. (1999) *Gente Poco Corriente*. Crítica, Barcelona.
- JELIN, E. (2002) *Los trabajos de la memoria*. Ediciones SIGLO XXI, Buenos Aires.
- LECHNER, N. (2002) *Las Sombras del mañana*. Ediciones LOM, Santiago de Chile.
- LIRA, E. (2017) *Trauma, duelo, reparación y memoria*. Editorial Libros de Zorzal, Barcelona.
- MARTUCCELLI, D. (2007) *Cambio de Rumbo*. Ediciones LOM, Santiago de Chile.
- RICOEUR, P. (1997) *Ideología y Utopía*. Gedisa, Barcelona.
- SABATINI, F. (2006) *La segregación social del espacio en las ciudades de América Latina*. BID, Santiago de Chile.
- SIMMEL, G. (2014) *Intuición de la Vida*. Prometeo Libros, Buenos Aires.

SIMMEL, G. (2015) *Sociología: Estudios Sobre las Formas de Socialización*. Fondo de Cultura Económica, México.

STERN, S. (1998) *Las conmemoraciones: Las disputas en las fechas “in-felices”*. Ediciones SIGLO XXI, Barcelona.

Autora convidada

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1 A revista *Direito e Justiça: Reflexões sociojurídicas*, elaborada pelo Curso de Direito da URI, campus de Santo Ângelo, publica artigos.

2 Quanto à temática, os artigos deverão obedecer às linhas de instrumento de propagação das reflexões e construções do conhecimento acerca dos Novos Direitos, estimulando o debate, o questionamento e o desenvolvimento dos processos formativos dos operadores e investigadores jurídicos, como forma de integração entre a universidade e o mundo da vida voltada para a potencialização dos processos de constituição da cidadania e da democracia.

3 Os trabalhos serão recepcionados pelo método *double blind peer review*, que possibilita a análise dos inominados artigos, garantindo segurança tanto para o(s) autor(es), quanto para os avaliadores. Esse método ainda exige a avaliação do artigo por dois ou mais avaliadores.

4 O Conselho Editorial não se obriga a publicar nenhuma colaboração que lhe seja enviada e também devolver os originais. Somente serão devolvidos os textos ao(s) autor(es) em caso de mudanças ou correções sugeridas pelo Conselho Editorial.

5 O envio espontâneo de artigos e a posterior aceitação para publicação implica, automaticamente, a cessão dos direitos autorais à Revista, tanto em versão impressa como eletrônica. Sua reprodução posterior, por qualquer meio, poderá ser feita somente mediante entendimento prévio entre a Revista e o autor e com a devida citação da fonte.

6 Os conceitos e informações contidas nos textos são de inteira responsabilidade de seus autores.

7 Os textos deverão ser inéditos e submetidos no site http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica. Para envio e acompanhamento do texto, é necessário cadastrar-se na área de acesso.

8 Os trabalhos devem:

- a) ser inéditos;
- b) conter título (na língua portuguesa e inglesa);
- c) resumo (na língua portuguesa e inglesa), com no máximo 200 palavras;
- d) palavras-chave (na língua portuguesa e inglesa);
- e) sumário (na língua portuguesa e inglesa);
- f) introdução, desenvolvimento, conclusão e referências;
- g) possuir de 10 a 20 laudas no formato Word;
- h) fonte **Times New Roman** 12, espaçamento entre linhas simples, espaçamento entre parágrafos simples, com margens superior e esquerda de 3cm, inferior e direita 2cm.

9 O nome do autor deverá ser colocado abaixo do título, por extenso, seguido de nota de rodapé com as devidas especificações, a saber: cargo, titulação, local de trabalho, grupo de pesquisa, e-mail e, se houver, a publicação mais relevante.

10 Os textos deverão ser elaborados conforme as normas da Associação Brasileiras de Normas Técnicas (ABNT), adotado o sistema na forma de “AUTOR-DATA”, sistema numérico.

11 As referências são apresentadas no final do trabalho, listadas em ordem alfabética e sem numeração, de acordo com a ABNT. Exemplo:

a) Artigo

SOBRENOME, Nome. Título do artigo. Título do periódico em itálico, local de publicação, v. ano-ou-volume, n. número-ou-fascículo, p. página inicial-página final, data.

Ex.: CIRNE-LIMA, Carlos. Ética de coerência dialética. *Veritas*, Porto Alegre, v.44, n. 4, p. 941-964, dez./1999.

12 Os títulos das divisões e subdivisões dos textos devem ser escritos em letras minúsculas e negrito e numerados de forma progressiva.

13 Os trabalhos deverão ser escritos em Língua Portuguesa, Língua Espanhola, Língua Inglesa, Língua Francesa, Língua Italiana ou Língua Alemã e a revisão será de responsabilidade do autor do texto.

14 A revista fornecerá ao autor do texto um exemplar da edição.

15 Anexos como figuras e gráficos dificultam a edição da revista, devendo ser evitados.

16 Somente serão analisados trabalhos que estejam dentro das regras e que atendam às recomendações.

17. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação via e-mail.

Redação:

Revista Direito e Justiça

Curso de Graduação em Direito da URI, RS

Av. Universidade das Missões, 464 – Tel. (55) 3313-7950

Email: direito@santoangelo.uri.br

Página: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica
98802-470 – Santo Ângelo, RS – Brasil

RELAÇÃO DE ARTIGOS PUBLICADOS NAS EDIÇÕES ANTERIORES

Nº 1 – Abril/2002

Adriane Cláudia Melo Lorentz

Letícia Mousquer Ritter

Eficácia dos tratados internacionais no direito brasileiro: etapas de internalização e hierarquia

Astrid Heringer

Propriedade industrial: as novas interpretações da licença compulsória para medicamentos

Belmiro Pedro Welter

(Des)velamento da cidadania na democracia constitucional

Eliseu Mânica

Algumas reflexões para uma cidadania instituinte e planetária

Florisbal de Souza Del’Olmo

A homologação de sentença estrangeira no direito brasileiro

Osmar Veronese

Impunidade parlamentar

Rafael Iansen Cézár

Aplicabilidade da norma constitucional dos juroz reais: uma análise do artigo 192, § 3º, da Constituição Federal

Saleto Oro Boff

A jurisdição constitucional no estado democrático de direito

Nº 2 – Setembro/2002

Artur Hamerski

O bem falar, escrever e interpretar

Cláudio Specht

O movimento dos trabalhadores rurais sem terra no contexto dos movimentos sociais

Eros Roberto Grau

Sobre a interpretação/aplicação do direito: seu caráter alográfico

Gilberto Kerber

Direito de família: alterações do Código Civil

Gilmar Antonio Bedin

O fenômeno da globalização do mundo e as possibilidades de realização da sociedade atual: é possível construir uma nova ordem mundial justa e solidária?

Giovan Vinícius Soares de Lima

Os direitos do homem

Luciana Claudete Meirelles Corrêa

Os limites do poder do juiz

Marcelo da Pieve

A antecipação da tutela dos fatos incontroversos do pedido

Nº 3 – Maio/2003

Ademir Vieira dos Santos

Direito e Psicologia – uma interdisciplinaridade possível e necessária

Adriane Cláudia Melo Lorentz

O poder dos estados na sociedade internacional

Astrid Heringer

Bianca Missio

A produção da violência contra a mulher no âmbito doméstico

Cássia Paola Dilkin

Soluções pacíficas de controvérsias entre os estados

Eliseu Mânica

O efetivo conteúdo de efeito suspensivo atribuído aos recursos

Janete Rosa Martins

Direito humanos e fundamentais no estado contemporâneo

Salete Oro Boff

Sandra Regina Morais Welter

A administração pública no estado democrático de direito

Nº 4 – Setembro/2003

Adriane Cláudia Melo Lorentz

Noções introdutórias sobre a União Europeia

Airton José Sott

A possibilidade do controle judicial de constitucionalidade – incidental, concreto e difuso – no direito brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988 – em conexão com os direitos fundamentais

Gilberto Kerber

Direito de família: o avanço dos costumes aos direitos hereditários

Jacson Roberto Cervi

O dano ambiental e o dever de reparação

Lisandro Luís Wottrich

Fungibilidade procedimental ma tutela de urgência

Luciana Claudete Meirelles Corrêa

A prestação jurisdicional

Marcelo da Pieve

Estado de mal-estar social

Otávio Alberto Gomes de Campos

Juizado especial cível

Sandra Regina Morais Welter

A inconstitucionalidade da liberação da soja transgênica

Nº 5 – Maio/2004

Ademir Vieira dos Santos

Contribuição de homens de paz ao direito internacional

Adherbal Meira Mattos

Acordo de salvaguardas tecnológicas do centro de lançamento de Alcântara

Adriane Cláudia Melo Lorentz

Medidas compensatórias na OMC e no MERCOSUL: mecanismos que visam à afetividade das decisões

Afonso Henrique Prezoto Castelo

Maria de Fátima Ribeiro

Tendências internacionais sobre a prestação de serviços e as inovações da Lei Complementar 116/03

Astrid Heringer

Implicações do acordo sobre aspectos da propriedade intelectual relacionadas ao comércio (ADPIC) para o Brasil: a questão da saúde pública

Augusto Jaeger Junior

2004, um ano de reformas na comunidade europeia: a reforma do regulamento n. 17/1962 pelo n. 1/2003

Cátia Micheli Erhart
A arbitragem como solução de conflitos

Daniela Vanila Nakalski
Rodrigo Alexandre Benetti
A problemática da cidadania comunitária no MERCOSUL

Florisbal de Souza Del’Olmo
A ampliação da União Europeia

Gilberto Kerber
Uniformização da legislação dos países do continente: via adoção supranacional para maior segurança contra a violência

José Eduardo Faria
Globalização e cidadania na visão do direito internacional

Juliana Kiyosen Nakayama
O paradigma União Europeia em relação ao futuro do MERCOSUL: a eficácia das normas

Leonel Severo Rocha
O direito na forma de sociedade globalizada

Taciana Marconatto Damo Cervi
Responsabilidade internacional do estado por dano ao meio ambiente

Nº 6 – Setembro/2004

Cláudio Specht
Educação ambiental: de uma consciência antropocêntrica para uma consciência ecocêntrica

Domingos Benetti Rodrigues
Função socioambiental da propriedade rural nos contratos agrários

Guido Fernando Silva Soares
Dez anos após Rio-92: o cenário internacional, ao tempo da cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável (Joanesburg, 2002)

Jacson Roberto Cervi, Daniela Dewes, Ellara Valentini Wittckind, Eriane Liesenfeld e Ingrid Heck Souza
Direito e ecologia: caminhos para o desenvolvimento sustentável

Lucas Abreu Barroso
Tópicos prepedêuticos da matéria ambiental

Maria Gislaine Manucello
Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional em causas ambientais

Maria Margarida Jung Ferreira
Metodologias de avaliação econômica dos recursos naturais

Salete Oro Boff e Taciana Marconatto Damo Cervi
Biotecnologia versus questões ambientais: pontos controversos na liberação de OGMS

Sidney Guerra
O direito à informação em matéria ambiental

Valerio de Oliveira Mazzuoli
A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente

Vladimir Luís Silva da Rosa
Os aspectos que tornam o estudo sobre o dano ambiental importantes para a qualidade de vida da sociedade

Nº 7 – Setembro/2005

Angelita Maria Maders
Acesso à justiça: em defesa do cidadão

Astrid Heringer
A reconstrução do conhecimento na obra de Pedro Demo

Cláudio Specht
O direito e o processo na perspectiva da cidadania

Cristian Clemens Rubi e Monique Cunha
Ação comunitária para os apenados do presídio de Santo Ângelo e o processo penal brasileiro

Darci Guimarães Ribeiro
O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo

Diolinda Kurrle Hannusch
A ilicitude da prova obtida na busca e apreensão pessoal

Eliseu Mânica
A reforma do CPC e os novos rumos do direito processual civil brasileiro

Hed Orozinho Soares Brittes
Os direitos difusos ambientais na perspectiva processual civil

Janete Rosa Martins
O processo administrativo no século XXI

Lisiane Beatriz Wickert e Silviane Boufleur
A tendência sincrética do direito processual civil brasileiro

Luciana Claudete Meirelles Corrêa
A súmula vinculante

Luis Carlos Rosa
Morosidade jurisdicional

Luís Ivani de Amorin Araújo
Considerações sobre a sentença

Márcio Zanoello
Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor

Paulo Vanderlei Vargas Groff
Princípios constitucionais fundamentais e princípios gerais do processo civil: uma visão principiológica do processo civil

Nº 8 – Junho/2006
DIREITO ECONÔMICO

Adriane Cláudia Melo Lorentz
As regras para o desenvolvimento da atividade empresarial pelo estrangeiro no Código Civil Brasileiro

Astrid Heringer
Sociedade simples: um natimorto no Código Civil de 2002

Carlos Alberto Lunelli e Jeferson Marin
As dimensões da identidade da marca insindustrial: traços distintos e desafios contemporâneos

Carolina Pancotto Bohrer Munhoz
Uma avaliação da experiência do CADE: análise do caso Nestlé/Garoto

DIREITO TRIBUTÁRIO
Augusto Jaeger Junior
Generalidades sobre o direito tributário alemão

Fernando Facury Scaff

Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos

Maristela Gheller Heidemann e Niki Frantz

A imunidade tributária conferida aos templos de qualquer culto – um enfoque nos impostos municipais

Salete Oro Boff

Reforma tributária e democracia

RESENHA

Cláudio Specht

A construção de um direito mundial

Nº 9 – Novembro/2006

Adriane Cláudia Melo Lorentz

A carta dos direitos fundamentais na futura Constituição da União Europeia: possibilidade de controle pela corte de justiça

Agostinho Oli Koppe Pereira, Cleide Calgaro e Henrique Mioranza Koppe Pereira

A cidadania e o meio ambiente

Alindo Butzke e Eliane Willrich Hoffmann

Desenvolvimento e sustentabilidade: o grande conflito de nossos dias

Álvaro Filipe Oxley da Rocha

Reforma do judiciário: cidadania e novos direitos

Astrid Heringer

A incorporação dos tratados sobre direitos humanos na Constituição Federal: dos direitos naturais à Emenda Constitucional n. 45/2004

Clóvis Gorczewski e Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcelos Terra

O princípio da igualdade na Constituição Brasileira e sua aplicabilidade nas ações afirmativas referentes ao ingresso no ensino superior

Doglas Cesar Lucas

A moralidade jurídica dos Direitos Humanos: apontamentos sobre a contribuição teórica de Otfried Höffe

Germano Schwartz e Juliana Ractz

O direito público subjetivo à saúde: efetividade via políticas públicas

Juliana Santilli

Os “novos” direitos socioambientais

Karine de Souza Silva e Ricardo Nunes Viel

Os mecanismos coletivos de proteção dos Direitos Humanos: os sistemas de proteção universal e o interamericano

Luiz Gonzaga Silva Adolfo

Breve crônica de uma transformação anunciada: o (re) surgimento do direito autoral da sociedade na informação

Marli M. M. da Costa e Rosane T. C. Porto

Exclusão social, violência estrutural e delinquência juvenil: uma análise a partir de Michel Foucault

Paulo Márcio Cruz

Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Tasca Frantz

Desenvolvimento sustentável e cooperação internacional: em busca do reconhecimento da natureza

Salete Oro Boff

Avanços da biotecnologia, bioética e a formação do (bio)direito

Têmis Limberger

Intimidade e informática – necessidade de regulação jurídica no âmbito internacional, a fim de que sejam protegidos os direitos do cidadão

Wilson Engelmann

Intimidade e informática – necessidade de regulação jurídica no âmbito internacional, a fim de que sejam protegidos os direitos do cidadão: o bem humano como elemento motivador da (re) significação do conceito de direito

Nº 10 – Novembro/2007

Adriane Cláudia Melo Lorentz

O tratado constitucional europeu como fonte de inspiração para o novo e futuro “tratado modificativo” da União Europeia

Ángela Figueruelo Burrieza

La actual reforma del recurso constitucional en amparo en España

Argemiro Cardoso Moreira Martins e Luiz Henrique Urquhart Cadermatori

Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?

Astrid Heringer

Eutanásia em Espanha: desde la Contitución Española hasta las iniciativas de las comunidades autonómicas

Augusto Jaeger Junior e Benjamin Hertzeg

O tratado que estabelece uma Constituição para a Europa

Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer

Concretude do direito constitucional econômico: a law and economics na realização da ordem constitucional econômica brasileira de 1988

Hed Orozimbo Soares Brittes

Os efeitos da declaração de nulidade da lei inconstitucional e a interpretação conforme a Constituição, no controle abstrato de normas pelo Supremo Tribunal Federal

Leonardo Arquimiro de Carvalho

Mandado de injunção e hermenêutica constitucional: velhas e novas leituras

Janete Rosa Martins

O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa como mecanismo central de direito e garantia do servidor público

Juliano Heinen

A interpretação conforme a Constituição como ferramenta de controle constitucional e como técnica interpretativa

Paulo Marcio Cruz

Soberania e superação do estado constitucional moderno

Paulo Vanderlei Vargas Groff

Interpretação constitucional – alguns caminhos possíveis

Salete Oro Boff e Christiane Schorr Monteiro

As ações afirmativas como políticas públicas de proteção das minorias

Nº 11 – Novembro/2008

Astrid Heringer e Sabrina Fontoura Perim

A eutanásia no Brasil

Arthur Mendes Lobo

Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante

Arno Arnaldo Keller e Daiane Vieira Lopes

Competência para resolução dos litígios que envolvam os servidores públicos estatutários frente à Emenda Constitucional n. 45/2004

Janaína Machado Sturza

O direito constitucional à saúde: breve delineamento sobre as realidades brasileira e italiana

Northon Motta e Janete Rosa Martins

Responsabilidade civil do estado nos acidentes automobilísticos causados por buraco, valeta ou desnivelamento da rodovia

Julio César Gaberel de Moraes Filho

Parceria público-privada no sistema prisional mineiro

Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho

Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde

Paulo Vanderlei Vargas Groff

Representação assimétrica no Congresso Nacional

Taciana Marconatto Damo Cervi

A tutela administrativa do meio ambiente: o estudo de impacto ambiental

Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Os direitos fundamentais à vida e autodeterminação frente ao problema do aborto: o enfoque constitucional de Ronald Dworkin

Nº 12 – Março/2009

Airto Chaves Junior e Marisa Schmitt Siqueira Mendes

A miséria atrás das grades: a produção da criminalidade a partir da seletividade da norma penal

Angelita Woltmann e Raquel Buzatti Souto

A incompatibilidade da prisão provisória com o sistema prisional brasileiro diante do garantismo penal e da dignidade do acusado

Charlise Paula Colet

A valorização do ser humano a partir das matrizes teóricas do direito fraterno e da justiça restaurativa: o tratamento de conflitos como forma de exercício da cidadania

Daiana Rosa Lubini

Incidência das causas extintivas do direito de punir do estado no âmbito do ato infracional

Luís Gustavo Durigon

Direito penal e complexidade na sociedade pós-moderna

Mário Luis Oliveira dos Santos

O princípio da insignificância no direito penal do ambiente

Pedro Correia Gonçalves

A responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais

Roseli Teresinha Michaloski Alves

A fruição dos direitos da mulher a partir das ações afirmativas

Santos Juliano Zorzan

A persecução criminal pré-processual e o princípio da eficiência

Taciana Marconatto Damo Cervi e Virgínia Marconatto Damo

Delinquência juvenil: fruto de desamparo familiar ou estatal?

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro

Nº 13 – Novembro/2009

Fernando Rey Martínez

Eutanasia y derechos fundamentales

Vicente de Paulo Barretto e Luís Fernando Moraes de Mello

Ética, biopoder e sociedades tecnocientíficas

Elida Séguin

Direitos sexuais como um direito humano

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira

Marcos normativos para a preservação da integridade na pesquisa

Germana Oliveira de Moraes e Francisco Davi Fernandes Peixoto

O biodireito através do prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais

Fernanda Matias e Carine Teixeira

As externalidades brasileiras para o desenvolvimento da biotecnologia nacional

Angelita Maria Maders

Biodireito: baliza a utilização das novas biotecnologias e resposta aos problemas bioéticos

Marília Bortolotti e Simone Stabel Daudt

O projeto genoma humano e os desafios da bioética na pós-modernidade: princípio da dignidade da pessoa humana como paradigma às questões bioéticas

Isabel Cristina Brettas Duarte

Biodireito, complexidade e responsabilidade: uma análise jurídica da liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil

Pedro Jorge de Oliveira Rodrigues

Biodireito: fator de pré-disposição para a “religação dos saberes”

Lucas Eduardo de Castro Burin e Astrid Heringer

Células-tronco embrionárias: uma discussão em prol da vida humana

Nº 14 – Abril/2010

Darlan Machado Santos

A cidadania moderna brasileira: uma reflexão dos desafios da emancipação dos direitos do homem como cidadão

Rosângela Angelin

A educação ambiental na construção participativa de um meio ambiente saudável

Cristiano Heineck Schmitt

A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso

Daniela Vasconcellos Gomes

A importância da aplicação dos princípios da precaução e da prevenção na busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado

Gustavo de Souza Campos Leão

A legitimidade ativa na tutela coletiva de direito

Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Clarice Teresinha Arenhart Menegat

A questão do gênero e seus reflexos no direito brasileiro da atualidade: uma breve análise a partir de perto do coração selvagem, de Clarice Lispector

Emanuella Melo Rocha e Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques

A rádio comunitária como forma de efetivar a comunicação participativa em contraposição à comunicação de consumo

Josiane Borghetti Antonelo Nunes e Janaína Machado Sturza

As crises do estado contemporâneo e a violação do princípio da cidadania: o neocontratualismo de John Rawls como uma possível alternativa

André Rafael Weyermüller

As dificuldades comunicativas entre direito e economia e as possibilidades dos créditos de carbono: uma visão sistêmica e ambiental

Nº 15 – Novembro/2010

Aglais Cristina Gondim Tabosa Freire e João Araújo Monteiro Neto
Aspectos jurídicos do combate aos crimes da tecnologia da informação no Uruguai

Elida Séguin
Direitos sexuais como um direito humano

Abraham Balzer Molina
La relevancia social de los procesos colectivos

Larissa Tenfen Silva
Mediação e acesso à justiça e o serviço de mediação familiar

Taciana Marconatto Damo Cervi
O direito ambiental e a transição paradigmática

Paula Nedeff Timm
O direito ao trabalho: a situação dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
O direito penal do inimigo como resposta simbólica à macrocriminalidade

Ilzver de Matos Oliveira e Júlio César Diniz Hoenisch
O judiciário diante do direito fundamental à identidade étnica

Mathias Felipe Gewehr
O princípio da dignidade da pessoa humana e as questões de biodireito na visão dos tribunais brasileiros

Nº 16 – Abril/2011

Lucas de Souza Lehfeld e Cristina Veloso de Castro
Responsabilidade socioambiental das usinas sucroalcooleiras da região do Triângulo Mineiro

Daiane Nogueira de Lira
A audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional: uma análise a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas

Josyane Mansano
A contribuição das normas de incentivo tributário ambiental diante da racionalidade econômico-jurídica do desenvolvimento sustentável

Jimenna Rocha Cordeiro Guedes

A crise ambiental e dos paradigmas modernos: fatores para a construção de uma nova axiologia para a pós-modernidade

João Luiz Stefaniak

A efetividade do direito humano e fundamental à moradia

Indianara Pavesi Pini Sonni

A origem e a trajetória processual dos interesses transindividuais. a busca da efetividade da tutela coletiva

Micheli Pereira

A previsibilidade das decisões judiciais como condição para o ‘desenvolvimento econômico’: tensão entre neoliberalismo e o papel garantista do judiciário

Gabriela Azevedo Campos Sales

A proteção aos direitos das pessoas com deficiência no Brasil: o diálogo entre o direito interno e o direito internacional

Andreza Aparecida Franco Câmara

A terra como meio de especulação do mercado imobiliário

André Leonardo Copetti Santos

É constitucional a expansão normativa do controle social no Brasil?

Mauro José Gaglietti, Marcelino da Silva Meleu e Natália Formagini Gaglietti

Existe sustentação legal na Constituição da República Federativa do Brasil acerca da mediação de conflitos?

Nº 17 – Novembro/2011

Sofia Vilela de Moraes e Silva

Compreendendo a discriminação contra homossexuais no mercado de trabalho: da hipótese repressiva à produção de discurso

Graziella Ambrosio

Conflito entre normas coletivas de trabalho

Natália Cardoso Marra

Cooperação interinstitucional como instrumento de formação de regiões metropolitanas

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Rogério Santos Rammê

Direitos humanos e ecocidadania: ambiente, risco e o despertar do sujeito ecológico

Ana Belén Álvarez Fernández

La necesidad de fijar las incompatibilidades de las instituciones arbitrales en España

Charlise Paula Colet e Viviane Teixeira Dotto Coitinho

Mediação, jurisdição e interpretação: a superação do modelo tradicional para tratamento de conflitos no sistema brasileiro e a tarefa hermenêutica do mediador

Peterson Elizandro Gandolfi, Joelma Lúcia Vieira Pires, Maria Raquel Caixeta Gandolfi e Roberto Bueno

O egresso do sistema prisional: educação escolar, emprego e inclusão social

Paulo Márcio Cruz e Gabriel Real Ferrer

Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica

Tatiana Cotta Gonçalves Pereira

Política nacional de resíduos sólidos: nova regulamentação para um velho problema

Leonel Severo Rocha e Delton Winter Carvalho

Mudanças climáticas e as implicações jurídico-principiológicas

Rosângela Angelin e Angelita Maria Maders

A dignidade da mulher e sua proteção pela Lei 11.340/2006: um desafio do estado democrático de direito

Nº 18 –Abril/2012

Josiane Borghetti Antonelo Nunes e Janaína Machado Sturza

Rarificação da água potável e saúde pública: a necessidade de uma consciência ambientalista em prol do direito humano fundamental a ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado

Vera Ribeiro de Almeida

Representações sociais sobre a pena nos juizados especiais criminais estaduais

Adalberto Narciso Hommerding

Reclamação e correição parcial: critérios para distinção

Ederson Nadir Pires Dornelles, Madie da Silva Ribas Soares e William Smith Kaku

Técnicas de estudo e leitura técnica para acadêmicos de direito

Mathias Felipe Gewehr

A Bioética e o princípio da justiça

Rafaela Benevides Ferreira Machado

Direito à saúde: a implementação de políticas públicas perante a minoria criança

Cláudia Taís Siqueira Cagliari e Marli Marlene Moraes da Costa

Políticas públicas e justiça restaurativa

Daniela Favero e Sarina Occhipinti Magalhães

A descaracterização do seguro de acidente do trabalho como ferramenta do desenvolvimento econômico sustentável

Sergio Manuel Fialho Lourinho

A moral transcendental de Kant

Ney Fayet Júnior

Do avanço interpretativo na compreensão do instituto do delito continuado: da necessidade de demarcação fático-temporal precisa dos crimes componentes da cadeia continuada

Carlos Alberto Elbert

A criminologia na pós-modernidade

Sérgio Resende de Barros

Reforma constitucional da Constituição

Gilmar Antonio Bedin e Joice Graciele Nielsson

Direitos Humanos, justiça e desenvolvimento: o papel dos direitos sociais, econômicos e culturais na construção de uma vida digna segundo Amartya Sen

André Leonardo Copetti Santos e Evelyne Freistedt Copetti Santos

Constituição, direito penal e diferença. Sobre a emergência de uma tutela penal de minorias e vulneráveis sociais pós-constituição de 1988.

Alessandro Freitas de Faria e Florisbal de Souza Del’Olmo

O reconhecimento da entidade familiar homoafetiva e o instituto da adoção

Nº 19 – Novembro/2012

Mayna Marchiori de Moraes e Rozane da Rosa Cachapuz

A Justiça aristotélica e sua observância no Estado Democrático de Direito por meio da utilização da arbitragem

Liana Maria Feix Suski

Morte digna sob a ótica histórica e conceitual

Eduardo Biacchi Gomes e Sólon Cícero Linhares

A relevância econômica dos Direitos Sociais prestacionais e o limite da reserva do possível face o princípio do mínimo existencial

Cristian Willi Hasse, Débora Patricia Seger e Florisbal de Souza Del’Olmo

A sentença arbitral nos contratos públicos: estudo do caso AES X CEEE

Irineu Francisco Barreto Junior e Cristina Barbosa Rodrigues

Governo Eletrônico, Cidadania e Inclusão Digital

Luana Maíra Moura de Almeida

Multiculturalismo: uma visão da doutrina comunitarista em prol do bem comum e do reconhecimento de diferentes identidades

Carlos Aurélio Mota de Souza

A fraternidade como categoria jurídica no Direito Ambiental

Mara Darcanchy

O dano existencial e o Direito Fundamental ao trabalho decente na OIT

Nº 20 – Abril/2013

Larissa Ramina e Emerson Luiz Laurenti

Tráfico Internacional de pessoas e a busca da Dignidade perdida

Cristina Ferraz

Legitimidade da defensoria pública na ação civil pública à luz do acesso à justiça

Aguinaldo Alemar

Consumo e proteção ambiental: a ciência jurídica como elemento criativo nesta relação

Fernando G. D'Alessandro

Reflexiones sobre el régimen de pronto pago de créditos laborales en el derecho concursal argentino

Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter

Contratos de empresas estrangeiras com a administração pública para a viabilização de obras de infraestrutura para a copa do mundo de 2014: um estudo de caso sobre o leilão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília.

Marco Aurélio Pieri Zeferino e Juventino de Castro Aguado

Globalização e soberania: a exclusão dos direitos humanos dos estrangeiros pelo estado

Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos Terra e Grace Kellen de Freitas Pellegrini

A contribuição da decisão do Supremo Tribunal Federal na Adin 4.277 para o sistema democrático brasileiro e seu papel para a mudança do pensamento cultural

Camila Dabrowski de Araújo Mendonça e Danielle Annoni

A relação entre jurisdições nacionais e internacionais: primazia e complementaridade

Nº 21 – Novembro/2013

Alvaro A. Sánchez Bravo
Crisis urbanística y sostenibilidad ambiental en España

Thaís Guedes Alcoforado de Moraes e Marília Montenegro Pessoa de Mello
Os Direitos Humanos da mulher e a função simbólica do direito penal: uma crítica à criminalização do aborto

Guilherme Camargo Massáu
A solidariedade como princípio jurídico: o exemplo da União Europeia em breves considerações

Eduardo Rodrigues dos Santos, Altamirando Pereira da Rocha e Leopoldo Altamirando de Andrade da Rocha
O princípio do devido processo tributário e a segurança jurídica à luz da Constituição brasileira de 1988

André Leonardo Copetti Santos
Os orixás contemporâneos e a cidade invisível. Potências da cidadania pelo desenvolvimento de uma sensibilidade urbana

Augusto César Leite de Resende
A responsabilidade socioambiental das empresas da construção civil à luz do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável e os seus reflexos nos empreendimentos imobiliários

Fabiano Gonçalves Carlos
Modernidade clássica: alguns pontos de contato entre a razão prática e as ciências sociais

Cynthia Brandalize Fendrich e Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr
A reprodução assistida como direito fundamental e sua prestação pelo estado

Ana Alice De Carli
Água, bem da vida: riqueza a ser respeitada!

Fabiana Marion Spengler e Charlise P. Colet Gimenez
O necessário reconhecimento das formas de tratamento de conflitos como política pública no Brasil

Nº 22 – Abril/2014

Rogério Gesta Leal
Fundamentos interlocutivos da boa Administração Pública: algumas matrizes reflexivas

Eloy Pereira Lemos Junior e Jean Karllo de Souza Fagundes
Um estudo sobre a adoção por pares homoafetivos no Brasil

Everton José Helfer de Borba e Jorge Renato dos Reis
Subsidiariedade, solidariedade e cooperativismo solidário: entre o público e o privado

Luis Fernando Sgrabossa e Gesiela Iensue
O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias

Gilberto Sturmer e Rodrigo Coimbra
O contrato de trabalho a tempo parcial como instrumento de política de emprego da comunidade europeia

Adrieli Rezende e Glenda Gonçalves Gondim
Ilícito de perigo e ilícito de lesão: repercussões para o direito de danos

Daniela Oliveira Gonçalves e Élcio Nacur Rezende
Função socioambiental da propriedade: a busca por uma determinação pragmática de aferição de cumprimento

Valerio de Oliveira Mazzuoli
Ganhamos a guerra, não a paz

Leilane Serratine Grubba
Por un tribunal de justicia para unasur: la necesidad de una corte de justicia para América del Sur sobre los paradigmas del tribunal de justicia de la Unión Europea y de la Corte Centroamericana de Justicia

Magno Federici Gomes e Fabiana Molinero Marzano
A proporcionalidade e o caráter indenizatório dos alimentos familiares recíprocos

Nº 23 – Novembro/2015

Diego Santana e Osmar Veronese
Comissões parlamentares de inquérito municipalizadas: um direito das minorias a serviço da democracia

Jane Berwanger
A mudança cultural em torno da profissão de doméstico e a necessidade de política de cidadania específica para uma população vulnerável

Bernardo Schmidt Penna
A aplicabilidade da *surrectio* no direito do trabalho brasileiro

Felipe Chiarello de Souza Pinto e Michelle Asato Junqueira
Educação para o desenvolvimento: objetivo do estado democrático e social de direito

Thalita Livia Israel Ferreira e Fernando César Costa Xavier
O congresso brasileiro e a denúncia unilateral de tratados internacionais

Flávio Henrique Franco Oliveira
Dignidade da pessoa humana como fator de desenvolvimento da personalidade

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz e Francisco Carlos Duarte
A universalização do serviço público de saneamento básico e a efetividade do direito fundamental à saúde

Valeria Silva Galdino Cardin, Marcela Gorete Rosa Maia Guerra e Andréia Colhado Gallo Grego Santos
Dos reflexos da crise do direito liberal na atualidade quando do exercício da parentalidade responsável

Ivan Pinheiro de Figueiredo, Marília Guimarães Pinheiro e Ângelo dos Santos Soares
Aspectos jurídicos do racismo no ambiente de trabalho

Patrícia Elias Vieira, Marcos Leite Garcia e Liton Lanes Pilau Sobrinho
A governança ambiental global e a economia de mercado sustentável: o devir para o século XXI

Yury Augusto dos Santos Queiroz e Denise Schmitt Siqueira Garcia
Deslocados ambientais: um conceito ainda desconhecido

William Paiva Marques Júnior
Reflexões sobre a Unasul, a integração Sul-Americana e o novo constitucionalismo democrático Latino-aAmericano

Jacson Roberto Cervi e João Pedro Schmidt
Intersecções entre a política nacional de meio ambiente, mudanças climáticas e energia: desafios e oportunidades

Liliana Locatelli e Suelen Carls
Indicações geográficas: o regulamento de uso e as indicações de procedência

Nº 24 – Maio/2015

Irineu Francisco Barreto Junior e Josiane Machado da Silva
Novas tecnologias e relações de trabalho na sociedade da informação: o teletrabalho

Felipe Stribe da Silva e Luiz Ernani Bonesso de Araújo

Da necessidade de pensar a sociobiodiversidade: aproximações conceituais em prol da proteção jurídica da biodiversidade tropical e do conhecimento dos povos tradicionais

Neuro José Zambam e Salete Oro Boff

Direito das culturas e tecnologia: um debate que integra complexidade, tradição, diferenças e mudanças

Maria Vitória Costaldello Ferreira

O controle da vida: estatuto do nascituro, direitos reprodutivos e biopoder

Marco Antonio Laschiavo Leme de Barros e Maíra Martinelli Rizzardi

O Supremo Tribunal Federal e a argumentação consequencialista

Guilherme Massau e André Kabke Bainy

A cidade como lócus privilegiado: da interculturalidade aos direitos humanos

Watson Andrade de Melo Lira e Fabrício Germano Alves

A culpa concorrente do consumidor pela negligência ao chamado no recall de automóveis

Narciso Leandro Xavier Baeze e Luiz Henrique Maisonnott

Os Direitos Humanos fundamentais e o tráfico humano: a dimensão globalizada do tráfico de mulheres para fins de exploração sexual

Raymundo Juliano Feitosa e Hélio Ourém Campos

Constituição, atividade financeira do Estado e federalismo

Maurilo Miranda Sobral Neto e Luciano Oliveira

Inclusão às avessas: um estudo sobre a relação dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa e as instituições educacionais da região metropolitana do Recife

Luciana Costa Poli e Bruno Ferraz Hazam

Por um constitucionalismo socioambiental: o princípio do buen vivir e o novo constitucionalismo democrático Latino-Americano

Ian Pimentel Gameiro

Direito entre o estado e o estado de direito: revisitando a teoria do direito e do estado de Leon Duguit state

Robison Tramontina e Alexandra Vanessa Klein Perico

A sociedade da informação e o direito fundamental ao trabalho digno do desenvolvedor de programas de computador: análise quanto à titularidade da

propriedade intelectual do software elaborado na vigência do contrato de trabalho ou vínculo estatutário

Diego Pereira Machado

O princípio do promotor natural e a consolidação do sistema processual penal acusatório

Nº 25 – Novembro/2015

Ricardo Andrade Saadi e Diogo de Oliveira Machado

A sociedade busca valores: administração de bens apreendidos e confiscados em processos que apuram corrupção

Anizio Pires Gavião Filho e Cristina Stringari Pasqual

Coisa julgada, segurança jurídica e ponderação

Margarida Maria Lacombe Camargo e Henrique Cunha Rangel

A constitucionalidade do sistema de cotas universitárias: um estudo comparativo entre Brasil e Estados Unidos

Camila Dabrowski de Araújo Mendonça e Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazzi

A solução de controvérsias na União Europeia: o procedimento por incumprimento

Andréa Regina de Moraes Benedetti e Marta Botti Capellari

Legitimidade democrática da lei de anistia: a (im)possibilidade de um acordo político a partir de Jünger Habermas

Viviane Teixeira Dotto Coitinho e Jair Pereira Coitinho

A garantia política dos serviços públicos em Jürgen Habermas

Sinara Camera e José Luis Bolzan de Moraes

Cooperação internacional e possibilidades de realização do direito humano ao desenvolvimento

Luis Renato Vedovato

A garantia do acesso à justiça no direito internacional dos direitos humanos

Graziela Tavares de Souza Reis

As regras do direito internacional humanitário, os incessantes conflitos armados e a possível solução à luz da fragmentação do direito internacional

André Leonardo Copetti Santos, Douglas Cesar Lucas e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Os limites do poder penal do estado e a inconstitucionalidade da redução da maioria penal

Andreia Cadore Tolfo, João Batista Monteiro Camargo e Fabiane da Silva Prestes
O estado, a soberania e os direitos humanos

Nº 26 – Abril/2016

Nuria Belloso Martín

¿Se puede mantener la progresividad y la justiciabilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis?

Marcos Leite Garcia

A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar

Lilian Balmant Emerique, Luiz Eduardo Figueira e Glauber Brittes

Direito e políticas públicas: um diálogo necessário

Jane Lúcia Wilhelm Berwanger e Osmar Veronese

A utilização de períodos laborados em diferentes países como defesa da cidadania

Attila Magno e Silva Barbosa e Juliani Veronezi Orbem

Debatendo a delinquência patronal através da “pejotização” como ilícito trabalhista e penal

Tassiana Moura de Oliveira e Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

Judicialização da política e ativismo judicial: conceitos e o quadro brasileiro

Igor Silva de Menezes

Brevíssimas anotações sobre a contratação de organizações sociais e cooperativas médicas para terceirização da saúde pública e as implicações no plano do sistema meritocrático dos concursos públicos

Bruno Cavalcanti Angelin Mendes

A jurisdição no Estado constitucional

Deborah Aline Antonucci Moretti e Maria Júlia Segatto e Ciscato

A legitimidade ativa no processo civil coletivo brasileiro

Fernanda Silva Abduch Santos e Mário Luiz Ramidoff

Violência de gênero: uma análise sob o prisma do Direito Penal

Paula Rufino Alves Medina Lopes

Emancipação, liberdade e contemporaneidade: a patologia que tem sofrido a política

Nº 27 – Novembro/2016

José Casalta Nabais

Os bens culturais arqueológicos

Fran Espinoza

El dilema de Bolivia: la Élite Cruceña

Fernando Sérgio Tenório de Amorim

A Resolução Online de Litígios (ODR) de baixa intensidade e seus reflexos no direito internacional privado: uma análise da normatividade polissêmica das redes numéricas

Werter R. Faria e Elizabeth Accioly

As perspectivas do acordo de cooperação UE / Mercosul e do cumprimento da sua meta final

Ilzver de Matos Oliveira, Kellen Josephine Muniz de Lima e João Víctor Pinto Santana

O Judiciário como instância de (des)consideração da religiosidade de matriz africana: casos judiciais emblemáticos sobre liberdade e intolerância religiosa em Sergipe

José Ribas Vieira e Rafael Bezerra

Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T-025 E A ADPF 347/DF-Mc

Dirceu André Gerardi

Reclutamiento partidario de alcaldes en el autoritarismo brasileño: el caso de los designados en áreas de seguridad nacional de Rio Grande do Sul

Anair Isabel Schaefer

Adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos: problemas identificados pelo Tribunal de Justiça ao projeto de acordo da União Europeia

Luis Renato Vedovato, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis Pedagoga e Alexandre Andrade Sampaio

Proteção internacional do trabalhador e as políticas migratórias

Joaner Campello de Oliveira Júnior, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

A integração regional e os projetos de infraestrutura na América do Sul

Beatriz Oquendo Pontes e Eduardo Rocha Dias

O Código de Defesa do Consumidor incide na atividade notarial e de registro? Algumas considerações a partir da exigência de integridade e coerência do ordenamento jurídico

Felipe Magalhães Bambirra e Fernanda Busanello Ferreira

Controle popular da atividade minerária e audiências públicas de licenciamento ambiental: legitimidade pelo procedimento

Beclaute Oliveira Silva

Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil

Angelita Maria Maders e Rosângela Angelin

A (não) redução da idade da maioridade penal: uma questão de responsabilidade social

Mara Darcanchy

Do assédio existencial como causa do dano existencial e da redução do trabalho decente da OIT

Nº 28 – Maio/2017

Yamandú Acosta

La conflictiva y nunca acabada construcción de la democracia: entre la religión del mercado y los derechos humanos

Adualdo de Lima Catão

A fundamentação dos direitos humanos: multiculturalismo, liberalismo e a visão pragmatista

José Fernando Vidal de Souza e Orides Mezzaroba

Der rechtspositivismus: die suche nach einem emanzipatorischen paradigma des sozialen konflikts in Brasilien

Silvio Beltramelli Neto e Cesar Henrique Kluge

Controle de Convencionalidade difuso e concentrado em matéria trabalhista nas perspectivas da OIT e do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

Guilherme Camargo Massaué e Fábio Souza da Cruz

A conquista do direito fundamental à moratória

Zaiden Geraige Neto, Ticiani Garbellini Barbosa Lima e Jonatas Ribeiro Benevides

O desafio do acesso à justiça no Brasil e a comparação no direito português

Lucy Arraya

Los principios de Derecho Internacional Público en el Congreso de Viena 1814-1815

Afonso Soares Oliveira Sobrinho, Clarindo Ferreira Araujo Filho e Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

Ética na administração pública e as lógicas de moralidades na relação público-privado no Estado-Cidadão

Fábio Lins de Lessa Carvalho

A proteção do interesse público e a releitura dos princípios da administração pública a partir da atuação de Graciliano Ramos como gestor público

David Barbosa de Oliveira

Militares anistiados e sua distinção: a supressão de direitos decorrente da interpretação e tratamento conferido pelo Ministério da Defesa

Michel Prieur, Grace Ladeira Garbaccio e José Antônio Tietzmann e Silva

Aspects socio-environnementaux des relations de travail dans la post-modernité

Fernando César Costa Xavier

Para além da “vaquejada” e da “farra do boi”: justiça para o Direito dos Animais

Marília Montenegro Pessoa de Mello e Brunna Danielly Souza Ramos

Dialogando com os fatos: quem é preso provisoriamente por tráfico de drogas na cidade do Recife

Charlise Paula Colet Gimenez e Thami Covatti Piaia

O tratamento dos conflitos nas relações de consumo: o caso do fim da banda larga fixa ilimitada

Filipe Lôbo Gomes e Maria Raquel Firmino Ramos

O *stare decisis* no Brasil: análise do RE 572.762/SC e suas repercussões no ICMS

Giovanni Olsson e Eduardo Baldissera Carvalho Salles

O papel dos atores estatais e não estatais no desenvolvimento sustentável global: uma introdução