

# CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

---

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 8 | Número 14 | Janeiro/Junho 2016

# **ABDCONST**

## **ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL**

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST  
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar  
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR  
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167  
E-mail: [abdconst@abdconst.com.br](mailto:abdconst@abdconst.com.br)

*Solicita-se permuta.  
We ask for exchange.  
Pidese canje.  
On demande l'échange.  
Wir bitten um austausch.  
Oni petas intersangam.  
Si richiede lo scambio.*

### Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento  
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.  
Programa de Pós-graduação em Direito  
Vol. 8, n. 14 (jan./jun. 2016) - Curitiba: 2016  
Publicação semestral  
ISSN 2177-8256  
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

#### **Endereço para correspondência:**

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E  
DESENVOLVIMENTO: REVISTA ELETRÔNICA  
DA ACADEMIA BRASILEIRA  
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: [ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br).

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

# CONSELHO EDITORIAL

## **Editor Responsável**

### **Ilton Norberto Robl Filho**

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e UPF. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Pós-doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

## **Editor Assistente**

### **Rafael dos Santos-Pinto**

Graduado em Direito pela UNESP, Mestre em Direito pela UFPR e Doutorando na UFPR.

## **Membros do Conselho Editorial**

### **Antonio Carlos Wolkmer**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC.

### **António José Avelãs Nunes**

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra.

### **Eroulths Cortiano Junior**

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Secretario Geral da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR.

### **Fábio Nusdeo**

Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP.

### **Flávio Pansieri**

Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Presidente do Conselho Fundador da ABDConst. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

### **Ingo Wolfgang Sarlet**

Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha.

### **Luís Fernando Sgarbossa**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

### **Marco Aurélio Marrafon**

Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR.

### **Marcus Firmino Santiago**

Professor do Curso de Direito das Faculdades Espam/Projeção – Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho

### **Mariana Mota Prado**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale.

### **Ricardo Lobo Torres**

Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF.

### **Sabina Grabowska**

Professora de Direito na Universidade de Rzeszow, Polônia. Doutora pela universidade de Rzeszow e Pós-doutora pela Universidade de Lublin.

## Conselho de Pareceristas da Revista da ABDConst

<b>Abraão Soares Dias dos Santos Gracco</b>	<b>Eduardo Biacchi Gomes</b>	<b>José Francisco de Assis Dias</b>
<b>Aldo Muro Júnior</b>	<b>Eduardo Molan Gaban</b>	<b>José Luiz Ragazzi</b>
<b>Alexandre Coutinho Pagliarini</b>	<b>Eleonora Mesquita Ceia</b>	<b>José Renato Martins</b>
<b>Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia</b>	<b>Eliana Franco Neme</b>	<b>Josemar Sidinei Soares</b>
<b>Alexandre Hamilton Oliveira Santos</b>	<b>Eloi Martins Senhoras</b>	<b>Josias Jacintho Bittencourt</b>
<b>Alexandre Morais da Rosa</b>	<b>Emerson Gabardo</b>	<b>Juliana Cordeiro Schneider</b>
<b>Alexandre Walmott Borges</b>	<b>Emilio Peluso Neder Meyer</b>	<b>Julio Pinheiro Faro</b>
<b>Alfredo Copetti</b>	<b>Eneas De Oliveira Matos</b>	<b>Jussara Maria Leal de Meirelles</b>
<b>Alvaro Borges de Oliveira</b>	<b>Érico Hack</b>	<b>Katiucia Boina</b>
<b>Alvaro de Oliveira Azevedo Neto</b>	<b>Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho</b>	<b>Leilah Luahnda Gomes De Almeida</b>
<b>Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci</b>	<b>Eroulths Cortiano Júnior</b>	<b>Leonardo Vieira Wandelli</b>
<b>André Luiz Costa-Corrêa</b>	<b>Everton das Neves Gonçalves</b>	<b>Lilian Márcia Balmant Emerique</b>
<b>Andrea Boari Caraciola</b>	<b>Ezilda Claudia de Melo</b>	<b>Livia Gaigher Bósio Campello</b>
<b>Angela Issa Haonat</b>	<b>Fabianne Manhães Maciel</b>	<b>Luana de Carvalho Silva Gusso</b>
<b>Ângela Maria Cavalcanti Ramalho</b>	<b>Fabício de Assis Campos Vieira</b>	<b>Lucas Abreu Barroso</b>
<b>Antonio Baptista Gonçalves</b>	<b>Fabício Ricardo de Limas Tomio</b>	<b>Lucas Catib de Laurentiis</b>
<b>Antonio Celso Baeta Minhoto</b>	<b>Fausto Santos de Morais</b>	<b>Lucas Catib de Laurentiis</b>
<b>Antonio Gomes Moreira Maués</b>	<b>Fernando Nagib Marcos Coelho</b>	<b>Lucas Gonçalves da Silva</b>
<b>Braulio de Magalhães Santos</b>	<b>Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior</b>	<b>Luciana Costa Poli</b>
<b>Carla Izolda Fiuza Costa Marshall</b>	<b>Germano André Doederlein Schwartz</b>	<b>Luciana Fernandes Berlini</b>
<b>Carlos Bolonha</b>	<b>Geziela Iensue</b>	<b>Luciene Dal Ri</b>
<b>Carlos Victor Nascimento dos Santos</b>	<b>Giovani da Silva Corralo</b>	<b>Luis Fernando Sgarbossa</b>
<b>Carolina Alves Vestena</b>	<b>Gisele Mascarelli Salgado</b>	<b>Luis Renato Vedovato</b>
<b>Cátia Rejane Liczbinski Sarreta</b>	<b>Gustavo Almeida Paolinelli de Castro</b>	<b>Luiz Claudio Araújo Coelho</b>
<b>Célia Barbosa Abreu</b>	<b>Gustavo Rabay Guerra</b>	<b>Luiz Eduardo Anesclar</b>
<b>Christiane De Holanda Camilo</b>	<b>Gustavo Silveira Siqueira</b>	<b>Luiz Felipe Monteiro Seixas</b>
<b>Cláudia Luiz Lourenço</b>	<b>Hamilton da Cunha Iribure Júnior</b>	<b>Luiz Ricardo Guimaraes</b>
<b>Claudio Gonçalves Munhoz</b>	<b>Heder Carlos de Oliveira</b>	<b>Maraluce Maria Custodio</b>
<b>Claudio Smirne Diniz</b>	<b>Heitor de Carvalho Pagliaro</b>	<b>Marcelo Henrique Nogueira Diana</b>
<b>Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira</b>	<b>Henrique Napoleão Alves</b>	<b>Marcelo Lamy</b>
<b>Daniel Francisco Nagao Menezes</b>	<b>Henry Atique</b>	<b>Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes</b>
<b>Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis</b>	<b>Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães</b>	<b>Márcia Jucá Teixeira Diniz</b>
<b>Daniela Rezende Oliveira</b>	<b>Jackelline Fraga Pessanha</b>	<b>Márcio Pugliesi</b>
<b>Delmo Mattos da Silva</b>	<b>Jacqueline de Souza Gomes</b>	<b>Marco Antônio Ribeiro Tura</b>
<b>Demetrius Nichele Macei</b>	<b>Janaína Machado Sturza</b>	<b>Marco Aurélio Marrafon</b>
<b>Diana Carolina Valencia Tello</b>	<b>Jean Carlos Dias</b>	<b>Marcos Alves da Silva</b>
	<b>Jorge Jose Lawand</b>	<b>Marcos Augusto Maliska</b>
	<b>José Carlos Buzanello</b>	<b>Marcos Catalan</b>
	<b>José de Magalhães Campos Abrósio</b>	<b>Marcus Firmino Santiago</b>
		<b>Margareth Anne Leister</b>
		<b>Margareth Vetis Zaganelli</b>
		<b>Maria Da Graça De Moraes Bittencourt Campagnolo</b>

Mário Ferreira Neto  
Martinho Martins Botelho  
Mateus de Oliveira Fornasier  
Micheli Pereira  
Miguel Calmon Teixeira de  
Carvalho Dantas  
Milena Petters Melo  
Monica Bonetti Couto  
Mônica Helena Harrich Silva  
Goulart  
Murilo Melo Vale  
Nelci Lurdes Gayeski  
Meneguzzi  
Nina Tricia Disconzi  
Rodrigues  
Pablo Malheiros da Cunha  
Frota  
Paulo Ricardo Schier  
Paulo Sérgio da Silva  
Phillip Gil França

Rafael de Oliveira Costa  
Rafael Silveira e Silva  
Rafael Tomaz De Oliveira  
Ricardo Aronne  
Ricardo Carneiro Neves  
Júnior  
Ricardo Serrano Osorio  
Rodrigo Fortunato Goulart  
Ronaldo Lindimar José  
Marton  
Samantha Ribeiro Meyer  
Pflug  
Sandra Sereide Ferreira da  
Silva  
Sandro Luís Tomás Ballande  
Romanelli  
Sandro Marcelo Kozikoski  
Sandro Rogério Monteiro de  
Oliveira  
Saulo Bichara Mendonça

Sebastião Neto Ribeiro  
Guedes  
Simone Tassinari Cardoso  
Sonia Barroso Brandão  
Soares  
Sulamita Crespo Carrilho  
Machado  
Sulamita Crespo Carrilho  
Machado  
Sylvio Alarcon  
Tiago Resende Botelho  
Túlio Lima Vianna  
Valéria Cristina Pereira  
Furlan  
Valéria Silva Galdino Cardin  
Vanessa Oliveira Batista  
Bernier  
Vânia Beatriz Rey Paz  
Walter Guandalini Junior

### **Pareceristas que participaram desta edição:**

Alexandre Gustavo Melo  
Franco de Moraes Bahia  
Alexandre Moraes da Rosa  
Alfredo Copetti  
Álvaro de Oliveira  
Azevedo Neto  
Angela Issa Haonat  
Antonio Celso Baeta  
Minhoto  
Diana Carolina Valencia  
Tello  
Ezilda Claudia de Melo  
Fernando Nagib Marcos  
Coelho  
Giovani da Silva Corralo

Jorge José Lawand  
José de Magalhães  
Campos Ambrósio  
Leilah Luahnda Gomes de  
Almeida  
Lilian Márcia Balmant  
Emerique  
Livia Gaigher Bósio  
Campello  
Luiz Felipe Monteiro  
Seixas  
Marco Aurélio Marrafon  
Martinho Martins Botelho  
Miguel Calmon Dantas

Pablo Malheiros da Cunha  
Frota  
Paulo Sérgio da Silva  
Milena Petters Melo  
Ricardo Serrano Osorio  
Samantha Ribeiro Meyer  
Pflug  
Sandro Luís Tomás  
Ballande Romanelli  
Saulo Bichara Mendonça  
Valéria Cristina Pereira  
Furlan  
Valéria Silva Galdino  
Cardin  
Walter Guandalini Junior

### **Editoração**

Karla Kariny Knihs



# EDITORIAL

Publica-se o décimo quarto número (2016, v. 8, n. 14, jan./jun.) da **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Encerrado mais um ciclo editorial o periódico comemora-se a veiculação de trabalhos de excelência e atuais, que remontam a pesquisas de fôlego realizadas por todo o território nacional e com colaboração de professores estrangeiros. Nesta edição reunimos os trabalhos em três eixos temáticos distintos: **a)** Constitucionalismo e instituições; **b)** Direitos fundamentais, eficácia da Constituição e constitucionalismo e; **c)** Interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais.

No eixo “Constitucionalismo e instituições” temos o artigo “The constitutionalists in the Brazilian Estado Novo: notes on the right to strike” de autoria do professor Gustavo Silveira Siqueira, Gabriel Pitta Pinheiro de Souza Melgaço e Viviane Maria de Oliveira, que analisa a doutrina sobre o Direito à greve no Estado Novo brasileiro. O segundo trabalho é de autoria dos professores Alexandre Walmott Borges, Andrey Lucas Macedo Corrêa e Ivette Esis Villarroel, que estudaram “O ativismo judicial pré-Constituição Brasileira de 1988: Análise da Resolução 1841 do Tribunal Superior Eleitoral em 1947 e cassação do registro do PCB”, uma análise histórica sobre o ativismo judicial, tendo como enfoque o célebre caso da cassação do registro do Partido Comunista Brasileiro (PCB). O terceiro artigo publicado neste eixo trata-se de “Transferencias Intergubernamentales en Brasil”, estudo empreendido pelos Professores Luiz Villela, José Roberto Afonso e Ana Calvo, que apresenta dados empíricos sobre as formas de transferência de recursos públicos entre os entes federativos no Brasil. A seguir temos o trabalho “Outsourcing and workers organization - (critical) lessons from Brazil”, de autoria dos professores Alberto Emiliano de Oliveira Neto e Tatyana Scheila Friedrich, que estudam a tercerização do trabalho ocasionada pelo modelo Fordista e Taylorista de divisão do trabalho, observando suas consequências na organização dos trabalhadores. O derradeiro artigo deste eixo é de autoria do professor argentino Mario A. R. Midón, que estuda “Práticas populistas VS. vicissitudes republicanas”, ensaio sobre os conflitos entre as práticas democráticas de massa e os desafios republicanos.

O eixo “direitos fundamentais, eficácia da Constituição e constitucionalismo” reúne em primeiro lugar o artigo “A liberdade no mundo contemporâneo”, de autoria do professor aposentado da USP José Afonso da Silva, um estudo sobre a dimensão normativa da liberdade. O segundo trabalho é de autoria dos professores Ilton Robl Filho e Ingo Wolfgang Sarlet, intitulado “Estado Democrático de Direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade”, sendo pesquisa pautada na jurisprudência e na doutrina sobre os limites da liberdade de expressão no Brasil e no exterior. O artigo seguinte denomina-se “O ‘direito dos banheiros no STF’: considerações sobre o RE nº. 845779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser”, escrito pela professora Maria Eugenia Bunchaft, o qual analisa o precedente criado pelo STF sobre o acesso de pessoas transexuais aos banheiros públicos. Outro trabalho inserido neste eixo é de autoria dos professores Milena Petters Melo e Thiago Rafael Burckhart, que realizaram estudo de constitucionalismo comparado intitulado “Constitucionalismo e meio ambiente: Os novos paradigmas do direito constitucional ambiental no Equador, Bolívia e Islândia”. Por sua vez, o professor Alceu Mauricio Jr redigiu importante texto denominado “O Estado Constitucional e o paradigma social do risco”. Por fim, temos ainda o artigo “O Sistema Tributário Brasileiro e o impacto da tributação indireta na busca pela redução da desigualdade na saúde dos cidadãos com enfoque no Direito à Alimentação”, o qual foi escrito por Antônio de Pádua Faria Junior Ana Carolina de Pádua Faria e constitui-se em estudo tributário com enfoque na efetivação dos direitos fundamentais.

O terceiro e último eixo enfrenta essencialmente a interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais. O primeiro trabalho desta linha é de autoria do professor Claudio Ladeira de Oliveira e Suellen Patrícia Mouraque abordam “O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no controle de constitucionalidade: Ativismo judicial e legitimidade democrática”. O segundo artigo inserido neste eixo é “Origens e fundamentos da Judicial Review: Um berço Americano”, de autoria dos professores Alessandra Garcia Marques e Amir Barroso Khodr, os quais refletem historicamente sobre o surgimento do Judicial Review nos Estados Unidos da América. O terceiro e último “Neoconstitucionalismo no Brasil: Do positivismo à nova leitura constitucional a respeito dos valores”, escrito por Simone Alvarez Lima, que aborda o neoconstitucionalismo como uma transição do positivismo a uma leitura dos valores.

Com os estudos aqui apresentados veicula-se mais uma edição com os objetivos de compartilhar com a comunidade acadêmica estudos de ponta e análises de excelência. Assim, a **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional e seu corpo editorial reiteram votos de bom proveito e excelente leitura.

**Boa Leitura!**

**Ilton Norberto Robl Filho**

*Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:  
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

**Rafael dos Santos Pinto**

*Editor Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento:  
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

# SUMÁRIO

## Artigos Científicos:

**“OS CONSTITUCIONALISTAS” NO ESTADO NOVO BRASILEIRO: UM OLHAR SOBRE O DIREITO DE GREVE**  
**"THE CONSTITUTIONALISTS" IN THE BRAZILIAN ESTADO NOVO: NOTES ON THE RIGHT TO STRIKE**

*Gustavo Silveira Siqueira / Gabriel Pitta Pinheiro de Souza Melgaço / Viviane Maria de Oliveira* ..... 12

**O ATIVISMO JUDICIAL PRÉ-CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: ANÁLISE DA RESOLUÇÃO 1841 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL EM 1947 E A CASSAÇÃO DO REGISTRO DO PCB**  
**JUDICIAL ACTIVISM BEFORE THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION: ANALYSIS OF RESOLUTION 1841 OF THE SUPERIOR ELECTORAL TRIBUNAL IN 1947 AND THE CASSATION OF THE REGISTRATION OF THE PCB**

*Alexandre Walmott Borges / Andrey Lucas Macedo Corrêa / Ivette Esis Villarroel* ..... 33

**TRANSFERENCIAS INTERGUBERNAMENTALES EN BRASIL**  
**TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS NO BRASIL**

*Luiz Villela / José Roberto Afonso / Ana Calvo* ..... 60

**OUTSOURCING AND WORKERS ORGANIZATION - (CRITICAL) LESSONS FROM BRAZIL**

**TERCEIRIZAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DOS TRABALHADORES: LIÇÕES (CRÍTICAS) DO BRASIL**

*Alberto Emiliano de Oliveira Neto / Tatyana Scheila Friedrich* ..... 79

**PRACTICAS POPULISTAS VS VICISITUDES REPUBLICANAS**  
**POPULISTIC PRACTICES VERSUS REPUBLICAN PROBLEMS**

*Mario A. R. Midón* ..... 89

**A LIBERDADE NO MUNDO CONTEMPORÂNEO**  
**LIBERTY IN TODAY'S WORLD**

*José Afonso da Silva* ..... 99

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COM DESTAQUE PARA O PROBLEMA DA SUA COLISÃO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL, COM OS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

**DEMOCRATIC RULE OF LAW AND THE LIMITS OF FREEDOM OF EXPRESSION IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988, HIGHLIGHTING THE PROBLEM OF COLLISION WITH OTHER FUNDAMENTAL RIGHTS, IN PARTICULAR THE PERSONALITY RIGHTS**

*Ilton Robl Filho / Ingo Wolfgang Sarlet..... 112*

**O “DIREITO DOS BANHEIROS” NO STF: CONSIDERAÇÕES SOBRE O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RE n. 845779 COM FUNDAMENTO EM POST, SIEGEL E FRASER/**

**THE “RIGHT TO THE BATHROOM” IN BRAZILIAN SUPREME COURT: CONSIDERATIONS ABOUT THE LUÍS ROBERTO BARROSO’S VOTE ON THE ALLEGATION OF UNCONSTITUTIONALITY NUMBER 845779 BASED ON POST, SIEGEL AND FRASER**

*Maria Eugenia Bunchaft..... 143*

**CONSTITUCIONALISMO E MEIO AMBIENTE: OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL NO EQUADOR, BOLÍVIA E ISLÂNDIA**

**CONSTITUTIONALISM AND ENVIRONMENT: THE NEW PARAGONS OF THE AMBINETAL LAW IN ECUADOR, BOLIVIA AND ICELAND**

*Milena Petters Melo / Thiago Rafael Burckhart ..... 175*

**O ESTADO CONSTITUCIONAL E O PARADIGMA SOCIAL DO RISCO**  
**THE CONSTITUTIONAL STATE AND THE SOCIAL PARADIGM OF RISK**

*Alceu Mauricio Jr ..... 194*

**O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E O IMPACTO DA TRIBUTAÇÃO INDIRETA NA BUSCA PELA REDUÇÃO DA DESIGUALDADE NA SAÚDE DOS CIDADÃOS COM ENFOQUE NO DIREITO À ALIMENTAÇÃO**

**THE BRAZILIAN TRIBUTARY SYSTEM AND THE IMPACT OF THE INDIRECT TAXATION IN THE PURSUIT ON REDUCTION OF THE INEQUALITIES OF CITIZENS HEALTHWITH FOCUS ON FEEDING**

*Antônio de Pádua Faria Junior / Ana Carolina de Pádua Faria ..... 220*

**O MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN E A RESOLUÇÃO DO  
SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:  
ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

**THE JUDICIAL MINIMALISM OF CASS SUNSTEIN AND A RESOLUTION OF FEDERAL  
SENATE IN CONSTITUTIONALITY CONTROL: JUDICIAL ATIVISM AND DEMOCRACY  
LEGITIMACY**

*Claudio Ladeira de Oliveira / Suellen Patrícia Moura ..... 238*

**ORIGENS E FUNDAMENTOS DA *JUDICIAL REVIEW*:UM BERÇO  
AMERICANO**

**THE ORIGINS AND FUNDAMENTS OF THE JUDICIAL REVIEW: AN AMERICAN  
CONSTRUCTION**

*Alessandra Garcia Marques / Amir Barroso Khodr ..... 264*

**NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: DO POSITIVISMO À NOVA  
LEITURA CONSTITUCIONAL A RESPEITO DOS VALORES**

**NEOCONSTITUTIONALISM IN BRAZIL: POSITIVISM OF THE NEW READ  
CONSTITUCIONAL ABOUT THE VALUES**

*Simone Alvarez Lima ..... 300*

**REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS ..... 317**

# “OS CONSTITUCIONALISTAS” NO ESTADO NOVO BRASILEIRO: UM OLHAR SOBRE O DIREITO DE GREVE<sup>1</sup>

"THE CONSTITUTIONALISTS" IN THE BRAZILIAN ESTADO NOVO:

NOTES ON THE RIGHT TO STRIKE

*Gustavo Silveira Siqueira*<sup>2</sup>

*Gabriel Pitta Pinheiro de Souza Melgaço*<sup>3</sup>

*Viviane Maria de Oliveira*<sup>4</sup>

## Resumo

Durante toda a primeira república, juridicamente, a greve era reconhecida como um direito pela doutrina do período, tribunais incluindo o Supremo Tribunal Federal. O Estado Novo considerou a greve um recurso antissocial, nocivo ao trabalho e aos interesses da nação, na Carta de 10 de novembro de 1937. O presente artigo pretende entender como os autores da época interpretavam esta inovação do sistema jurídico. A pesquisa selecionou alguns dos mais relevantes comentadores da Constituição vigente e analisou, em cada produção doutrinária, o posicionamento sobre o objeto de nosso estudo. Com isso, se pretende saber se os autores do período eram fiéis ao texto da lei, ao governo Vargas ou interpretavam o direito segundo sua construção histórica e social.

**Palavras-chave:** Direito de greve. Legitimidade. Legalidade. Fascismo. Getúlio Vargas. Legalismo.

## Abstract

During the first republic, the right to strike was legally recognised as a right by the doctrine of that period, by courts including the Supreme Court. The Estado Novo considered strike harmful to workers and interests of the nation, in the 1937 Constitution. This article seeks to understand how the authors of that time interpreted this legal system innovation. The research has selected some of the most important commentators on the Constitution in force and analysed each jurisprudential production. Thus, it aims at comprehending whether the authors of that period were

<sup>1</sup> Artigo submetido em 07/04/2016, pareceres de análise em 28/06/2016, 22/07/2016 e 05/08/2016, aprovação comunicada em 19/08/2016.

<sup>2</sup> Adjunct Professor at the State University of Rio de Janeiro Law faculty - UERJ and researcher with a productivity fellowship from CNPQ. E-mail: <gustavosiqueira@uerj.br>.

<sup>3</sup> Graduated at the State University of Rio de Janeiro - UERJ law faculty - research field: Theory and Philosophy of Law. E-mail: <gabriel.melgaco@uerj.br>.

<sup>4</sup> Historian by the Federal University of Rio de Janeiro - UFRJ and bachelor in Law at the State University of Rio de Janeiro - UERJ law faculty - CNPQ Technical Support Scholar. E-mail: <vivianemoliveira@yahoo.com.br>.

faithful to the law text, to Vargas' government or, still, whether they interpreted the law according to their social and historical construction.

**Keywords:** Right to strike; legitimacy; legality; fascism; Getúlio Vargas; Legalism.

**Sumário:** 1. Introduction; 2. The right to strike and the 1937 Constitution; 2.1. The Authors; 3. Conclusion; 4. References.

## 1 INTRODUCTION

During the First Republic, strike was legally recognised as a right (SIQUEIRA; AZEVEDO, 2013, p. 68-84) by the doctrine of the period, courts including the Supreme Court (SIQUEIRA; AZEVEDO, 2013, p. 68-70). From 1935, the National Security Act criminalised, for the first time in the history of Brazil, the peaceful strike. Laws of the Estado Novo (Articles 18 e 19, Law 38, enacted on April 4<sup>th</sup>, 1935), period which began in November 1937 and lasted until mid-1945, considered the strike an anti-social resource, harmful to work and interests of the nation's interests, the Constitution granted on November 10<sup>th</sup>, 1937 (See article 139 of the 1937 Constitution).

This article aims at understanding how the authors of that period, by emphasising their publications in comments on the Constitution, interpreted this legal system innovation. The hypothesis tested aimed at understanding whether the authors of that period were faithful to the text of the law or whether they interpreted the law according to their social and historical conception.

The research selected some of the most important writers on the 1937 Constitution and analysed, in each jurisprudential production, their position towards strike. Theoreticians as Antonio Almeida de Figueira, Araújo Castro, Augusto Emillio Estellita Lins, Julio Barata, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda and Helvecio Xavier Lopes contributed significantly to the research. Also deserved special attention, the analysis of Francisco Luis Campos Silva's thought (CAMPOS, 2015), author of the Constitution.

This article aims at analysing the legal thinking on the right to strike in the Estado Novo, limiting our sources to these authors' works and confrontating their bibliographies to the current legal system. The legal thought does not contain in itself

all the legal experience of strike (SIQUEIRA, 2011) in the Estado Novo<sup>5</sup>, but allows a better understanding of how jurists were related to the 1937 Constitution and its innovations.

The research intends to investigate whether they simply reproduced the constitutional text or took into account the history and sociology of the right to strike and other social issues to justify its prohibition or not.

## 2 THE RIGHT TO STRIKE AND THE 1937 CONSTITUTION

The criminalisation of violent strike was under Brazilian law since 1890 (SIQUEIRA, 2015, p. 91), the promulgation date of the Republican Penal Code. The peaceful strike was only criminalised in 1935, with the enactment of the National Security Law<sup>6</sup>. It is important to bear in mind that, from the 30s, the authoritarian ideas gained space and sympathy around the world. Such ideology reduces the individual importance by giving precedence to concepts of nation and race represented by an autocratic government, centered on the figure of a dictator. The Estado Novo's doctrine proposed the concentration of power in the state, as being considered the only institution capable of ensuring national cohesion and promote public welfare. There are significant similarities of the authoritarian doctrine with common aspects of the Estado Novo (FGV/CPDOC).

The Constitution of November 10<sup>th</sup>, 1937 was influenced by European (BERCOVICI, 2003, p. 230) authoritarian constitutions and the inspiration for strike ban came from the Portuguese Constitution of 1933.

Article 139 of the 1937 Constitution prescribed that (LINS, 1938)<sup>7</sup>:

"Art. 139 – To settle disputes arising from the relationship between employers and employees, regulated in the social legislation, the Labor Court is established. The

<sup>5</sup> In another article we research the right to strike in the Estado Novo, in addition to legal doctrines: Siqueira (2015, p. 226-253).

<sup>6</sup> Art. 19. Inducing employers or employees to cease or suspend work for reasons unconnected to work conditions. Penalty – From 6 months to 2 years in prison cell. Brasil. Law n. 38 of April 4<sup>th</sup>, 1935. Retrieved on October 15<sup>th</sup>, 2015, from <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0038.htm)>.

<sup>7</sup> **Constituição Portuguesa de 1933:** Article 39. In economic relations between capital and labour is not permitted the suspension of activities by either parties in order to enforce their interests.

Labour Court is regulated by law and the Constitutional provisions relating to jurisdiction, recruitment and prerogatives of common jurisdiction do not apply to it. (Brazil, 1937)

The strike and lockout are considered anti-social resources harmful to labour and capital and incompatible with the superior interests of national production. "

The labour courts, which emerged in 1939 (Decreto-Lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939), did not served as a stage for the strikers conflict during the Estado Novo (SIQUEIRA, 2015, p. 226-253). A great part of conflicts over the right to strike occurred in police stations and were repressed by police battalions. The study of authors´ period aims at understanding how the criminalisation of peaceful strike, a novelty in Getúlio Vargas´ government, was legitimised by the legal doctrine.

## 2.1 The Authors

Antonio Almeida de Figueira<sup>8</sup> is the author of "The Constitution of 10<sup>th</sup> November explained to the people" (ALMEIDA, 1937). His work, the Constitution of November 10<sup>th</sup>, was published by the Department of Press and Propaganda (DIP)<sup>9</sup>, and its purpose was to extol the Estado Novo regime. According to Leonardo Pinheiro Mozdzenski, Almeida's work inaugurates the creation and dissemination of the so called "legal booklet" to the people (ALMEIDA, 1937, p. 1226), a text that was intended to easily explain the legal text to people. The rhetoric made by Antonio Almeida de Figueira, according Mozdzenski, consists of "in the quotation of law stretches (in this

<sup>8</sup> Antonio Almeida Figueira was born in the city of Barra Mansa, in the State of Rio de Janeiro, in 1892, and died in 1950. He was a historian, jurist, writer, graduated in Law, professor, Education Technicians, Secondary Education inspector and member of Fluminense Academy of Letters. See on: Meirelles (2014).

<sup>9</sup> The DIP was a body originated from the former Department of Propaganda and Cultural Diffusion (DPDC) of 1934, and consisted of a kind of official propaganda machine of the state. The Estado Novo did without a legitimisation mechanism, and the creation of its own propaganda machine was the formal means of forging this legitimacy, with the creation of the DIP and Getúlio Vargas´ glorification as a father of the poor. The DIP was essential for Getúlio Vargas, who took power without the existence of any partisan support, so Vargas needed to strengthen his image among the population. Therefore, the head of the Federal Executive Power needed to have under his control an agency to manage the official publicity surrounding your image. The main investment effort was in the direction towards workers, hence the most important measures of Vargas were focused in the field of Labour Law, resulting in the labour market structure and investment in innovations in this sphere of labour relations. Thus, among other functions, it was also DIP´s assignment to approach the President to people.

case, of the Constitution), followed by a 'translation', i.e. an explanation in a supposedly simpler language." As other booklets published by DIP, the work is full of patriotic and legal- political "clichés", seeking to obfuscate the repressive character "of the Constitution. In this way, it is therefore not surprising that the book is dedicated "to President Getulio Vargas – founder of the Estado Novo”

If the function of legal booklet was to instruct layman citizen, the work "Constituição de 10 de Novembro explicada para o povo" served as a Vargas government instrument to propagate its ideology and strengthen respect to that legal system.

About the content, Almeida, the article 136 of the 1937 Constitution would be the inspiration of all Brazilian labour law (ALMEIDA, 1937, p. 128).

"Art 136 – Work is a social duty. Intellectual work, technical manual and is entitled to protection and special state concern. Everyone is guaranteed the right to stand by their honest work and this, as the individual subsistence means, is a good that is the state's duty to protect, assuring him favorable conditions and means of defense." (Art. 136, *in verbis*, Constituição Brasileira de 1937).

It is essential to be careful in interpreting the author gives this legal rule. It is that work is a social duty, ie only one who works does his duty to society. In this sense, the work ceases to be an individual right and becomes a duty. Labor relations do not respect the interests of workers, but of society. This change of interpretation retired worker the legitimacy of fighting for decent work, placing it in state hands, in the form of a duty to protect and create mechanisms for their defense. Thus the legitimacy for the defense of workers' rights was the state and not the worker.

The work of social duty becomes the essence of the legislation. Therefore, for the author, the strike by result in work stoppage an antisocial resource is understood, since, for the settlement of disputes between employers and employees, the Constitution already provided a special justice, "fast nature". In this line, it would be inadmissible to accept the strike and lock-out. Almeida's argument is clear by saying that such "resources have no reason to be and should be treated as being of anti-social nature." (ALMEIDA, 1937, p. 124).

When developing concepts of freedoms such as the expression to reject the right to strike, Antonio Almeida de Figueira is categorical by saying that this freedom

can not be used arbitrarily to promote disorder and cause fights among citizens, which allows one to understand it as a working mass control tool and socio-political movements.

Yet the arbitrary use of the free expression of thought within democracy would occur by distribution of roles, rumors, clandestine pamphlets and even foreign newspapers which would disseminate false news in order to create confusion in the public's mind leading possibly the people to riot or revolution.

Thus, according to Almeida, it would be authorities' responsibility to prevent the occurrence of such facts (ALMEIDA, 1937, p. 101), by censorship and even by prohibition of dissemination, representation and circulation of newspapers, stage plays, films and radio broadcasts, when necessary (ALMEIDA, 1937, p. 100).

Antonio Almeida Figueira points out to the importance given to trade union organisation, recognised by the State as a legitimate categories representation of workers and employers, being a bridge communication to the State, in defense of their rights before this and other professional associations, as provided by article 138 of the 1937 Constitution. According to the author "If there was only one union to legally represent the production category for which it was made, there would be differences among unions and these could not carry out their destiny's purpose (ALMEIDA, 1937, p. 124).

From Antonio de Almeida Figueira's work analysis, one observes a justifying stance on new state actions. The author stated that in the name of national sovereignty power, its defendable ideas and rules would be beneficial to workers, facilitating labour relations from the construction and development of a political organisation and from centralised public authority.

If Almeida's work intended to achieve the status of legal doctrinal work, it did not surpass the level of being Vargas regime's ideological-political pamphlet. Moreover, by being the strike a forbidden provision of the regime's Constitution, his conclusion could not be different: the strike is harmful and should be combated.

Raimundo de Araujo Castro<sup>10</sup> is the author of "The 1937 Constitution" (CASTRO, 1938). The author stresses that the 1937 Constitution deviates, in some

---

<sup>10</sup> Raimundo de Araújo Castro was federal judge in Maranhão, General Director of the Ministry of Agriculture in 1912, and the National Labour Council member in 1923. See on: TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO MARANHÃO; Retrieved on June 20<sup>th</sup> 2014 from <http://www.tre->

points, from the 1891 and 1934 Constitutions, by establishing indirect election for the office of President of the Republic, by creating the National Economic Council as a Legislative and Public Administration advisory body, as well as by adopting a single court for all cases decision. The author also points out to innovations in relation to education, aiming at ensuring protection and youth's improvement (local power struggle between church and military forces)<sup>11</sup>, as an effective element of work and moral and civic formation directed to fulfillment of duties to the fatherland (CASTRO, 1938, p. 5-6). The author also deals with sensitive issues for constitutionalism, such as concepts of nation, state, people, sovereignty, etc., in addition to support the thesis that individual freedom was not violated by the laws which restrict the free locomotion of those who threaten the peace, welfare or safety of other members of society (CASTRO, 1938, p. 269).

In relation to the Labour Court, the author recognises the importance of its institution to resolve the conflict between forces of production, "Capital versus Labour" disputes, and to settle conflict between providers and service users. For him, there was an intense desire for justice in these sectors, within the capital city and other parts of the country, and all this required a permanent judicial organisation, able to develop quickly the cases brought to its assessment and decision (CASTRO, 1938, p. 326).

In regard to the right to strike, Araújo Castro faithfully reproduced the Constitution's article, without reservations or comments. So, the absence of comments allows a number of problematisations, but noting that the text of the book repeats the Vargas's speech when introducing the Estado Novo, it can be inferred that the fact of not commenting means simply to confirm. On the other hand, for discussion purposes, one can keep in mind that the author, unlike the previous one, whether he did not agree with the criminalisation of the right to strike, or whether he was discouraged from expressing an opinion against the regime, for whatever reason, kept certain doctrinal modesty and did not capitulated completely, encouraging further reflection.

---

ma.jus.br/institucional/conheca-o-tre-ma/breve-historia-do-tribunal-regional-eleitoral-do-maranhao> Data de acesso: 20 de jun de 2014; LE RÉFÉRENTIEL DES AUTORITÉS SUDOC; Retrieved on February 10<sup>th</sup>, 2016 from:<<http://www.idref.fr/autorites/autorites.html>>.

<sup>11</sup> These power groups held more conservative positions in educational debates, and were advocates of educational principles consistent with Estado Novo's social policy, which involved order, discipline, and family and homeland's exaltation. For details about, see: Schwartzam (1984).

Augusto Emilio Estellita Lins<sup>12</sup> wrote "The New Constitution of the United States of Brazil" (LINS, 1938) and intended to demonstrate, according to his views, which the 1937 Constitution's articles had been inspired by other countries' laws, from a serie of comparisons, tables and analysis of articles and orthographic sentences contained in the Constitution's article.

Regarding the strike, as stated in the article 139 of the 1937 Constitution, the author asserts that the inspiration was the article 39 of the 1933 Portuguese Constitution (LINS, 1938, p. 129). For Lins, when Brazilian law restricts the right to strike and lock-out, just followed a "modern trend sketching" (LINS, 1938, p. 391).

In relation to the establishment of labour courts<sup>13</sup> by the 1934 Constitution, which, according to him, would be the place to resolve disputes between employers and employees, he cites the decree law n. 39 of December 3<sup>rd</sup> 1937, which gave the tribunal of labour disputes the power to deal with cases, until the creation of the Labour Court.

However, what the right to strike concerns, Augusto Lins Estellita also appealed to the French doctrine, citing Cloude Hoche, emphasising that the French drew a parallel between the right to strike and war. According to Cloude Hoche's interpretation, the role of the state would neither keep nor suppress the war, but only "ensure" that public order was not disturbed and that the individual rights and freedoms were not injured. According to Lins, the 1937 Constitution was not indifferent in relation to its protective functions of individual rights and freedoms by recognising the harmfulness of the strike and lock-out, "in the face of both capital and labour" (LINS, 1938, p. 392). Lins received the influence coming from other dictatorial constitutions in the 1937 Brazilian and defended the use of state power to deal with social conflicts.

---

<sup>12</sup> Augusto E. Estellita Lins was born in 1892 in the city of Recife. He studied law and social sciences at the the University of Rio de Janeiro, School of law, current Faculdade Nacional de Direito (FND), when it was a free School, graduating in 1915. Augusto Lins was a lawyer, journalist, poet, speaker and member of the Academy of Letters, Member of the Historical and Geographical Institute of Espírito Santo (IHG), Press Association and Association of lawyers, all these were institutions in Espírito Santo. Also, was mayor of Itapemirim, in the state of Espírito Santo, from 1922 to 1924, and later was state deputy for two terms, one from 1929 to 1930 and the other from 1935 to 1937. He was Professor of Constitutional and Administrative Law at Victoria Law School and had several publications in journals such as The maul, Fon Fon, Free Land and Canaan. He published eight books of poetry, five literary prose and three books of law. For more details, see on: DEPARTMENT OF TREASURY OF THE STATE OF ESPÍRITO SANTO. Space Burle Marx. Retrieved on june 30<sup>th</sup> 2014, from <<http://www.sefaz.es.gov.br/painel/vultos75.htm>>.

<sup>13</sup> HOCHÉ, Claude. *La Responsabilité de l'État et des Comunes dans le Grèves d'Occupation*, p. 13 e 19 *apud* LINS, 1938, p. 392.

He sought other argumentations, in addition to the legal line of reasoning, to justify the prohibition of the right to strike. This should be prohibited not only by law but also for social reasons.

Lins defended his position on the basis of totalitarian systems. As not all countries in the 30's and 40's decades adopted totalitarian regimes, one can probably say that the author sympathised with this political system thought, only by naturalising the Brazilian legal system and by making clear the influence of positivism on his arguments. There is an attempt to justify the law by demonstrating supposedly that the present time is the natural way of the historical process, in a false historical linearity, leading to a supposed progress, in an evolutionary history conception to culminate in the head of a legal system (LINS, 1938, p. 27-29).

Júlio de Carvalho Barata<sup>14</sup> was the author of "The Spirit of the New Constitution" (BARATA, 1938), and he justified Getúlio Vargas's coup in 1937, by arguing that the Parliament had already been dissolved, so it was up to the President to endorse a new constitution on November 10<sup>th</sup> 1937 (BARATA, 1938, p. 27-29). Then, the author asserted that the law should be tangible, malleable and plastic and should suffer adjustments according to environment changes and progress of the people (BARATA, 1938, p. 20).

---

<sup>14</sup> Júlio de Carvalho Barata was born in Manaus in 1905 and died in Rio de Janeiro in 1974. He studied law and social sciences at the University of Rio de Janeiro, School of Law, and undertook his PhD studies in philosophy and classical literature at the State University of Guanabara. In 1926, he began his journalistic career going to work as a writer in the *Gazeta de Notícias*, where he stayed until 1928. In 1929, he became director of the *Jornal do Comércio* of Santos (SP), and two years later Júlio Barata returned to Rio de Janeiro to be the director of the morning newspaper "A Batalha". At that time, he was a member of the *Ação Social Brasileira*, (Brazilian Social Action), the political movement of fascist inspiration which was founded in Rio Grande do Sul by J. Fabrino in the early 1930s and was extinct soon after its creation. In 1938, he was admitted as a Latin teacher at *Colegio Pedro II* and as professor of logic at the Faculty of Philosophy of Rio de Janeiro. Also in 1938, he left the direction of the newspaper *A Batalha*. In 1940, Júlio Barata was appointed by Getúlio Vargas to manage the broadcasting division of the *Departamento de Imprensa e Propaganda* (DIP) and resigned his post in 1942. From there on, Júlio Barata integrated the US Nelson Rockefeller businessman's offices, Nelson Rockefeller was coordinator of the Inter-American Relations for propaganda planning, becoming pan-american, which he headed the Brazilian section of the Coordination of Inter-American Affairs until 1944. He was Minister of *Tribunal Superior do Trabalho* (Labour Superior Court -TST) in 1960. His management was focus on the homogenisation of cultural diffusion by radio and he defended publicly of the need for radio's social sanitation. He was Minister of Labour and Social Welfare during *Medici's* government (1969-1974). As a writer, he wrote in 1934 "Artur Bernardes's word." The second edition of "The Spirit of the New Constitution" came out 25 days after the first. He had extensive publication production on unionism. He was also known for writing texts in national newspapers on the relationship between the Catholic Church, Integralism and the *Estado Novo*. See more at: Velloso, Monica Pepper. *Intellectuals and the New State political culture*. Rio de Janeiro: FGV-CPDOC, 1987, p. 25. Retrieved on October 14<sup>th</sup>, 2015 from <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/julio-de-carvalho-barata>>.

According to Júlio Barata the 1937 constitution was more democratic than the previous one, as it repealed the errors which had plagued the old Republic, improving the regime and aligning it to legitimate conception and tendency towards genuine democracy (BARATA, 1938, p. 37).

Júlio Barata did not mention the article about the right to strike and little debate on issues arising from labor relations. There is a general idea in the book that the 37 Constitution, was something specifically Brazilian, and not a compilation of foreign laws. It was a specialised recipe for Brazil, in a diametrically opposite understanding to Augusto Estellita Lins, for example, who tried to show that the 1937 Constitution was actually a kind of patchwork quilt which had brought ideas of various constitutions, reflection of a modern evolution.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda<sup>15</sup> is the author of "Commentary on the Constitution of November 10<sup>th</sup>, 1937" (MIRANDA, 1938) and intended to expose the new Constitution to lawyers, judges, politicians and schools, as he warned in the opening pages of his work himself. No doubt, it is the densest and the most elaborate work on the 1937 Constitution. There are several comparisons with the 1934 and 1891 constitutions as well as several references to other countries constitutions.

According to Pontes de Miranda, in the 1937 Constitution, the trends coming from correcting the steps taken in the early years of the Republic Proclamation had been reinforced. So he asserted that the new constitution was also the daughter of the 1934 Constitution, from which it inherited principles, thus, being a source for the 1937 constitution (MIRANDA, 1938, p. 9).

According the author, the 1937 Constitution was born in unfavorable circumstances in a structure which symbolised a real breakthrough in the political country's life, representing, in fact, a strong centralisation of power in the figure of the chief executive, ie the President of the Republic, from arise of fear of the red danger between 1935 and 1937, as well as exacerbation of economic and political individualism.

---

<sup>15</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda was born in Maceió in 1892 and died in Rio de Janeiro in 1979. He graduated in law at age 19, at the Faculty of Law of Recife, in 1911. He was professor of the National University, the University of Recife and Judge of the Court of Justice of the Federal District until 1939, when it was transferred to the diplomatic service. He was also a philosopher, mathematician, lawyer, sociologist and Brazilian writer. See more at: LETTERS ACADEMY OF BRAZILIAN. Biography: Miranda Bridges. Available at: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=276&sid=130>> Date of access: 01 jul 2014.

The 1937 Constitution, according to Pontes de Miranda, has not precisely expressed itself in relation to ideological conflicts around the class struggle, however, it intended to prevent class struggle solution based on violence, which would put the entire nation under an imminent civil war. Thus, one of the main purposes of that constitution was to suppress movements which would probably endanger national unity (MIRANDA, 1938, p. 173). The allusion, existing in Constitution preamble, to a possible communist infiltration was linked to the threat of an escalating and uncontrollable violence which could probably turn into a civil war. There was a capital's concern to safeguard national sovereignty. Pontes de Miranda believed in "political (elective) inability of the mass population" in Brazil (MIRANDA, 1938, p. 166), and, according to him, the Constitution, despite all appearances in regard to the union activity, was less fascist than the 1934 Constitution. Pontes de Miranda believed that "fascist elements appear as a possibility for administrative structuring and as a program to be held". One would not say that concentrated power is itself sufficient to characterise the fascism of the 1937 Constitution, as this concentration is common to contemporary authoritarian solutions, whether fascist or not fascist" (MIRANDA, 1938, p. 165).

According to Pontes Miranda, the article 122 of the 1937 Constitution was one of its central texts. Thus, no law could be interpreted contrary to the dictates of that article. The article 122 described the rights and individual guarantees (MIRANDA, 1938, p. 375).

In Pontes Miranda's point of view, the article 122 contained absolute right which exists regardless of which government is in power (MIRANDA, 1938, p. 375) which would comprise *jus gentium*, and could not be violated by the State. The author gives an example: freedom of conscience, association, religion, among others. However, Pontes Miranda states that the right to strike was not one of these rights, and the Constitution may ban those rights without violating *jus gentium*. Thus, the State "would have a constitutional expression power" which would not have in relation to those other rights (MIRANDA, 1938, p. 375).

According to Pontes Miranda, the text of the 1937 Constitution placed duties before rights. In the chapter "The economic order", specifically in the article 136, it was said that "work is a social duty." This one has the right to protection and special state concern. The guarantee of surviving of one's work should be guaranteed to all, thus

constituting a good and it is State's duty to protect it. The author pointed out that this constitutional position was a displacement, with the result of being more programmatic than the 1934 Constitution. Even with the difficulty in the structure of State's purpose, the Charter would be able to ensure the implementation of major policy agendas (MIRANDA, 1938, p. 383).

Pontes Miranda attempted a systematic interpretation of the constitutional text. He was strict in establishing the text structure and the legal scope of the rights within this framework. The right to strike – different to, according to Pontes, the right to association and assembly – was banned and this ban was a constitutional power.

Helvecio Xavier Lopes<sup>16</sup> published the article "The strike and the lock-out` as anti-social resources" (LOPES, 1938) in *Forense* magazine by the year 1938. The author distinguished colligation of association. The association would have a lasting character and the colligation would be momentary. This would be the result of a previous agreement among employees or among employers in order to make changes to working conditions. Association would have an indirect end to be attained through a continuous action (LOPES, 1938, p. 489). The colligation leads to strike and assumes a disagreement between employers and workers.

According to Helvécio Lopes, in the history of labour law, it appears that not all the colligations were admitted peacefully and, especially the workers were banned and severely punished. However, the author saw colligations as inevitable. For the worker, it would be the only way to get better working conditions, whereas isolated, he/ she could not demand a higher income compared to the income offered in the employment contract, or impose changes in certain conditions. Thus, the employee would be forced to accept employer's rules. That would be the explanation of why colligations were born spontaneously in a milieu where there was social relationship among workers, even at the risk of suffering the penalties imposed by law (LOPES, 1938, p. 489).

---

<sup>16</sup> Helvecio Xavier Lopes studied law at the Law School of Recife, and was part of the committee formed by the Minister of Labour, industry and trade, Waldemar Falcão, for the preparation of project drafts that resulted in Decree-Law no. 1237, 1939, establishing the Labour Court, in Decree-Law no. 1346, 1939, which reorganised the National Labour Council; and also the regulations of the Labour Court and the National Labour Council in Decrees 6596 and 6597, of 1940 respectively. See at: *Diário das Leis, Portal de Legislação*. Retrieved on September 25<sup>th</sup> from <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/192037-autoriza-o-governo-para-mandar-admittir-a-exame-das-materias-do-1-ano-da-faculdade-de-direito-do-recife-o-alumno-ouvinte-do-mesmo-ano-helvecio-xavier-lobes.html> and Steinke, Adriane Lemos. The emergence of the first organs of labour courts in the world. In: *Ambito Jurídico*. Retrieved on September 27<sup>th</sup>, 2015 <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5018](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5018)>.

The author made a general approach on the right to strike and pointed out that some authors regarded the strike as characteristic and general social fact of the nineteenth century. However, Helvecio stresses the existence of workers' movements with striker character even before the nineteenth century, based on their own history of law.

Helvecio Lopes also recognised that it was the free enterprise which generated the social phenomenon of the strike. This work freedom, combined with the prohibition of colligations and professional associations, led to the employer's hegemony, against which only extralegal or anarchic resistance manifestations of workers were possible. In the second half of the nineteenth century, the freedom to work associated with the permission for professional associations, led to a form of proletarian resistance against collective cessations of work. Such movements could not be regarded as illegal as they were constituted by a reaction against the ideology of the principle of freedom and work and expressed themselves with basis on the recognition professional association freedom (LOPES, 1938, p. 489-490).

According to the author, the recognition of the right to strike represented the maximum achievement of the proletariat in the nineteenth century. Liberalism reserved to the State the role of social conflicts spectator, only coming to intervene to safeguard or protect the threatened individual freedom (LOPES, 1938, p. 489-490). In the context of the economic order, the strike was an unusual fact that disturbed the free flow of natural laws, and harmful to the economy of all classes involved in this antagonism (LOPES, 1938, p. 490). The author also explained the origin of the word strike, mentioning the workers' meeting at the Place de Grève, in Paris, when they abandoned their work (LOPES, 1938, p. 490).

Modern strike had been conceptualised as a collective and concentrated suspension of work, with working initiative, in one or more companies, factories or branches of work, in order to achieve goals of professional or political order, or even protest against certain employers and government's measures among others (LOPES, 1938, p. 490).

Helvecio Lopes points out that it is a mistake to link the concept of modern strike to those which occurred in the past. At other times, strike was the cessation of work by some workers of a factory in order to put pressure on the industry. In the 30s, the concept of strike has another meaning. The work stoppage at that time included

workers of all production branches, in order to reach the public and, finally, put pressure on the boss, or even on the Congress (LOPES, 1938, p. 490).

Thus, strike started to have repercussions beyond those originated by the conflict, as it extended to other activities, and it came to destabilise the economic life of the nation. Some examples have been cited as the strike in public transport and energy supply companies, in which the biggest losers were not the companies' directors or shareholders but rather the general public, including the workers (LOPES, 1938, p. 490).

Therefore, strike received the following ratings: legitimate or illegitimate; partial or total; direct or indirect; of sympathy or political and legislative solidarity; symbolic; general corporativist or general revolutionary.

Consequently, legitimate strike would be the one that takes place without contradicting the legal precepts; and illegitimate is the opposite of this. The total strike includes all employees of the same industry, and if the strike comprises only a part, it will be partial. Direct strike only affects the workers and the employers involved in the conflict; and the indirectly strike involves other groups of workers who join the strikers with the intention to increase pressure on employers. The strike of sympathy or solidarity, political and legislative is inspired by solidarity with one or more workers in collective negotiations or which is intended to put pressure on the government or parliament. The symbolic strike occurs when through work cessation, workers seek to carry out a demonstration of force. Corporate general strike a particular industry branch or profession in order to improve their working conditions. And finally, the revolutionary strike is one that aims at abolishing the capitalist system (LOPES, 1938, p. 491).

Finally, the strike has been compared to a war of employees against employers and that could have adverse results for the working class itself, when unwisely declared. The legislative interventions, aimed at preventing or pacifying the collective conflicts, were considered useful. According to the author, such interventions before being taken as causes of workers' impoverishment, they would be a contribution to wages increase, as it was observed until the crisis of 1920 (LOPES, 1938, p. 491-492).

Helvecio Lopes argued that the strike kept close relationship with increased economic activity and, in relation to this issue, he stressed that "the number of strikes increases in times of economic prosperity and growing demand for work; and decreases in times of stagnation and crisis" (LOPES, 1938, p. 492)

The author acknowledged that the strikes were the only means that workers had to get better working conditions in the economic freedom regime. The economic and social repercussions of strikes led to state intervention in the field of individual relations, contributing to the construction of a labour legislation targeted to assist and protect the economically weaker (LOPES, 1938, p. 492).

However, strike was still seen as an illegal phenomenon that, in the Modern State, which was characterised by state interventionism, it was admissible, but not justified (LOPES, 1938, p. 492-493). Since even with practical advantages brought about to the proletariat in times when their rights were denied, strikes caused injury to the industry, higher industry's expenses, which finally reached negatively strikers themselves.

Lopes believes that despite the recognition of the right to strike's legitimacy, it is argued that this phenomenon is always accompanied by illegal activities, either by physical or moral coercion exerted on workers who do not agree either with the motion or by unpeaceful ending or by boycott or sabotage (LOPES, 1938, p. 493).

As states the author, the right to strike in domestic law is related to the law of war in International Law. The war was justified because it was a means to defend or restore the violated law in the absence of other possible means, given the poverty or the weakness of those in the international society. The strike, thus, was justified by being a means of defending workers' demands in a society that lacks other more effective means. The war laws, such as social laws on strike, were designed to contain violence of these struggles (LOPES, 1938, p. 494).

In relation to the Constitution of November 10<sup>th</sup>, 1937, and the establishment of labour courts to settle conflicts among employees and employers, regulated in social legislation, the author said that the legitimacy of strike or lock-out (LOPES, 1938, p. 494) had also not been recognised.

The art. 139 of the Constitution provides that strike and lock-out are antisocial and harmful resources to labour and capital, and, therefore, incompatible with superior interests of the national production. It is noteworthy to mention that before this device, there was the Decree No. 21396 of May 12<sup>th</sup>, 1932, establishing the Joint Committees Conciliation to settle collective disputes between employers and employees.

Helvecio Lopes participated in the Labour Justice Project, and he himself stated in the article (LOPES, 1938, p. 495) that individual or collective disputes should be taken to the Labour Justice and submitted to preliminary conciliation. In the absence of agreement, the conciliatory judgment would necessarily turn into arbitration, giving the court decision that would be like a sentence. This project prescribed penalties for employers in case of labour disputes with their respective employees, if employers suspended work in their establishments with basis on their own premises without prior competent court's authorisation. Likewise employees who abandoned the service or collectively disobeyed the regulations in force or the work's conventions, without prior permission of the competent court, would be punished.

Helvecio Lopes' article is peculiar: he made an historical, social and legal approach to the right to strike. One can observe that the author sought historical and social arguments to justify the right to strike, referring to law criminalisation only when the discussion on the legal aspect is made, due to the bodies of labour justice. Whether law is a social and historical construction, one can observe that criminalisation of the right to strike, as it is indirectly demonstrated by Helvecio Lopes, it is a negative legislation aspect, which breaks with the prior rights order and with the construction of history's rights. In this sense, Estado Novo's dictatorship would be a violation system of established rights.

Francisco Luís da Silva Campos<sup>17</sup> is the author of “Estado Nacional” (CAMPOS, 2015), published originally during the Estado Novo. Campos grounded and justified the need for dictatorship, and defended that democracy was an unrealistic and inadequate system of government to address the problems of his time. According to the author, the 30 Revolution was only really effective on November 10<sup>th</sup>, 1937, date of the new Constitution and the date in which labour laws had organic composition and national cohesion to production and work elements (CAMPOS, 2015, p. 63).

---

<sup>17</sup> Francisco Luis da Silva Campos was born in Dores do Indaiá, in the state of Minas Gerais, in 1891, and died in Belo Horizonte in 1968. He studied at the Faculdade Livre de Direito in Belo Horizonte, initiated his studies in 1910 and graduating in 1914. He was a lawyer, university professor (in 1920 and, in 1921, he taught philosophy of law and public law and, in 1924, as federal deputy, he took over the professor's chair of philosophy of law, exercising it intermittently until 1930), state deputy in Minas Gerais, federal by the State of Minas Gerais, president of the Inter-American Juridical Committee, Minister of Justice and the coordinator of the legal framework draft in which it the Estado Novo was supported, including the 1937 Constitutional Charter (of which he was almost the exclusive author) and the reform of the main codes and Laws of the time. Retrieved on November 15<sup>th</sup>, 2015 from <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/francisco-luis-da-silva-campos>>.

The 1937 Constitution, according to Francisco Campos, contained the spirit of progress and reform, without which it would not be possible to communicate its own policy, which would lead to higher end achievements (CAMPOS, 2015, p. 86). According to the author, the 1937 Constitution had a single power (CAMPOS, 2015, p. 125-126) with several powers and one Power, given the realities of a country like Brazil. The constitution recognised ideals and values, which are indisputable, for being a condition of national life (CAMPOS, 2015, p. 127). This is, undoubtedly, a publication in defense of the measures undertaken by the Estado Novo.

However, the biggest Campos' debate on the right to strike is concerning motives' explanation of the 1940 penal code's special part. The Minister Francisco Campos explained the need to update the penal text in order to contemplate "new criminal legal definitions with which the industry and technical progress enriched the list of criminal comminations." (Brasil. Decreto-lei nº 2.848/1940). Thus, for example, they are followed in the title "Crimes against work" with provisions that criminalise strike.

The new Penal Code, in 1943, brought a special title, "crimes against freedom of work". According to Campos, the liberal idea of "a Code that" supply its own interests in the way that seems best to it, and can only intervene when the free action of each affects the rights of others" with the consequent non-criminalisation of strike and "all bloodless and peaceful means in the struggle between the proletariat and capitalism" was not allowed by the 1937 Constitution. This "proclaimed the legitimacy of state intervention in the economic domain" to "address the weaknesses of individual initiative and coordinate the factors of production, in order to avoid or to resolve their conflicts and to introduce the interest of Nation's thought in the game of individual competitions".

Thus, according to Campos, with the labour courts' institutionalisation "to settle the disputes between labour and capital", "it becomes incompatible with the new political order the arbitrary exercise of employees an employer's own reasons". In other words, the establishment of labour courts was the argument to criminalise strike.

Francisco Campos stressed that "legal protection is no longer granted to freedom of work itself, but to organisation of work", "not only inspired by the defense and adjustment of individual rights and interests, but also, and especially, in greater sense, by the common good of all."

In this sense, "offensive or not to individual freedom, all disturbing actions of the legal system, with respect to work, is illicit and subject to penalty sanctions, whether within administrative law or criminal law."

The arguments are sophisticated and perfectly appropriate to dictatorship. In this sense, the reasoning had already been adopted by the aforementioned authors: the strike is not justified by reason of labour courts' creation.<sup>18</sup> The protection of the collective rights must prevail over the protection of individual rights. The liberal rights did not make sense in an authoritarian state.

### 3 CONCLUSION

Strictly statutory interpretation was commonplace among jurists. Except for Helvécio Lopes, most authors do not problematise the prohibition of the right to strike considering the social point of view or the law history. For most authors, the interest of the individual worker must concede in relation to State. The work is a positive good for society and only the state could, by instruments and actions, act to settle conflicts involving workers and employers. The strike is not seen as a worker's right, but as a manipulative and destabilising resource of the regime.

The influence of fascist ideals is clear, especially when the authors state that the constitutional laws of states which embraced fascist ideals are fruits of modernity, or a "historical development". There are, at least, sympathy with the values of Vargas' regime, especially in relation to the idea to make the state intervention in order to protect "work" and by claiming that the people were not able to conduct themselves.

Pontes de Miranda is one of the authors who made a systematic and legal interpretation of the text. The richness of his legal interpretation can be problematised when compared to other authors: Estellita Lins used comparative law and sociological arguments to describe and support the criminalisation of the strike. Helvecio Lopes sought historical, social and legal arguments to interpret the prohibition, although it is the only one that recognises the legitimacy of this right, but believed that the structure of the labor courts were able to resolve conflicts, removing thus the need of recognising the strike.

---

<sup>18</sup> Such an argument was used to remove the right to strike in the 1934 Constitution, see at: Siqueira (2014, p. 312-327).

Francisco Campos, besides the legal reasoning, he brought strong political arguments to surface. It is what one can learn from his considerations in “Exposição dos motivos no código penal”, in relation to the right to strike, one of the most enthusiastic not only about the Vargas regime, but also about the fascist ideology of the period.

Nevertheless, the legal argument is preponderant for most authors. It seems that the final decision always falls to the positive law: Helvecio Lopes exemplifies and tries to support the right to strike in the history and with sociological arguments, but he accepted the legal argument that positive law is sovereign. Francisco Campos may be the exception, despite the fact that the legal argument has great force, the author of the 1937 Constitution, knew that the revolution created a new legal system. For him, law represents the supreme power’s creation. Therefore, strong political arguments for establishment or criticism of any legal system were needed.

So what can we say about the "constitutionalists", in relation to the right to strike, in the Estado Novo, were they legalistic? Or were getulistas? The answer is not easy, because one can not distinguish if the authors defended the Vargas regime for agreeing with its ideology, or if they adhere to the Estado Novo’s thought in order to support Vargas. Those who were getulistas could simply adhere to the legality imposed by the Vargas regime, and those who were not getulistas, although sympathetic to authoritarian regimes, they found the ideal conditions of "pressure and temperature" to disseminate their ideas freely, without fear or obligations to the government.

Francisco Campos, in this period, was presented as a getulista and authoritarian. Still, Pontes de Miranda, and others, demonstrated sympathy to the thought of the Estado Novo, but it was not clear if the construction of legal arguments concerning the right to strike was related to a defense of Vargas regime or if it kept alignment with the authoritarian thought, in which the State had predominance over the individuals. Others, perhaps, could only be authoritarian in an authoritative regime or simply alterable voices by the strong wind of the Estado Novo regime.

Thus, as an ongoing research, new questions are raised: What is the law ruling in force in a dictatorship? And as these constitutionalists interpreted the 1946 Constitution which constitutionalised the right to strike for the first time in Brazilian history. Had they changed their minds with the coming of the new constitution?

#### 4 REFERENCES

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Biografia:** Pontes de Miranda. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infolid=276&sid=130>>. Acesso em: 01 jul. 2014.
- ALMEIDA, Antônio Figueira de. **A Constituição de 10 de Novembro explicada ao Povo**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa e Propaganda, 1937.
- BARATA, Júlio. **O Espírito da Nova Constituição**. Rio de Janeiro, 1938.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>.
- Brasil. **Decreto-lei nº 2.848 de 07/12/1940 / PE** (D.O.U. 08/12/1940). Retrieved on September 30<sup>th</sup>, 2016 from <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939**.
- BERCOVICI, Gilberto. Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). On.: BITTAR, Eduardo C. B. **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003.
- CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: Sua estrutura. Seu conteúdo ideológico**. eBookLibris. Retrieved September 1st, 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>>.
- CASTRO, Araújo. **A Constituição de 1937**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.
- FGV/CPDOC. Retrieved on April 6<sup>th</sup>, 2016 from <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/EstadoNovoFascismo>>.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. 1. ed., 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- LINS, Augusto E. Estellita. **A Nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. José Cofino: Rio de Janeiro, 1938.
- LOPES, Helvecio Xavier. A gréve e o “lock-out” como recursos anti-sociais. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, 1938, LXXIII, fascículo 417.
- MEIRELLES, Heloisa Helena. **O Ensino Secundário nos anos 30**. Sítio eletrônico do ISERJ. Disponível em: <<http://cemiiserj.blogspot.com.br/2007/08/o-ensino-secundario-anos-30.html>>.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 10 de Novembro de 1937**. Rio de Janeiro, Irmãos Pongetti, 1938;
- MOZDZENSKI, Leonardo Pinheiro. A formação sócio-histórica do gênero cartilha jurídica. In.: 4<sup>o</sup>. **SIGET – Simpósio Internacional de Estudos e Gêneros Textuais**, 2007, Tubarão (SC). Anais... SIGET. Tubarão (SC): Universidade do Sul de Santa Catarina, 2007;
- SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Espaço Burle Marx. Disponível em: <<http://www.sefaz.es.gov.br/painel/vultos75.htm>>. Acesso em: 30 jun. de 2014.
- SCHWARTZAM, Simon *et al.* **Tempos de Capanema**. São Paulo: Paz e Terra/EDUSP, 1984.
- SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **História do direito pelos movimentos sociais: cidadania, experiências e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil, 1906)**. / Gustavo Silveira Siqueira. Tese, Belo Horizonte, 2011;

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Experiências de greve no Estado Novo. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 06, N. 11, 2015, p. 226-253;

SIQUEIRA, Gustavo et ali. The Right to Strike in the debates of Constituent National Assembly of 1933-1934. **International Journal of Political History and Legal Culture**. Rio de Janeiro: vol. 6, no.2, May-August, 2014, p. 312-327.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira e AZEVEDO, Fátima Gabriela Soares. O Tratamento Jurídico da Greve no Início do Século XX: o direito e a violência na greve de 1906. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 4, n. 4, 2013, pp. 68-84.

SIQUEIRA, Gustavo, AZEVEDO, Fátima Gabriela Soares, RODRIGUES, Júlia. O Direito de Greve nos Debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro: vol. 6, n.2, maio/ago., 2014, p. 312-327.

SCHWARTZAM, Simon *et al.* **Tempos de Capanema**. São Paulo: Paz e Terra/EDUSP, 1984 (Estudos brasileiros, 81).

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO MARANHÃO. Disponível em: <<http://www.tre-ma.jus.br/institucional/conheca-o-tre-ma/breve-historia-do-tribunal-regional-eleitoral-do-maranhao>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

# O ATIVISMO JUDICIAL PRÉ-CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: ANÁLISE DA RESOLUÇÃO 1841 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL EM 1947 E A CASSAÇÃO DO REGISTRO DO PCB<sup>1</sup>

JUDICIAL ACTIVISM BEFORE THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION: ANALYSIS OF RESOLUTION 1841 OF THE SUPERIOR ELECTORAL TRIBUNAL IN 1947 AND THE CASSATION OF THE REGISTRATION OF THE PCB

*Alexandre Walmott Borges<sup>2</sup>*

*Andrey Lucas Macedo Corrêa<sup>3</sup>*

*Ivette Esis Villarroel<sup>4</sup>*

## Resumo

O objetivo do artigo é descrever como o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial manifestavam-se em período anterior à constituição brasileira de 1988. A pesquisa tem como objeto a Resolução nº 1841 do Tribunal Superior Eleitoral, no ano de 1947. A decisão judicial cassou o registro político do Partido Comunista Brasileiro – PCB. As fontes de pesquisa são fontes documentais e bibliográficas. O artigo foi estruturado com a contextualização sobre o que são a judicialização da política e do ativismo judicial. Após esta contextualização, analisa-se a decisão da Resolução nº 1841, 1947, do Tribunal Superior Eleitoral de forma

<sup>1</sup> Artigo submetido em 25/07/2016, aprovação comunicada em 26/07/2016.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela UFSC. Doutorando em História pela UFU. Professor dos programas de pós-graduação em Direito, Gestão Organizacional e Biocombustíveis da UFU. Advogado, OAB-MG. Pesquisador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – Lattes: <LAECC/PPGD-UFU. <http://lattes.cnpq.br/6465037595208646>>. E-mail: <walmott@ufu.br>.

<sup>3</sup> Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia-Brasil com período de mobilidade internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Bolsista de iniciação científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico e bolsista de mobilidade internacional pela Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – LAECC/PPGD-UFU. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1367144773413373>>. E-mail: <andreyucas93@hotmail.com>.

<sup>4</sup> Cursante do Programa de Pós-Doutorado em Direito, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e Bolsista PNPd-CAPES. Doutora em Direito Internacional (Universidad de València, Espanha); Diploma em Estudos Avançados (DEA, Universidad de València, Espanha); Mestrado em Direito Internacional Privado e Comparado (Universidad Central de Venezuela, Venezuela); Especialização em Direito Bancário (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela) e Graduação em Direito (La Universidad del Zulia, Venezuela). Pesquisador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – LAECC/PPGD-UFU. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9361071010985824>>. E-mail: <ivette.esis@gmail.com>.

crítica para apresentar os fenômenos da Judicialização da política e do ativismo judicial. O resultado apresentado é a de que a decisão é demonstração de ativismo judicial. A conclusão do artigo é a de que o fenômeno do ativismo judicial tem ocorrências no sistema brasileiro antes de 1988, com interferências no processo político-eleitoral.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Cassação do PCB. Judiciário e processo político.

### Abstract

The purpose of this article is to describe how the phenomenon of judicialization of politics and the judicial activism could be demonstrated in period prior to the 1988 Brazilian Constitution. The research has as object the Resolution No. 1841, a judicial decision Superior Electoral Court, in the year of 1947. The Court's decision revoked the Brazilian Communist Party (PCB)'s political registration. The research comprises documentary and bibliographical sources. The article was structured with the contextualization of what are judicialization of politics and judicial activism. After this contextualization, it is intended to analyse critically the decision, Resolution No. 1841, 1947 of the Superior Electoral Tribunal in order to present the phenomena of the Judicialization of politics and judicial activism. The result is that the decision is a judicial activism demonstration. The article's conclusion is that the judicial activism phenomenon occurred in the Brazilian system before 1988, with interference in the political electoral process.

**Keywords:** Judicial activism. Forfeiture of the PCB. Judiciary and political process.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Judicialização e ativismo judicial; 3. Contextualização histórica do Partido Comunista Brasileiro de 1922 a 1947; 4. Análise da Resolução 1.841 do Tribunal Superior Eleitoral e o ativismo judicial; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estudar a incidência do fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial em um contexto pré-constituição brasileira de 1988. Para tanto, busca-se como foco de análise a Resolução nº 1841 do Tribunal Superior Eleitoral que, no ano de 1947, cassou o registro político do Partido Comunista Brasileiro – PCB. A escolha do caso em estudo justifica-se pela natureza intrinsecamente ideológica que motivou os juízes daquele tribunal a cassarem o registro político do PCB. Analisa-se a ocorrência de forte ativismo judicial, fugindo da normatividade eleitoral constitucional e legal da época, buscando seus alicerces em outras dimensões que permeavam o debate e os embates político e ideológico da época. O contexto mundial à época era marcado pela e mistificação do fenômeno de expansão dos regimes comunistas e pela expansão do poderio político e militar da União Soviética – URSS.

O artigo, estruturado pelo método indutivo, busca demonstrar que o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial está fortemente presente na prática jurisdicional do Brasil já na primeira metade do Século XX. O trabalho está estruturado em um debate inicial sobre a judicialização da política e do ativismo judicial, buscando delimitar as diferenças e congruências entre os conceitos e realizar uma crítica ao paradoxo que ambos os fenômenos apresentam, qual seja, como conciliar o ativismo frente à estruturação institucional do Estado Democrático de Direito em especial frente à teoria da Separação dos Poderes em conflito com a afirmação de direitos, sobretudo aqueles de dimensão fundamental (direitos sociais e direitos individuais).

Após essa análise o artigo apresenta uma breve reconstituição histórica do Partido Comunista Brasileiro e passa a analisar a Resolução nº 1841 do Tribunal Superior Eleitoral de forma crítica para apresentar os fenômenos da Judicialização da política e, nesse caso, conseqüente ativismo judicial.

## 2 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

### 2.1 Apresentação e crítica dos conceitos

É fundamental buscar uma clara diferenciação dos fenômenos da Judicialização e do Ativismo Judicial. No entanto, essa separação de conceitos não busca o isolamento dos dois fenômenos tendo em vista a intrínseca relação de ambos, sobretudo no contexto atual de maior juridificação do contexto político-social. A juridificação pode ser entendida como um processo de aumento da normatização da sociedade por meio da qual busca-se maior controle social pelo Estado. Esse fenômeno gera, como consequência, maior movimentação da função jurisdicional, tendo em vista não só o aumento dos conflitos, mas também o aumento das incertezas/incongruências provocadas pelo ordenamento jurídico posto. Em Habermas esse processo é entendido como uma nova forma de “colonização” da sociedade (HABERMAS, 1984, p. 357), já no contexto brasileiro, o processo de juridificação é entendido como uma manifestação de *substitucionismo*<sup>5</sup>, onde a

<sup>5</sup> Refere-se ao entendimento de que o judiciário, diante do contexto social, deve substituir o executivo e o legislativo na função de transformação social, buscando mitigar os danos que possam ser provocados pela inércia na produção e efetivação de políticas públicas.

sociedade entende o judiciário como ponto de partida para um processo de “regeneração social”, conforme exposto por (SORJ, 2006, p. 151).

Superado o conceito de juridificação, passa-se a analisar a diferenciação e a inter-relação entre o ativismo judicial e a judicialização da política. Analisando sob uma ótica consequencialista, a judicialização da política pode ser encarada como uma consequência do processo de juridificação, mas estudado especialmente sob uma perspectiva política, preponderantemente às dimensões de efetivação de políticas públicas e criminalização. A judicialização da política representa o debruçamento jurisdicional sobre um conjunto de matérias sob as quais o Judiciário, simplesmente, não possui controle, representando dimensões preexistentes em relação à sua atuação/atividade, refletindo-se como razões de ordem político-sociais que podem ser pensadas de diversas maneiras para além da estrita dimensão jurisdicional.

Já o ativismo judicial apresenta uma natureza diversa, um centro diverso da judicialização da política. O ativismo se relaciona como uma ação do órgão jurisdicional no sentido de alterar certos contextos político-sociais. Esse interesse é, necessariamente, valorativo, ou seja, situa-se no âmbito da subjetividade individual, podendo ser conservador ou progressista. Como resultado têm-se algo semelhante à judicialização da política, ou seja, o Poder Judiciário atuando por motivação política. Ratificando esse entendimento, Garapon apresenta um conceito de ativismo que sugere a existência de uma diferença por níveis entre judicialização da política e ativismo judicial: “*o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar*” (GARAPON, 1998, p. 54).

Segundo o entendimento adotado, é possível realizar duas análises do fenômeno: uma de natureza técnica e outra de natureza ideológica. Em uma dimensão mais técnica é importante assinalar o posicionamento de Luís Roberto Barroso, para o qual o ativismo judicial representa

uma participação cada vez mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder

Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 283-284).

Para além dessa dimensão técnica de análise, o fenômeno do ativismo judicial é essencialmente ideológico<sup>6</sup>, dessa forma, vinculado às dimensões políticas do “ser” julgador e seu contexto social, político e econômico. Essa dimensão é amplamente analisada estatisticamente<sup>7</sup> por Pierce Jr.:

Every study of circuit court decisions that has looked at the question has found that ideological preferences help to explain patterns of decisions in cases in which courts review agency actions. Most studies found large ideologically-based differences in outcomes. Remarkably, three of the studies had identical findings with respect to the explanatory power of the ideological preferences of judges. Each of the three found that a circuit court panel was 31% more likely to uphold an agency action when the action was consistent with the ideological preferences of the members of the panel than when the action was inconsistent with those preferences. Thus, ideology is by far the most important of the explanatory variables that have been studied” (PIERCE JR, 2010, p. 10).

Dessa forma, parece-nos que existe uma diferenciação e inter-relação do ativismo judicial e a judicialização da política. Voltando à ótica consequencialista, o aumento do processo de judicialização é entendido como consequência do processo de juridificação da sociedade, enquanto isso, o excesso de judicialização da política pode provocar um aumento de decisões ativistas, mas, mesmo sem nenhum processo de judicialização podemos encontrar decisões ativistas. Portanto, trata-se, na essência, de fenômenos distintos. Além disso, é importante constatar que o crescimento da judicialização da política provoca, em contrapartida, em um aumento da responsabilidade no julgamento. Diante disso, conclui-se que a judicialização envolve aspectos que são, em linhas gerais, próximos àqueles que caracterizam o ativismo mas, naquilo que a diferencia do ativismo, mostra uma inserção maior do judiciário no jogo ou dinâmica da interação política (ZAULI, 2010, p. 7-11).

<sup>6</sup> Caso clássico para ilustrar essa afirmação é a decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal Brasileiro que, em decisão que contraria frontalmente o inciso LVII do art. 5º, considerou que é constitucional no caso de condenação confirmada em segunda instância a execução provisória da pena (BRASIL, 2016). Essa decisão marca uma mudança de pensamento frente a atuação da corte nos últimos anos, nos quais ela era enxergada como progressista e inclusiva, gerando a falsa impressão de que o ativismo apenas caminha no sentido da efetivação de direitos.

<sup>7</sup> Nos alinhamos na dimensão exposta por Han (2014) na afirmação de que as dimensões estatísticas não bastam e podem apresentar dimensões distorcidas para a análise da realidade social. As estatísticas não são mais que uma ferramenta para o estudo das dimensões sociais, entre as quais os fenômenos do Direito estão incluídos.

Nesse âmbito de análise, adota-se uma perspectiva diversa para analisar o fenômeno do ativismo judicial pois, na realidade sócio-jurídica surge um paradoxo muito importante, qual seja: ao mesmo ponto que o ativismo possa apresentar uma dimensão de fratura institucional, ele também tem se demonstrado, em muitos casos, como a única forma de efetivação de uma série de dimensões de direitos. Pautado nesse paradoxo, não se busca uma análise valorativa do fenômeno, pelo fato de que a racionalidade jurídico-institucional de matriz liberal pautada, em grande medida, em (RAWLS, 1993), não responde ao contexto de sociedade posta. Diante dessa constatação, e diante da impossibilidade de se organizar uma sociedade em uma lógica essencialmente institucional, insurge apenas a alternativa de repensar a forma de organização institucional do Estado, e conseqüentemente, da função jurisdicional, para superar o paradoxo entre a efetivação de direitos e a ruptura institucional. Dessa forma, não se busca um posicionamento valorativo com relação ao tema do ativismo judicial, busca-se, pois, evidenciar que essa tomada de posição significa um direcionamento do discurso ora na predominância da afirmação de direitos independentemente da organização estatal ou a supremacia institucional frente aos cidadãos. Esse paradoxo demonstra o abismo existente entre a dimensão institucional posta e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, serve de termômetro para uma análise muito mais ampla, que deve buscar o repensar do Estado e do Direito em conexão com o sistema social.

Além disso, o “ser” juiz não pode ser entendido como o mais razoável dos cidadãos conforme sugere a doutrina liberal, que busca transferir em parte ao juiz o *status* de “primeiro cidadão” como no Príncipe de Maquiavel (1999), aquele ser capaz de utilizar a razão de forma mais aguçada para “guiar” a sociedade. Antes pelo contrário, o juiz está inserido no jogo social, agindo sobre ele várias perspectivas, dentre as quais merece destaque as emoções e a ideologia, que servem, em parte para explicar o fenômeno das decisões ativistas.

## 2.2 Debate frente à teoria da separação dos poderes

Os temas ativismo judicial e judicialização da política têm sido objeto de observação pela teoria política e pela teoria constitucional também no âmbito da teoria da separação dos poderes. As abordagens procuram tratar os temas ativismo e

judicialização como problemas funcionais e institucionais, dentro da linha central de que o ativismo e a judicialização são formas adotadas pelas instituições políticas do Estado, que determinam certos padrões de funcionamento institucional. Assim, o ativismo e a judicialização são formas de assunção de competências, prerrogativas ou funções por certas instituições estatais, no caso o Judiciário, em contraste, ou em supressão, ou com a assunção das ou às prerrogativas de outras instituições, como o legislativo, a administração pública/Executivo (POLI, 2013, p. 183-185; RAMOS, BUGLIONE e ROESLER, 2009, p. 8-11; CONTINENTINO, 2012, p. 142-145).

Em muitos momentos, as observações da teoria constitucional e da teoria política realizam uma abordagem que se aproxima de análise quantitativa. Esta análise quantitativa utiliza o pressuposto de que a separação dos poderes se faz de forma “*more geometrico*”<sup>8</sup>, tal como se as instituições tivessem círculos ou campos definidos, originais, de competências e prerrogativas. Assim, as observações realizadas sobre o exercício funcional das instituições tomam como pressuposto o arbitramento de quantidades de competências ou prerrogativas. O ativismo e a judicialização são medidos por quantidades de prerrogativas ou funções assumidas pelo Judiciário<sup>9</sup>.

Estas abordagens têm a dificuldade estrutural de definir as medidas ou os quadrantes nas quais as prerrogativas e competências de cada órgão ou poder. As abordagens tomam certas definições de competências como essenciais ou naturais. Assim, as perspectivas destas abordagens supõem a estabilização e a imobilidade de algo como quadras ou círculos funcionais e de competência de cada órgão ou poder do Estado. Em complemento à naturalização e à essencialidade, tais abordagens também apresentam a divisão funcional e de competências como realidade objetiva,

<sup>8</sup> Tradução de “maneira geométrica”. Trata-se de processo utilizado sobretudo durante a Renascença para edificar construções e criar obras de arte; assim, também a caligrafia, e logo a seguir a tipografia, foram sujeitas às «proporções ideais». Desenharam-se de *more geometrico* caracteres de belas proporções, produtos do raciocínio matemático-lógico da época.

<sup>9</sup> O pressuposto desta visão de distribuição de competência repousa, em última análise, na obra de Montesquieu (MONTESQUIEU, 2011). Todavia, a aplicação dos conceitos de Montesquieu às formas de organização do Estado contemporâneo precisam de mediação, ou seja, o encontro com a realidade atual, não se podendo atribuir os desenhos institucionais às teorizações do autor (SOUZA JR., 1980, p. 18-21). Nas palavras de Ville: ‘*The “doctrine of the separation of powers” is by no means a simple and immediately recognizable, unambiguous set of concepts. On the contrary it represents an area of political thought in which there has been an extraordinary confusion in the definition and use of terms. Furthermore, much of the specific content of the writings of earlier centuries is quite inappropriate to the problems of the mid twentieth century*’ (VILLE, 1998, p. 6). Uma abordagem sobre o surgimento da divisão de poderes pode ser encontrada em James McClellan (MCCLELLAN, 2000, p. 347-354).

dada como suma e sem qualquer inquirição maior de origem. Tratam a distribuição de competências e funcionalidades dos órgãos ou poderes como limiares sem necessidade de questionamento da procedência.

Como tais abordagens definem a partida essencial, natural e objetiva de competências e funcionalidades dos órgãos estatais, a tomada de todas as possíveis derivações é considerada alteração de substância, ou câmbio de padrões estáveis. O questionamento que se faz é se as distribuições funcionais e de competência realmente têm tal núcleo ou suma objetiva. Na verdade, não há essencialidade ou natureza objetiva de tais competências. Como J. D. Ville (2013) mostra, as divisões funcionais e de competência decorrem de vários fatores. As histórias e formações nacionais determinam ordens de distribuição variadas, e com variações temporais significativas. Não há o essencialismo sobre a distribuição de poderes (VILLE, 1998, p. 6-19).

De outro lado, há observações sobre o ativismo e a judicialização com a natureza de análise qualitativa, tomando como pressuposto novamente a ideia geral da teoria política de quadrantes de divisão de poderes porém com sentidos de inércia e ação. Nesta abordagem porém, o ativismo e a judicialização são exteriorizações positivas ou negativas de instituições triunfantes e de instituições derrotadas (SILVA, 2013, p. 167-168). A judicialização representa a assunção de misteres políticos pelo Judiciário, em triunfo ao Executivo e ao Legislativo. O pressuposto da análise também envolve a variável de que a assunção de misteres políticos pelo Judiciário é, simultaneamente, a submissão de campos políticos à forma processualizada e judicializada (RIBEIRO, 2013, p. 26-30). Em algumas dessas abordagens, a conclusão é a de que há eficiência e efetividade de certos órgãos, preenchendo vazios ou deficiências funcionais de outros - o Judiciário assume porções em função da ineficiência do Executivo e do Legislativo (VASCONCELOS, 2013, p. 158-162).).

Após discorrer sobre o cenário e o estado da discussão do ativismo judicial e a judicialização, vai-se ao outro ponto de discussão: como caracterizar as ações do Judiciário? A caracterização supõe que há como definir o avanço no campo de competências de outros órgãos estatais – judicialização e ativismo; a assunção de outras prerrogativas que não aquelas adrede relacionadas à função do judiciário; a produção de decisões sobre conteúdos que não são objeto de decisão ou deliberação do judiciário.

Um dos objetivos desse trabalho é realizar uma análise do ativismo judicial em em caso anterior à Constituição Brasileira de 1988. A maior parte das análises sobre ativismo ou judicialização da política tomam como ponto de partida temporal a redemocratização e a constitucionalização da década de 80. Com certa frequência, a judicialização e o ativismo são vistos como acomodações institucionais e funcionais pós-ditatoriais. Não poucas vezes, as abordagens do ativismo e da judicialização são apresentadas como fenômenos inéditos das transformações sociais e políticas do fim do século XX (BARBOSA, 2010, p. 129-131). Há, utilizando-se deste mesmo corte temporal, algumas abordagens que realizam a associação entre democratização e maior participação do judiciário. Essas abordagens fazem a associação entre o ativismo e a judicialização com o advento do regime democrático após a ditadura brasileira de 64-85. No revés, períodos autoritários são períodos de menoridade da ação do judiciário e, nas abordagens correntes, o período autoritário da dimensão temporal é o período da ditadura de 64-85 (RAMOS, BUGLIONE e ROESLER, 2009, p. 10-11). Dessa forma, ratifica-se o entendimento já apresentado de que mesmo com baixa judicialização há a existência de decisões ativistas. A questão é que esse ativismo em tempos de Estados de exceção revestem-se, por pressões da censura ou pela ideologia, como sendo ferramentas justificantes de posicionamentos do regime.

Além disso, é possível realizar rica análise frente ao conceito de democracia e quais os papéis das cortes, sobretudo as constitucionais, dentro desses parâmetros. Nesse sentido, existem três perspectivas que merecem destaque: Ronald Dworkin defende que os tribunais constitucionais sejam “fóruns de princípios”, funcionando como uma instituição com caráter revisional das normas (constitucionais e infraconstitucionais) pautado por decisões majoritárias onde os princípios devem exercer enorme influência, sobretudo em dois aspectos: a moralidade política e a afirmação e preservação dos direitos das minorias (DWORKIN, 1996, p. 26; 2000). No entanto, a visão do autor merece críticas pelo caráter dado ao juiz constitucional, o qual em Dworkin, adquire a constituição de entidade praticamente dissociada do indivíduo. Essa dissociação elegantemente colocada parece ignorar a importância preponderante das emoções, da ideologia e até da ordem de nascimento no nicho

familiar<sup>10</sup> como fatores que desvelam a falácia do juiz Hércules. No entanto, para além da crítica a Dworkin existem outras construções doutrinárias que mostram-se totalmente dissociáveis de uma prática possível, como por exemplo Raoul Berger que defende uma ciência jurídica apenas esteada nos fatos: “*Jurisprudence is the science of law, and a jurist must be faithful to the facts*” (BERGER, 1997, p. 1102). Também merece destaque, pela repercussão, a perspectiva de Waldron, que não confere aos juízes a legitimidade necessária para ser ativista, devendo as questões mais profundas com relação a mudanças sociais e princípios políticos serem dadas pelo Parlamento (WALDRON, 2003; 2010). Para além disso, o autor afirma que existem algumas condições para que o sistema proposto funcione: as instituições políticas em vigor devem ser razoavelmente representativas, as instituições judiciais devem ser capazes razoavelmente de um bom funcionamento, deve haver um comprometimento com a ideia de direitos fundamentais para as minorias e, por fim, deve haver a divergência razoável e duradoura sobre o significado dos direitos. Waldron apresenta essas condicionantes pois sabe que existem enormes limitações no Parlamento para a garantia dos direitos das minorias, tendo em vista que a democracia material, apesar de amplamente debatida, está longe de ser uma realidade institucional. No entanto, tais condicionantes não são e nunca foram verificadas institucionalmente e socialmente, dessa forma, o modelo de Waldron perde sua validade prática, pois assenta suas bases em dimensões que ainda residem no âmbito da teoria.

### 2.3 A especificidade do ativismo judicial no âmbito político

O fenômeno do ativismo judicial, conforme observado, está longe de ser monolítico, abarca várias ferramentas e procedimentos. O núcleo para caracterizar uma decisão ativista já está demarcado e não muda, mas os casos nos quais existem decisões ativistas sim. Entre as várias dimensões jurisdicionais possíveis de sofrer decisões ativistas estão em destaque aquelas que se referem à salvaguarda de

---

<sup>10</sup> Sobre esse assunto vide o bem elaborado trabalho de Sulloway que analisou, pautado na ordem de nascimento, todas as decisões da Suprema Corte Estadunidense e encontrou um padrão de conservadorismo e progressismo pela ordem de nascimento dos juízes. Em linhas gerais, os caçulas tendem a ser mais progressistas enquanto os primogênitos mais conservadores (SULLOWAY, 1995; 2015; 1999).

direitos e garantias fundamentais individuais (sobretudo de cunho liberal) com menos destaque a outras dimensões de jurisdição, como a garantia de direitos fundamentais sociais e difusos e; a atuação na delimitação política do jogo democrático.

O presente trabalho busca tratar justamente da atuação do judiciário de forma ativista no campo do jogo democrático. Nessa dimensão, fica mais patente a influência ideológica nos processos decisórios, tendo em vista que o argumento do “bem comum” tão utilizado para dar amparo ao ativismo nos direitos liberais aqui já não perdura. Ainda assim, subsiste entre alguns o entendimento de que o juiz segue a racionalidade ao decidir, e que a interpretação dessas decisões de forma política é uma construção externa à figura do juiz. Essa argumentação não é nova e encontra resquícios até na interpretação de Lincoln sobre o processo de decisão:

Nor is there in this view any assault upon the court or the judges. It is a duty from which they may not shrink to decide cases properly brought before them, **and it is no fault of theirs if others seek to turn their decisions to political purposes** (grifo nosso) (LINCOLN, 1865)

É claro que segundo do excerto depreende-se duas dimensões: uma principiológica e outra sociológica. Lincoln com suas palavras afirma que o juiz não deve se furtar de julgar qualquer demanda de sua competência (princípio da indisponibilidade da jurisdição). Além disso, a realidade transposta revela que as decisões dos juízes são sempre interpretadas como sendo políticas. O que a análise da posição de Lincoln não permite inferir é que, para além da visão externa, internamente as decisões judiciais, quaisquer que sejam, são intrinsecamente políticas e, conseqüentemente, ideológicas.

Diante disso, a conclusão que se chega é que o ativismo judicial no âmbito político é um fenômeno que desvela com maior facilidade o véu da imparcialidade e da mudança social que geralmente permeia as decisões ativistas<sup>11</sup>. O ativismo judicial para definir os rumos políticos do país, sobretudo os partidários, revelam ainda que o judiciário não só está dentro da sociedade, mas também “joga o jogo” desta, tem partido, toma posição e segue as ondas ideológicas de setor específico da sociedade, qual seja, os setores mais abastados tendo em vista a formação elitizada dos juízes (MIAILLE, 2005, p. 308; WARAT, 1982, p. 51). De fato, existe um desprendimento

<sup>11</sup> Não só as decisões ativistas, conforme visto existe um grau de atuação que caracteriza uma decisão como sendo ativista ou não.

motivado pela academia e perpetuado pela *práxis* jurídica do juiz e dos demais operadores do direito para com a realidade social majoritária, significando que os juízes estão dentro da sociedade, mas em apenas parte dela: “*Tudo se passa como se a investigação e o ensino do direito supusessem uma ocultação – consciente ou inconsciente, pouco importa – das estruturas reais de que este direito é a expressão.*” (MIAILLE, 2005, p. 318).

### **3 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO PARTIDO COMUNISTA BRASILEIRO DE 1922 A 1947**

O Partido Comunista Brasileiro (PCB) é um partido de âmbito nacional de matriz marxista-leninista fundado em 1922, com sede na cidade de Niterói-RJ, reunindo amplos setores da base social do Rio de Janeiro (distrito federal), São Paulo, Pernambuco, Rio Grande do Sul. O partido surge diante da grande turbulência sócio-política provocada após a vitória da Revolução Russa de 1917. Apesar da pouca repercussão de sua fundação, em junho de 1922 o Presidente da República Epitácio Pessoa coloca o PCB na condição de ilegalidade, situação que se repetiria ao longo da história, acompanhando um movimento global.

O partido retorna à legalidade em janeiro de 1927, elegendo Azevedo Lima para a Câmara dos Deputados. No mesmo ano, em agosto, o partido retorna à esfera da ilegalidade. A partir desse período o partido busca aproximação com Luís Carlos Prestes, líder do movimento da Coluna Prestes, que se opunha ao governo de Washington Luís. Em 1929 o PCB indica para candidatura à presidência o nome de Minervino de Oliveira, que obteve uma votação inexpressiva. O partido se coloca contra a “Revolução<sup>12</sup>” de 1930 que culminou com a posse do presidente Getúlio Vargas.

Durante esse momento, com apoio da Internacional Comunista, ocorre um forte processo de mudanças no partido, em especial pela ocorrência da substituição dos intelectuais que compunham a direção do PCB por trabalhadores, ocorrendo assim um processo de “proletarização” do partido. Em 1933, O PCB participou das

<sup>12</sup> O presente trabalho não entrará na análise sobre o que qualifica um movimento como sendo “golpe” ou “revolução”, limita-se em afirmar que essa definição, em regra geral, representa uma ruptura institucional e/ou social, ambas distinguidas pela ideologia do observador.

eleições para a Assembleia Nacional Constituinte sob a legenda da União Operária e Camponesa, mas não conseguiu eleger nenhum de seus candidatos.

Com o avanço global do fascismo e do nazismo na Europa e de seu similar brasileiro, o movimento integralista, surge, em 1935, a Aliança Nacional Libertadora (ANL), que consistia em uma união de vários movimentos da esquerda, incluindo o PCB. Agora membro do partido, Luís Carlos Prestes, foi designado como presidente de honra da ANL. No mesmo ano Luís Carlos Prestes vai à União Soviética e retorna com um plano de uma revolta armada para destituir o governo de Getúlio Vargas. No segundo semestre de 1935, ocorre a decretação da ilegalidade da Aliança Nacional Libertadora, o que provocou enorme perda de força do movimento. O levante de Prestes e do PCB foi deflagrado em novembro daquele ano, sob a denominação de Intentona Comunista, sendo reprimido pelas forças estatais ditatoriais. Ocorre então o aprofundamento do atrito entre o PCB e os setores governistas, tudo isso acaba por culminar na ditadura de 1937, o chamado Estado Novo.

Nesse período, entre 1937 e 1941, com a prisão da maioria dos seus dirigentes, o PCB se desarticula. No segundo semestre de 1941, alguns grupos em São Paulo, Bahia e Rio de Janeiro iniciam um processo de reorganização do partido. Forma-se a Comissão Nacional de Organização Provisória (CNOP).

Com a entrada do Brasil, ao lado dos Aliados, na Segunda Guerra Mundial, a partir de 1943 os militantes do partido começam a discussão no sentido de apoiar o governo de Getúlio Vargas em uma grande frente nacional. Essa união acaba por ser aprovada na conhecida Conferência da Mantiqueira. Com o fim da guerra e início da redemocratização do Brasil os membros do partido acabam por ser anistiados e passam a defender o movimento "queremista", que buscava a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

Em outubro de 1945 o Partido Comunista torna-se novamente legal com a obtenção de seu registro eleitoral. Inicia-se então um período de maior difusão do partido. Nas eleições presidenciais daquele ano o partido lança a candidatura de ledo Fiúza, apesar do mesmo não pertencer diretamente aos quadros do PCB. Fiúza obteve 10% do total de votos, praticamente a mesma votação do partido para a Assembleia Nacional Constituinte, onde elegeu 14 deputados federais. No Rio de Janeiro (Distrito Federal), Luís Carlos Prestes foi eleito para o cargo de senador com

expressiva votação. Nas eleições municipais de 1947 o Partido Comunista obtém a maior bancada parlamentar na Câmara Municipal da capital federal.

No entanto, no mesmo ano de 1947, o Partido Comunista viria a ser considerado novamente ilegal pela decisão do Tribunal Superior Eleitoral que cancelou o seu registro eleitoral. Em 1948 todos os parlamentares eleitos pelo partido tiveram seus mandatos cassados.

#### **4 ANÁLISE DA RESOLUÇÃO 1841 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E O ATIVISMO JUDICIAL**

O objeto de observação desta pesquisa mostra que o Judiciário já teve, em outros períodos democráticos brasileiros, ações que quantitativa ou qualitativamente, destacam a proeminência da instituição na assunção de papéis políticos. Para a comprovação da hipótese, a pesquisa usa como temática central a decisão (Resolução 1.841) produzida pelo Tribunal Superior Eleitoral - TSE, no ano de 1947, que decidiu pela cassação do registro de funcionamento do partido comunista do Brasil - PCB. Nesse documento o TSE debruça-se sobre vários arguidos por organizações da sociedade civil que pleiteiam o cancelamento da inscrição do partido. Nessas argumentações surgem dimensões que permeiam perspectivas ideológicas, jurídicas e políticas, que em muitos casos, extrapolariam a competência jurisdicional do Tribunal Superior Eleitoral.

Assim, a pesquisa sugere que as abordagens que tomam a judicialização e o ativismo como fenômenos datados da democratização pós 1985 (ou do advento da Constituição de 1988) deixam de captar o fenômeno nas experiências anteriores. A decisão do TSE de 1947 é a demonstração de que há experiências quantitativas e qualitativas da ação do judiciário: em 1947, o TSE definiu quais os atores poderiam participar do jogo representativo. Se a esfera consagrada do judiciário é a de órgão não representativo, de investidura burocratizada de seus agentes, de competências funcionais de aplicação de normas aos conflitos, no caso em tela houve a mudança da natureza: o judiciário passou à função de árbitro do jogo político. Mais do que a assunção de papéis ou competências de maneira inovadora, o conteúdo da decisão mostra que o Judiciário se investe de poder com prerrogativas para a definição material da dinâmica política do Estado Brasileiro.

O texto constitucional brasileiro de 1946 apresentava dispositivos normativos de limitação da participação de partidos apenas com relação à garantia do jogo democrático e com relação aos direitos e garantias do homem:

É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem. (BRASIL, 1946)

Dessa forma, os únicos argumentos possíveis para se arguir pela inconstitucionalidade do registro de um partido político em 1946 no Brasil seriam a violação do regime democrático (entendido pelo texto constitucional como pluralidade de partidos) e a garantia dos direitos fundamentais do homem. Como veremos, estes argumentos permeiam a petição inicial ao processo e o *corpus* decisório da Resolução 1.841 do TSE, mas, no entanto, na decisão, apresentam um viés exclusivamente ideológico, apenas instrumentalizando a subjetividade deixada pelo texto constitucional para utilizar o judiciário como mecanismo para perseguição ideológica.

É interessante observar que a Constituição Brasileira vigente apresenta e delimita de forma muito mais profunda a organização partidária, e, curiosamente, o Partido Comunista Brasileiro apresenta-se como um partido legalizado e participante do jogo democrático, o que serve para reforçar o forte viés ideológico e a contextualização histórica que foram as bases para a Resolução 1.841 do Tribunal Superior Eleitoral:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:  
I - caráter nacional;  
II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; (BRASIL, 1988)

No início do ano de 1945 foi editada a Lei constitucional nº 09 alterando o texto da Constituição de 1937, a qual disciplinava em linhas gerais o seguinte: a restauração do parlamento; e eleições diretas para a Presidência da República. Na esteira do período de relaxamento autoritário, foi editado o Decreto-lei nº 7.586, de maio de 1945, que regulamentou o processo eleitoral e o funcionamento dos partidos políticos, além das formas de alistamento eleitoral. Foi este Decreto, no artigo 136, que estampava que “*As eleições para Presidente da República, Conselho Federal e*

*Câmara dos Deputados realizar-se-ão no dia 2 de dezembro de 1945, e as eleições para Governadores dos Estados e Assembleias Legislativas no dia 6 de maio de 1946*". O Partido Comunista do Brasil teve o registro deferido no ano de 1945 como desdobramento da nova disciplina definida por esses textos normativos. A concessão do registro, protocolado em setembro de 1945, ocorreu provisoriamente em 27 de outubro do mesmo ano, e definitivamente em 10 de novembro, com ressalvas apostadas pelo Ministro Relator Sampaio Dória<sup>13</sup>.

Deferido o registro, o partido apresentou-se aos pleitos legislativo e presidencial do ano de 1945. Na eleição presidencial de 1945, os resultados foram os seguintes:

Candidato	Partido	Total de votos	Percentual de votos
Eurico Gaspar Dutra	PSD	3.251.507	55,39%
Eduardo Gomes	UDN	2.039.341	34,74%
Yedo Fiúza	PCB	569.818	9,71%
Rolim Telles	PAN	10.001	0,17%
<b>Total geral das eleições</b>	-	<b>5.870.667</b>	<b>100%</b>

O percentual de votos alcançado pelo partido foi de 9,71% na eleição presidencial, com a candidatura de Yedo Fiúza. No Distrito Federal da época, localizado na cidade do Rio de Janeiro, a candidatura presidencial do partido obteve 27,5% dos votos. Em São Paulo, o percentual de votos obtidos foi de 14,7%. Noutros dois Estados o percentual do partido foi superior à média que obteve nas eleições nacionais: no então Estado do Rio de Janeiro obteve 13,3% dos votos; em Pernambuco, 16,4% dos votos. Ainda no Território Federal de Rio Branco, 13,3% dos votos<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Para uma análise pormenorizada do assunto vide Lima (2004).

<sup>14</sup> Disponível em: <<https://sites.google.com/site/atlaseleicoespresidenciais/eleio-de-1945>>. Atlas das eleições presidenciais no Brasil. Eleição de 1945.

Fazendo a observação sob o ponto de vista dos percentuais recebidos pelo partido tomando em conta a origem geográfica dos votos, 57,48% dos votos foram obtidos nos círculos eleitorais do então Distrito Federal e de São Paulo.

Estados	Distrito Federal	Pernambuco	Rio de Janeiro	São Paulo	Rio Branco <sup>15</sup>
<b>Votação recebida no Estado</b>	134.709	43.073	42.538	192.867	72
<b>Votação total do partido no país</b>	569.818	569.818	569.818	569.818	569.818
<b>Percentual do total de votos recebidos pelo partido no Estado</b>	<b>0,2364070633</b>	<b>0,07559080268</b>	<b>0,0746519064</b>	<b>0,3384712312</b>	<b>0,0001263561348</b>

Os percentuais obtidos pelo partido mostram quantidade de votos nas regiões de maior concentração operário-industrial. Em 1939, portanto 6 anos antes das eleições, e em 1949, no 4º ano imediato à eleição, a participação do Distrito Federal e de São Paulo correspondia aos seguintes valores da transformação industrial nacional<sup>16</sup>:

Estado/DF	DF	São Paulo
<b>Ano de 1939</b>	19,9%	40,7%
<b>Ano de 1949</b>	14,2%	48,8%

Além da votação na eleição presidencial, majoritária, o desempenho do PCB no pleito proporcional ao legislativo/constituente de 1945 foi o seguinte: eleição de 1 Senador, Luís Carlos Prestes, e 14 Deputados Federais. Novamente, há a concentração espacial dos eleitos pelo partido. O Senador foi eleito pelo DF e 3 Deputados da bancada de 19 também pelo DF; havia 2 Deputados do Estado do Rio

<sup>15</sup> O caso do Território Federal de Rio Branco (hoje Roraima) deve ser avaliado com a diminuta participação do eleitorado, de apenas 72 votos válidos, ou 0,001% dos votos totais do partido. No censo de 1950 o município da capital do Estado apontava 95 mil habitantes. IBGE SÉRIES HISTÓRICAS. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=CD79&t=populacao-municipios-capitais-populacao-presente-residente>>. O IBGE cadastrava somente 2 municípios no Território, em 1950. IBGE, BRASIL EM NÚMEROS, IBGE, RJ, 2012. p. 45.

<sup>16</sup> Para melhor aprofundamento da temática vide (CANO, 1981, p. 114-117).

de Janeiro; a bancada paulista era a maior representação na Câmara, com 4 representantes; e, finalmente, 2 representantes do Estado do Rio Grande do Sul (BRAGA, 1997).

A primeira denúncia contra o PCB partiu do advogado Honorato Himalaia Virgulino, que havia sido o procurador do Tribunal de Segurança Nacional e denunciara os líderes da Intentona Comunista em 1935. Na sequência, partiu denúncia do Deputado Federal Barreto Pinto, do PTB carioca, que curiosamente havia sido eleito com 200 votos, como tributário dos votos recebidos por Getúlio Vargas, e seria cassado por faltar com o decoro parlamentar<sup>17</sup>.

A decisão do TSE também serve à demonstração qualitativa da ação do judiciário: a resolução 1.841 deixa clara a imersão do judiciário nos meandros políticos da época, quando, resolve converter o julgamento em diligência para que o PCB esclareça pontos estritamente ideológicos próprios, como por exemplo: “a) *qual o processo pretendido para a divisão e distribuição de terras*” e “d) *a expressão comunista, que, em toda parte, compreende os princípios marxista-leninistas, traduz a inclusão desse no programa do partido?*”. Resta claro que o judiciário no caso em tela a análise de fatores estritamente ideológicos que não guardavam quaisquer limitações de ordem legal.

A decisão trás, no voto vencedor proferido pelo Desembargador Cândido Lobo, aspectos perturbadores já no início do texto, quando afirma que a série de manifestações, greves e movimentações das quais o PCB participou ferem o art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem (1789) segundo a qual não se pode ferir a ordem pública estabelecida por lei. Atesta-se o afã de buscar uma argumentação jurídica que embase a criminalização do direito à manifestação, que estava previsto na própria Declaração e citada em vários artigos e na Constituição Brasileira de 1946, em especial no artigo 141, § 5º “*É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura*”, dentre outros dispositivos constitucionais que asseguram os direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, o cerne principal da denúncia e do

<sup>17</sup> O deputado foi cassado no bizarro fato de ter se apresentado às fotografias trajando cuecas na parte de baixo da vestimenta. Na verdade, foi o 1º parlamentar brasileiro cassado. Disponível em: Câmara dos Deputados. Notícias. História da Câmara. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/acamara/conheca/historia/republica3.html>> e <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/330829-ESPECIAL-CASSA%C3%87%C3%95ES--COMO-AS-DEMOCRACIAS-LIDAM-COM-A-PERDA-DE-MANDATO-DE-PARLAMENTARES--%28-06%27-11%22-%29.html>>.

voto vencedor encontra lastro na afirmação de que o PCB prejudicava a estabilidade social, ao passo que fomentava a ocorrência de greves e manifestações desde sua gênese.

Dessa forma, observa-se uma verdadeira apropriação da dimensão de direitos humanos para justificar o voto vencedor. A Constituição vigente afirmava que não poderiam ser registrados partidos políticos que atentem contra a “garantia dos direitos fundamentais do homem”, no entanto, a decisão utiliza dessa dimensão ao dizer que o PCB, ao passo que fomentava greves e manifestações violava essa determinação, interpretando o artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de forma extremamente reduzida. O argumento é frágil, ao ponto de ignorar que no período entre 1930 e 1945 o Brasil vivia em um regime ditatorial encabeçado por Getúlio Vargas. Se a argumentação apresentada fosse ampliada, consequentemente criminalizaria todo o rol de manifestações contra o regime Varguista ocorridas no período, que apresentavam como atores movimentos para além das organizações comunistas. Além disso, o relator apresenta a desobediência civil como sendo antidemocrática. Sobre esse ponto é importante referir que a própria base do pensamento ocidental apresenta que a desobediência civil deve ser uma realidade pois ninguém é obrigado a se submeter “à vontade injusta de outrem” (LOCKE, 1998, p. 392). Para além disso, a caracterização clássica de uma vontade injusta pode ser verificada nos períodos anteriores à Resolução 1.841, com a instauração de uma República Oligárquica (FAUSTO, 1995, p. 243-389) entre os anos de 1890 a 1930 e de 1930 a 1945 com o regime ditatorial de Getúlio Vargas. Dessa forma, não encontra subsídio histórico a afirmação de que a desobediência civil capitaneada, em parte, pelo PCB, nos anos anteriores seria antidemocrática, pois não havia democracia.

Em termo de análise constitucional, o voto vencedor apresenta a Constituição como sendo uma construção do “centro” no espectro político, e que esta deve lutar contra os extremos desse espectro. Dessa forma, Cândido Lobo acaba por sugerir que a Constituição, em um afã de busca por uma estabilidade política (direcionada) pode e deve subsumir o jogo democrático:

Volto à fluente e rica palavra do nobre relator e daí o acompanhar integralmente na concepção de que na procura daquele equilíbrio os extremos irmanaram-se com as ideologias, com elas se confundiram e então começou uma tremenda luta contra o centro, isto é, contra as Constituições, lei máxima entre os povos cultos, lei que serve de comporta invulnerável à demagogia e à Anarquia, alicerçando e definindo em sólidas bases o edifício

estatal escolhido pelo povo, com o povo e para o povo.(...) verificamos assim a existência do conflito entre o centro e os extremos, era por assim dizer o – rolo compressor – das ideologias querendo abrir a comporta constitucional à custa do inocente sangue fraterno. (BRASIL, 1947, p. 186)

Dessa forma, infere-se algumas dimensões importantes. Em primeiro lugar, conforme analisado acima, o PCB não só estava imerso no jogo democrático, mas também contava com maciça votação, essa votação que carrega em seu âmago o velho bordão: “do povo<sup>18</sup>”. Além disso, com relação à garantia do jogo democrático, a Constituição não deve se reverter ideologicamente como forma de controle. O princípio democrático não é algo que possa ser subvertido pela lógica de “gostos” e “desgostos”, mas deve, e está, acima disso. O voto vencedor avança descrevendo que existe um verdadeiro atrito entre a ideologia do PCB e do tribunal quanto ao papel da Constituição, sendo este projeto ou consolidação:

(...) conforme as palavras do ilustre Deputado Sr. Jorge Amado, no substancial discurso que pronunciou em fevereiro de 1946 e que está à página 60 do Diário do Poder Legislativo. Diz S. Excia, - “Temos nós comunistas um conceito de Constituição que não é o clássico. Stalin já o definiu com lucidez e clareza admiráveis, e não me furto de ler aqui a sua definição de Constituição, que também é a nossa”. E passa a transcrever a constituição -, sendo aquela fórmula para o que não existe, para aquilo que é necessário alcançar e conquistar no futuro, e esta, a Constituição, aquilo que deve tratar do que existe, do que já se alcançou e conquistou. (BRASIL, 1947, p. 196-197)

O voto busca justificar a crítica ao modelo de Constituição defendido pelo deputado Jorge Amado afirmando que a mesma representa uma:

(...) transmissão, o recebimento e a execução no Brasil de uma firme e cuidadosa, porque sistemática, orientação político-partidária de procedência estrangeira, baixada das estepes sobre nós como sobre tantos e tantos outros países. (BRASIL, 1947, p. 198)

No entanto, extrapola os dois pilares previstos constitucionalmente em 1946 (pluralidade de partidos e garantia dos direitos fundamentais) a defesa de um outro modelo constitucional, estando essa defesa/divergência totalmente abrangida pelo regime democrático. Para além disso, no decorrer da decisão o voto torna-se

<sup>18</sup> A expressão “povo” está no centro da maior parte das defesas ideológicas desde sua fundação, isso ocorre pela vagueza do termo e seu caráter auto-legitimante e auto-justificante, sobretudo nos regimes representativos, vide: (BONAVIDES, 2000; CANOVAN, 1984; LACLAU, 2005; TAGGART, 2000; COSSARINI e ALONSO, 2015)

totalmente incongruente nesse ponto, ao passo que se embasa na organização constitucional estadunidense para defender a “violação” constitucional proposta pelo PCB: (...) “*não era e nem podia ser a Democracia de nós outros, a Democracia de Roosevelt, aquela que vem de Lincoln*” (BRASIL, 1947, p. 191). Dessa forma, fica translúcido que, no voto vencedor, o magistrado não condena a “importação” ou defesa de outros moldes constitucionais, mas apenas aquele que vem da “das estepes”.

Por fim, passamos a analisar uma das dimensões mais controversas do voto vencedor, conquanto permeia a principal dimensão de um Estado Democrático de Direito: a democracia<sup>19</sup>. O voto vencedor apresenta que a democracia do Brasil é aquela de moldes ocidentais, a de “Lincoln”, enquanto isso, para além de perspectivas ideológicas, a Constituição de 1946 a define como “pluralidade de partidos”. Dessa forma, a Constituição vigente à época não define as cores da democracia, apenas estabelece sua base, a pluralidade. Este fator mostra-se como o mais importante a ser preservado em após um longo período ditatorial, pluralidade de escolhas e de cores políticas. Analisando sob essa ótica, o voto vencedor interpreta a Constituição de forma extremamente ativista, apresentando conceitos referentes à democracia que não estão presentes no texto constitucional. Além disso, elas residem quase que exclusivamente no campo ideológico/político, como exemplo dessa realidade têm-se a afirmação que a desobediência civil, e as greves e manifestações são antidemocráticas.

Dessa forma, segundo o entendimento constitucional adotado, remetendo a aspectos políticos e históricos da época, percebe-se que a democracia estabelecida em 1946, apesar de influências diversas, não é a de Lincoln como prediz o magistrado, é a democracia do povo brasileiro, ampla em escolhas, sem unidade de

<sup>19</sup> O presente trabalho não comporta uma análise profunda sobre o conceito de democracia, mesmo porque este se revela fluído e diversificado a depender de inúmeras conjunturas referentes ao Estado, à sociedade, à economia, à legitimidade entre tantas. No entanto, fundamental dizer que o conceito não é uno e indivisível como nos faz crer a doutrina política ocidental, nem mesmo pode ser definido nos moldes longínquos da antiga Grécia, é algo inerente à organização social que apresenta dimensões que vão muito além do votar e ser votado, representar e ser representado, ou até mesmo apenas deliberar ou participar. É algo além, permeia as emoções do ser social e as instituições por ele criadas. É transversal em todas as doutrinas, desde as mais controversas como os fascismos até às duas que centralizaram o espectro político no pós-segunda grande guerra: capitalismo e comunismo. No âmbito capitalista existem inúmeras definições, centradas sobretudo na Europa (MÜLLER, 2009) e nos Estados Unidos (COHEN, 2003; 1983; HAMILTON, MADISON e JAY, 1952) e do outro lado na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (FEDOSSEÉV, 1974; FRANK, 1953, p. 135-138; USTÍNOV, 1978).

direcionamentos. É nessa dimensão que o ativismo judicial político apresenta seu viés mais autoritário, limita a pluralidade de escolhas, direciona o que o povo pode pensar e escolher. O TSE, nessa decisão, define os rumos políticos do país diante de uma força política crescente, escolhe os rumos do país apoiado apenas por uma posição ideológica, subvertendo para tal o discurso jurídico.

Em análise à Resolução nº 1.841 que cassou o registro do PCB, fica translúcido durante todo o corpo do texto as dimensões qualitativas e quantitativas da análise judicial. Essas dimensões são latentes no poder judiciário, desde antes da promulgação da Constituição de 1988.

## 5 CONCLUSÃO

A título de conclusão, o presente trabalho serve para demonstrar que o tema do ativismo judicial está longe de ser incontroverso e apresenta dimensões extremamente amplas. O trabalho buscou evidenciar que a diferença entre a judicialização e o ativismo reside na dimensão qualitativa e não quantitativa. O que caracteriza uma decisão ativista é seu grau de incisão, e não a quantidade de juridificação. É claro que, apesar de não evidenciado, um maior grau de juridificação tende a aumentar o nível de judicialização e de decisões ativistas, mas estas podem ocorrer mesmo com um baixo grau de juridificação, pois apresentam-se como intrinsecamente ideológicas.

Da mesma maneira, o trabalho buscou evidenciar que existe uma diferença entre o ativismo judicial na garantia de direitos e o ativismo judicial na esfera política. A primeira dimensão está ligada ao interesse do magistrado em promover a mudança social ou acelera-la, enquanto a segunda apresenta-se como a vontade do magistrado em guiar e direcionar os rumos políticos do povo e, conseqüentemente, do país.

O trabalho também demonstrou que a judicialização e o ativismo, em ambas as dimensões: garantia de direitos e política *stricto sensu*, não são fenômenos recentes (pós-Constituição de 1988) e exclusivos de contextos democráticos. Pelo contrário, apresentam-se como processos que acompanham o fortalecimento do judiciário e do Supremo Tribunal Federal Brasileiro a partir do início do século XX.

Dentre as tantas hipóteses de análise possíveis, o trabalho busca-se focar em duas para analisar o fenômeno da judicialização e do ativismo judicial: um debate frente à separação dos poderes e um debate frente à ideologia. Com relação à primeira o trabalho conclui que não há essencialidade na doutrina de separação dos poderes, está se revela fluída diante dos contextos políticos e históricos e tem, invariavelmente nos ordenamentos jurídicos ocidentais caminhado para o aumento da atuação do judiciário, provocando uma hipertrofia desta função estatal frente às demais. Com relação à segunda apresenta-se que o paradigma racional do liberalismo não reflete a realidade fática dos magistrados, pois os entende como sendo ou devendo ser imparciais e razoáveis, um padrão sobre-humano de racionalismo. No entanto, conforme visto, seja pelo estudo das emoções, seja pela ordem parental, ou vários outros fatores, o juiz não está inerte à sociedade, muito pelo contrário, está inserido neste e em um setor social específico: a elite.

Buscando ilustrar esse desenvolvimento teórico, o trabalho busca analisar a Resolução nº 1.841 do Tribunal Superior Eleitoral em 1947 que cassou o registro partidário do Partido Comunista Brasileiro. Com essa análise, que se inicia com um breve recorte histórico e recolha do desempenho eleitoral do partido no ano anterior, busca-se comprovar que o ativismo judicial não é exclusivo do período pós-Constituição de 1988 no Brasil. Além disso, demonstra-se o forte viés ideológico da decisão, que carece de aspectos jurídicos para sustentar a cassação do registro do Partido, recorrendo, para tal, apenas ao rol ideológico que permeava fortemente as sociedades mundiais no período pós-segunda grande guerra. Evidencia-se que no caso do ativismo judicial em matérias políticas (*stricto sensu*) um Tribunal, que nem sequer é a corte suprema do país, conta com poder para moldar os rumos políticos do país de forma patentemente inconstitucional, ao passo que a Constituição Brasileira de 1946 apresentava um conceito de democracia que permeava intrinsecamente a pluralidade de partidos.

Em síntese, o presente trabalho serviu, embasado em um caso concreto, para analisar detidamente uma dimensão qualitativa do poder judiciário, fenômeno que, conjugado ou não com a perspectiva quantitativa reflete um processo de judicialização da política e da sociedade. Podendo significar um aumento de decisões ativistas pelos tribunais em geral. O ativismo da decisão, reside em seu forte viés ideológico desprendido de qualquer ordem jurídica posta, não se segue o jurídico, se subverte.

Além disso, ao contrário do ativismo judicial para a garantia de direitos e garantias fundamentais, o ativismo judicial político demonstra suas faces de forma mais translúcida, revelando a pontualidade do debate sobre o tema e a importância da criação de um novo modelo institucional que busque superar os paradoxos que emergem dos fenômenos que relacionam o judiciário com democracia e com política.

## 6 REFERÊNCIAS

- ALEMANHA, R. F. D. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Bohn: [s.n.], 1949.
- ANSART, P. Mal-estar ou fim dos amores políticos. **História e perspectiva**, Uberlândia, jul.-dez.; jan./jul. 2001; 2002. p. 55-80.
- BARBOSA, D. D. D. A. O Supremo Tribunal Federal e o novo desenho jurisdicional brasileiro. **Revista de informação legislativa**, abr./jun. 2010. p. 129-140.
- BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERGER, R. Ronald Dworkin's The Moral Reading of the Constitution: A Critique. **Indiana Law Journal**, Indiana, v. 72, n. 4, p. 1099-1114, 1997. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol72/iss4/4>>. Acesso em: 22 fev. 2015.
- BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BRAGA, S. S. A bancada comunista na Assembléia Constituinte de 194. **Centro de Documentação e Memória da Fundação Maurício Grabois**, 1997. Disponível em: <[http://grabois.org.br/portal/cdm/revista.int.php?id\\_sessao=50&id\\_publicacao=147&id\\_indice=886](http://grabois.org.br/portal/cdm/revista.int.php?id_sessao=50&id_publicacao=147&id_indice=886)>. Acesso em: 02 nov. 2015.
- BRASIL, C. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p.
- BRASIL, R. F. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Presidência da República. Distrito Federal. 1946.
- BRASIL, T. S. E. **Resolução nº 1.841, de 7.5.1947**. Tribunal Superior Eleitoral. Distrito Federal, p. 211. 1947.
- CANO, W. **Desequilíbrios regionais e concentração industrial no Brasil: 1930-1970**. Campinas: Mimeo: Unicamp, 1981.
- CANOVAN, M. People, Politicians and Populism. **Government and Opposition**, Cambridge, v. 19, p. 312-327, 1984. Disponível em: Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1477-7053.1984.tb01048.x/abstract>>.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. **Buffalo Law Review**, Buffalo, v. 27, p. 181-292, 1978.

- COHEN, J. **On Democracy**: Toward a transformation of a American Society. Middlesex, England : Penguin, 1983.
- COHEN, J. Deliberation and democratic legitimacy. In: MATRAVERS, D.; PIKE, J. **Debates in Contemporary Political Philosophy**: An Anthology. London: Routledge, 2003. p. 342-361.
- CONTINTENTINO, M. C. Ativismo judicial : proposta para uma discussão conceitual. **Revista de informação legislativa**, jan./mar. 2012. p. 141-149.
- COSSARINI, P.; ALONSO, R. G. El papel de las emociones en la teoría democrática. Desafíos para un uso público de la razón en tiempos de populismo. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, Madrid, v. 168, p. 291-315, abr./jun. 2015.
- DWORKIN, R. **The Moral Reading of the Constitution**. New York: Rev. Books, 1996.
- DWORKIN, R. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- EBC, A. B. <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-03/maioria-do-tse-nega-registro-ao-partido-rede-sustentabilidade>. **Agência Brasil EBC**, 2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-03/maioria-do-tse-nega-registro-ao-partido-rede-sustentabilidade>>. Acesso em: 24 fev. 2015.
- FALCÃO, J.; HARTMANN, I. A.; CHAVES, V. P. **III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo**. Rio de Janeiro. 2014.
- FAUSTO, B. **História do Brasil**. São Paulo : USP - Universidade de São Paulo, 1995.
- FEDOSSEÉV, P. N. **Le Communisme Scientifique**. Tradução de Jacques LEMANGEN. Moscou: Editions du Progrès, 1974.
- FRANK, W. **Naissance d'un monde: BOLIVAR et ses peuples**. 4. ed. Paris: GALLIMARD, 1953.
- GARAPON, A. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- GOYARD-FABRE, S. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HABERMAS, J. **The Theory Of Communicative Action**. Tradução de Tomas McCarthy. Boston: Beacon Press, v. II - Lifeworld and System: a critique of functionalist reason, 1984.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **The Federalist**. Chicago; Londres; Toronto: Encyclopaedia Britannica, 1952.
- HAN, B.-C. **Psicopolítica**. Barcelona: Herder Editorial, 2014. 119 p.
- ISSLER, J. V. et al. Constructing Coincident Indices of economic activity for the Latin America Economy. **RBE**, jan.-dez. 2011. 1-30. Disponível em: <<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=4028808126B9BC4C0126BEA1755C6C93>>.
- LACLAU, E. **La Razon Populista**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 2005. 312 p.
- LIMA, E. M. D. **Sistemas multipartidários e eleitorais brasileiros em perspectiva comparada (1945-1964 e 1985-1998)**. [S.l.]: São Paulo: Annablume. Belo Horizonte: FUMEC, 2004.

- LINCOLN, A. **Second Inaugural Address of Abraham Lincoln**. [S.l.]: [s.n.], 1865. Disponível em: <[http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/lincoln2.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lincoln2.asp)>. Acesso em: 22 fev. 2016.
- LOCKE, J. **Dois Tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. São Paulo: Martin Claret, 1999.
- MCCLELLAN, J. **Liberty, Order, and Justice: An Introduction to the Constitutional Principles of American Government**. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.
- MIAILLE, M. **Introdução Crítica ao Direito**. Tradução de Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.
- MONTESQUIEU, C. L. D. S.-B. D. **Complete works, The spirit of laws**. Indianapolis: Lyberty Fund, 2011.
- MÜLLER, F. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PIERCE JR, R. J. What Do the Studies of Judicial Review of Agency. **Admin. L. Rev. (Forthcoming)**., Washington, 2010.
- POLI, L. Por um ativismo pró-sustentabilidade. **Novos estudos jurídicos**, mai./ago. 2013. 179-195.
- RAMOS, F.; BUGLIONE, S.; ROESLER, C. R. Judicialização da política e a percepção da mídia impressa brasileira. **Novos estudos jurídicos**, set./dez. 2009. 3-22.
- RAWLS, J. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.
- RIBEIRO, D. V. H. Judicialização e desjudicialização : entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de informação legislativa**, jul./set. 2013. p. 25-33.
- RODRIGUES, L. B. **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I: defesa das liberdades civis**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- SANTOS, B. D. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso Português**. Porto: Afrontamentos, 1996.
- SILVA, D. B. E. Os contornos do ativismo judicial no Brasil. O fetiche do judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. **Revista de informação legislativa**, jul./set. 2013. p. 163-178.
- SORJ, B. **A nova sociedade brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahrar Editor, 2006.
- SOUZA JR., J. G. Reflexões sobre o princípio da separação de poderes : o "parti pris" de Montesquieu. **Revista de informação legislativa**, out./dez. 1980. p. 15-22.
- SULLOWAY, F. J. Birth Order and Evolutionary Psychology: A Meta-Analytic Review. **Psychological Inquiry**, 6, 1995. 78-80.
- SULLOWAY, F. J. **Vocação rebelde. Ordem de nascimento, dinâmica familiar, vidas criativas**. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- SULLOWAY, F. J. The Home Page of Frank J. Sulloway, Ph.D. **Sulloway.org**, 2015. Disponível em: <<http://www.sulloway.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2015.
- TAGGART, P. **Populism**. Buckingham: Open University Press, v. III, 2000.

USTÍNOV, D. F. **Sessenta anos em defesa das conquistas do grande outubro**. Moscovo: Agências de Imprensa Nóvosti, 1978.

VASCONCELOS, M. S. L. O Estado de Direito segundo Danilo Zolo -- A concepção fraca do Poder Judiciário decorrente do movimento revolucionário francês de 1789 -- A concepção fraca do Poder Judiciário segundo os federalistas americanos -- A concepção forte do Poder Judiciário n. **Revista de informação legislativa**, out./dez. 2013. 153-164.

VILLE, J. D. **Constitutional Revision in the United States of America**. Londres: Routledge, 2013.

VILLE, M. C. J. **Constitutionalism and separation of powers**. Indianapolis: Liberty fund, 1998.

WALDRON, J. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, J. A essência da oposição ao judicial review.. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. **Legitimação da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-158.

WARAT, L. A. SABER CRÍTICO E SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS. **Revista Sequência (UFSC)**, Florianópolis, 1982. p. 48-57.

ZAULI, E. M. Judicialização da política, poder judiciário e comissões parlamentares de inquérito no Brasil. **Revista de informação legislativa**, jan./mar. 2010. p. 7-25.

# TRANSFERENCIAS INTERGUBERNAMENTALES EN BRASIL<sup>1</sup>

## TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS NO BRASIL

*Luiz Villela<sup>2</sup>*

*José Roberto Afonso<sup>3</sup>*

*Ana Calvo<sup>4</sup>*

### Resumo

La desigualdad de ingresos entre las unidades federativas es una realidad que exige mecanismos de transferencias de recursos que promuevan la redistribución regional de la renta, transfiriendo recursos fiscales de regiones más desarrolladas a las de menor desarrollo. Una dificultad del sistema federativo es la falta de flexibilidad para que los gobiernos subnacionales puedan proveer determinados bienes o servicios públicos cuyos beneficios no son directamente medibles o no les beneficie directa y exclusivamente. El sistema de transferencias intergubernamentales brasileños ha sido construido en base a esos preceptos y parámetros. Es cuestión de tiempo que los criterios de distribución del FPE vuelvan a cobrar importancia en el debate político. Por ello, la propuesta de reforma sugerida en este documento podría ser una buena solución, ya que redistribuye la riqueza persiguiendo promover el equilibrio socio-económico de los estados y municipios como propugna la Constitución.

**Palavras-chave:** Transferências intergovernamentais. Classificação. Condicionabilidade.

### Abstract

The inequality of income between federative entities is a reality that demands mechanisms of transference of resources that promote the regional redistribution of income, transferring fiscal resources from more developed regions to those of lesser development. One difficulty of the federative system is the lack of flexibility so that sub national governments may provide certain goods or public services whose benefits are not directly measurable or do not benefit them directly or exclusively. The Brazilian system of intergovernmental transferences was constructed over these precepts and

<sup>1</sup> Artigo submetido em 16/11/2015, pareceres de análise em 02/08/2016, 02/08/2016 e 05/08/2016, aprovação comunicada em 19/08/2016.

<sup>2</sup> Economista e consultor fiscal. E-mail: <luizarrudavillela@gmail.com>

<sup>3</sup> Doutorado em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Estadual de Campinas (2010). Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP e Pesquisador do Instituto Brasileiro de Economica - IBRE/FGV. E-mail: <zeroberto@joserobertoafonso.com.br>

<sup>4</sup> Consultora do Banco Iteramericano de Desenvolvimento – BID na República Dominicana. E-mail: <acalvo@iadb.org>

parameters. It is a question of time until the criteria of distribution of FPE takes center stage in the political debate. As such, the proposal of reform suggested in this document may be an adequate solution, as it redistributes riches taking into account the promotion of the social-economical equilibrium of the States and municipalities as designed in the Constitution.

**Keywords:** Intergovernmental transferences. Classification. Conditionality.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Objetivos de los sistemas de transferencias; 3. Classificação de las transferencias según condicionalidad; 4. Principales transferencias intergubernamentales; 5. Magnitud de las transferencias; 6. Los desafíos de la reforma del FPE; 7. Bibliografía; 8. Referencias.

## 1 INTRODUCCIÓN

Brasil es una República Federativa, con tres niveles de gobierno federal (Unión), estatal (26 estados y Distrito Federal), y municipal (5.564 municipios). Es un país heterogéneo en muchos aspectos; en su densidad demográfica, económica, cultural, así como en la riqueza de recursos naturales, etc. A efectos de organización de política pública, los estados pueden clasificarse en cinco regiones con características socioeconómicas similares: la zona más pobre incluiría el norte y noreste, y las más rica, el sur, el sureste y el medio oeste. Debido a esta diversidad en riqueza, Brasil adopta diferentes sistemas de transferencias y coparticipaciones de ingresos.

La desigualdad de ingresos entre las unidades federativas es una realidad que exige mecanismos de transferencias de recursos que promuevan la redistribución regional de la renta, transfiriendo recursos fiscales de regiones más desarrolladas a las de menor desarrollo. El objetivo es estimular que los estados o municipios con distintas dimensiones de bases tributarias realicen esfuerzos similares para costear los servicios públicos. Es decir, un gobierno subnacional que tenga menor capacidad de generación de recursos fiscales debería recibir fondos proporcionales a sus necesidades, para que no tenga que aplicar tasas impositivas más elevadas para ofrecer servicios públicos con los mismos estándares de calidad que los que ofrecen los gobiernos subnacionales más ricos.

Este proceso de redistribución también debería considerar otro aspecto a fin de evitar el exceso de transferencias de recursos fiscales hacia áreas donde se observa una base tributaria limitada. Para ello, se debería considerar la relación entre

el coste del conjunto de bienes y servicios públicos demandados por la población local y la capacidad local de financiamiento de esos gastos (i.e. brecha fiscal). Lo que importa no es si la totalidad del monto entre lo recaudado y las transferencias de la entidad territorial sea bajo en relación a la media de los municipios o estados, si no que la entidad disponga de lo suficiente para proveer servicios públicos y mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos.

Una dificultad del sistema federativo es la falta de flexibilidad para que los gobiernos subnacionales puedan proveer determinados bienes o servicios públicos cuyos beneficios no son directamente medibles o no les beneficie directa y exclusivamente. Este es el caso, por ejemplo, de los servicios de educación, que generan beneficios para toda la sociedad pero los gobiernos locales no logran rentabilizar la totalidad del beneficio porque existe la posibilidad de migración de la población más escolarizada y, consecuentemente, la pérdida de “rendimientos”. El sistema de transferencias intergubernamentales brasileños ha sido construido en base a esos preceptos y parámetros.

## 2 OBJETIVOS DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIAS

Los objetivos principales de los sistemas de transferencias deberían tener algunas de las siguientes características:

- Reducir o eliminar desigualdades verticales y horizontales.
- Compensar entidades con menor capacidad de recaudación propia, contribuyendo al logro de objetivos redistributivos o compensatorios.
- Promover la cohesión social, garantizando montos mínimos por habitantes, disminuyendo problemas de ineficiencia de asignación y de equidad social y territorial.
- Viabilizar la aplicación de estándares nacionales relativos a la calidad de los servicios públicos.
- Reembolsar por servicios públicos descentralizados o desconcentrados.
- Promover el esfuerzo fiscal territorial.

### 3 CLASIFICACIÓN DE LAS TRANSFERENCIAS SEGUN CONDICIONALIDAD

El concepto de la condicionalidad de las transferencias surge en relación a la asignación de los recursos. Cuando se habla de incondicionalidad, los recursos transferidos no tienen que ser usados para un fin específico, se aplican los criterios de la entidad que recibe los recursos y; cuando se habla de condicionalidad, los criterios de aplicación se definen por la entidad que transfiere los recursos. En el caso de la contraparte, el desembolso de los recursos propios adicionales es requerido por el gobierno central a los estados o municipios en proporción a los recursos transferidos para su aplicación con un propósito específico. Las transferencias pueden clasificarse además en cuanto a la compensación que se busca realizar: sin contrapartida (block grants) con contrapartida (matching grants) o equalizadoras. La clasificación en materia de condicionalidad se detalla de la siguiente manera<sup>5</sup>:

- a) *Transferencias incondicionales redistributivas*: Adoptan criterios para la distribución equitativa de los recursos, por lo general a través de los índices que consideran la población, la renta per cápita, el acceso a los servicios básicos, etc., sin tener en cuenta el lugar de origen de los recursos. Tiene como finalidad la redistribución regional y la reducción de la brecha fiscal. Ejemplos: Fondo de Participación Estatal (FPE) y el Fondo de Participación de los Municipios (FPM).
- b) *Transferencias incondicionales devolutivas*: Devuelven los recursos fiscales a los gobiernos subnacionales donde se recolectó el tributo. Tienen como objetivo aumentar la eficiencia del sistema tributario. La centralización de la recaudación tiende a reducir los costes de ésta, tanto para los contribuyentes como para el gobierno, ya que facilita el procedimiento de inspección y registro de los contribuyentes, y reduce el efecto de cascada de los impuestos. Ejemplos: cuota Municipal del ICMS.
- c) *Transferencias condicionales voluntarias*: Originadas en las políticas discrecionales del gobierno federal. Ejemplos: Acuerdos y Convenios.
- d) *Transferencias condicionales obligatorias*: Están definidas en la Constitución y determinadas por ley ciertas normas sobre las cuantías a transferir a los gobiernos

<sup>5</sup> Afonso, J.R. et al. 2012. "Avaliação da Estrutura e do Desempenho do Sistema Tributário Brasileiro" Livro Branco da Tributação Brasileira. Estudo elaborado para o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

- subnacionales. Tienen el propósito de fomentar la prestación de servicios públicos como la educación y la salud por las autoridades subnacionales. Ejemplos: Educación (FUNDEF/FUNDEB) y salud (Sistema Único de Salud (SUS)).
- e) *Transferencias al Sector Privado Productivo*: No son transferidas a los gobiernos subnacionales, sino a los organismos de financiación o instituciones bancarias. Tienen como objetivo promover la redistribución regional de la renta. Ejemplos: Fondo Constitucional de Financiamiento del Nordeste (FNE), Fondo Constitucional de Financiamiento del Norte (FNO) y Fondo Constitucional de Financiamiento del Medio Oeste (FCO).
- f) *Transferencias Directas a Individuos*: Son transferidas directamente a personas físicas, como su nombre lo indica, sin la intermediación de los gobiernos subnacionales. Dirigido a la redistribución de la renta regional y personal. Ejemplos: Bolsa Familia.

## 4 PRINCIPALES TRANSFERENCIAS INTERGUBERNAMENTALES

### 4.1 Transferencia del ICMS o Cuota del ICMS

- Clasificación: Transferencias incondicionales en las que el 75% de los recursos tiene un carácter devolutivo y el 25%, redistributivo; sin contrapartida.
- Historia: Desde la época de su creación, en 1967, hasta las nuevas disposiciones de 1972, la cuota del ICMS era esencialmente devolutiva. Con el Decreto-Ley nº 1.216/72 la transferencia pasó a ser determinada a partir del Valor Agregado (VA), próximo a un esquema devolutivo, lo que beneficiaba a los municipios de mayor base tributaria, principalmente a los municipios industriales. En 1980 (Enmienda Constitucional nº 17/80), el uso del VA fue limitado al 75% de los recursos de la cuota, pasando a tener un carácter híbrido, dado que el 25% restante podría ser distribuido según criterios establecidos por ley estatal. La Constitución del 88 mantuvo este diseño de la cuota, aumentando del 20% al 25% la parte del ICMS destinada a los municipios.
- Origen de los recursos: 25% de la recaudación del ICMS por los estados.

- Destino de los recursos (Régimen de partición): el 75% de los recursos retornan al municipio donde han sido recaudados, de acuerdo con el concepto de VA, y el 25% según los criterios establecidos en la ley estatal. Los criterios más utilizados en las leyes del estado son el número de habitantes, el área del municipio y/o un coeficiente lineal.
- Transferencias: R\$ 51,92 billones, equivalentes al 1,38% del PIB y R\$ 279,75 *per cápita*.

#### 4.2 Fondo de Participación de los Municipios – FPM

- Clasificación: Transferencias incondicionales redistributivas, sin contrapartida.
- Historia: la creación del FPM llegó en medio de un régimen político centralizado, que, a pesar de no haber vetado su existencia, estableció una fuente de recursos muy limitada. Actualmente, está establecido en la Constitución Federal de 1988 y reglamentado por el Decreto Ley nº 1.881/1981.
- Origen de los recursos: 23,5% de los ingresos de la Unión del Impuesto a la Renta (IR) y del Impuesto sobre Productos Industrializados (IPI).
- Destino de los recursos (Régimen de partición): 10% de los recursos se destinan a capitales del estado; 86,4% a los municipios del interior; y el 3,6% a los municipios más poblados del interior.
  - *Capitales*: considera dos criterios, (i) la población de la cada una de las capitales entre la población total de las capitales; y (ii) el ingreso per cápita del Estado, por lo que las capitales de los estados más ricos reciben relativamente menos que las capitales más pobres.
  - *Municipios del interior*: el criterio de distribución de recursos es el uso del factor de población, recogido en una tabla de coeficientes de regresión en relación al tamaño de la población. Se clasifican de forma descendiente según población. Las ciudades más pobladas tienen más peso, para compensar su mayor capacidad de recaudación de impuestos. Se establecieron unos límites de

factores (máximo y mínimo); por debajo y por encima de un cierto número de habitantes, el porcentaje de los recursos que reciben es constante.

- *Municipios más poblados del interior*: se aplican a los municipios con factor de población igual o superior a 3,8 los mismos criterios que se utilizan para las capitales.

- Transferencias: R\$ 43,07, equivalentes al 1,14% del PIB y R\$ 231,91 *per cápita*.

#### 4.3 Fondo de Participaciones de los Estados – FPE

- Clasificación: Transferencias incondicionales redistributivas, sin contrapartida.
- Historia: El primer tratamiento constitucional de las transferencias redistributivas en Brasil data de 1967, cuando se creó el FPE. Se estableció que el fondo distribuiría el 10%<sup>6</sup> de los ingresos netos de IR y el IPI entre todos los estados de la federación de acuerdo a los criterios de la extensión territorial<sup>7</sup>, la población y los ingresos de cada uno de los estados. En 1976 fue establecida la Reserva Especial para los Estados del Norte y Nordeste (REENE), que asigna un 20% del fondo para los estados de las regiones mencionadas, pero sin cambiar los criterios de distribución. Del mismo modo, el 80% restante se dividió entre todos los estados, incluyendo los del Norte y el Noreste. El FPE, previsto en la Constitución de 1988, fue cambiado al 21.5% de los ingresos de la Unión de IR e IPI transferidos a los estados. La Ley Complementaria N° 62 de 1989 estableció los criterios para la distribución, vigentes hasta el 17 de julio de 2013, cuando se aprobó la Ley Complementaria n° 143 de 2013, que sustituyó a la primera.
- Origen de los recursos: 21,5% de los ingresos netos de IR e IPI.
- Destino de los recursos (Régimen de partición): Coeficientes fijos de acuerdo a la tabla a continuación.

<sup>6</sup> El fondo llegó a ser el 5% de la recaudación de IPI e IR en los años de dictadura militar, pero creció gradualmente hasta alcanzar los niveles actuales.

<sup>7</sup> 5% de los recursos eran distribuidos por ese criterio.

**Tabla 1**  
**Coefficientes de Distribución de FPE entre los Estados**

Estado	Región	% de FPE	Estado	Región	% de FPE
Bahia	NE	9,3962	Amapá	N	3,4120
Ceará	NE	7,3369	Paraná	S	2,8832
Maranhão	NE	7,2182	Goiás	CO	2,8431
Pernambuco	NE	6,9002	Rondônia	N	2,8156
Pará	N	6,1120	Amazonas	N	2,7904
Paraíba	NE	4,7889	Roraima	N	2,4807
Minas Gerais	SE	4,4545	Rio Grande do Sul	S	2,3548
Tocantins	N	4,3400	Mato Grosso	CO	2,3079
Piauí	NE	4,3214	Rio de Janeiro	SE	1,5277
Rio Grande do Norte	NE	4,1779	Espírito Santo	SE	1,5000
Alagoas	NE	4,1601	Mato Grosso do Sul	CO	1,3320
Sergipe	NE	4,1553	Santa Catarina	S	1,2798
Acre	N	3,4210	São Paulo	SE	1,0000
			Distrito Federal	CO	0,6902
<b>TOTAL DE N, NE, CO = 85%</b>					
<b>TOTAL DE S, SE = 15%</b>					

Fuente: Mendes, Miranda y Cosio (2008).

- Transferencias: R\$ 39,02, equivalentes al 1,04% del PIB y R\$ 210,13 *per cápita*.

#### 4.4 Fondo de Manutención y Desarrollo de Educación Básica - FUNDEB

- Clasificación: Transferencias condicionales equalizadoras, con contrapartida.
- Historia: el FUNDEB es una extensión de su fondo predecesor, el FUNDEF, de 1998, que pasó a financiar no sólo la escuela primaria, sino toda la educación básica en el país. El cambio fue institucionalizado por la Enmienda Constitucional nº 53/2006, que cambió del 15% al 20% el porcentaje de los recursos de los estados y municipios, tanto propios como de transferencia, destinado a financiar la educación básica. La Unión debe complementar los recursos del fondo para garantizar un monto mínimo por alumno asignado al financiamiento de la educación por los gobiernos subnacionales.
- Origen de los recursos: los estados y municipios sobrepasan el 20% de los ingresos propios y transferencias y la Unión complementa la financiación.
- Destino de los recursos (Régimen de participación): Basado en los valores mínimos *per cápita* por cada niño inscrito y diferenciados por nivel escolar, por la zona de

vivienda (rural o urbana), o basado en tipos especiales como la educación indígena y la educación de adultos y jóvenes.

- Transferencias: R\$ 11,28 billones para los estados y R\$ 15,26 millones para los municipios, equivalentes al 0,3% y el 0,4% del PIB, respectivamente.

#### **4.5 Compensación por pérdida de ingresos por exportación**

- Clasificación: Transferencia voluntaria, incondicional, devolutiva, sin contrapartida.
- Historia: la exención del ICMS sobre las exportaciones de productos primarios y semi-elaborados, establecida en la Ley Complementaria nº 86 de 1996 (Ley Kandir), había garantizado compensación a los estados a través de transferencias, según los criterios especificados en la misma ley. Los gobiernos estatales, al considerar la compensación insuficientemente, presionaron para conseguir una mejora en las condiciones. La Enmienda Constitucional nº 42/2003, establece la obligación de indemnización, pero se dejó para legislación futura la definición de los criterios, términos y condiciones de la transferencia de recursos. Como la LC aún no ha sido aprobada, los criterios de Ley Kandir siguen vigentes, incluyendo los que definen que, desde 2003, las transferencias de la Unión a los estados están sujetas a la asignación del presupuesto, dando espacio para que el gobierno federal pueda reducir las cantidades a transferir. En la actualidad, la compensación se realiza a través de dos mecanismos: (i) relacionado con la exportación de productos manufacturados, y (ii) relacionado con la exportación de bienes primarios y semielaborados (transferencias a título de IPI-Exportación y Fondo de Participación de los Estados exportadores - FPEX -, respectivamente).
- Origen de los recursos: 10% del IPI en el caso del IPI-Exportación y la asignación presupuestaria en el caso de FPEX.
- Destino de los recursos (Régimen de partición): Los fondos se transfieren a los estados de acuerdo con el nivel de las exportaciones de cada uno. El 25% de los fondos recibidos por los estados debe ser distribuido entre sus municipios con los mismos criterios utilizados en cuota proporcional del ICMS.

- Transferencias: R\$ 2,95 billones de IPI Exportación y R\$ 1,17 billones FPEX de la Unión a los estados, y R\$ 0,74 billones de FPEX de los estados a los municipios; equivalente al 0,08%; 0,03% y 0,02% del PIB, respectivamente.

#### 4.6 CIDE – combustibles

- Clasificación: Transferencia obligatoria de uso condicional (vinculada a las inversiones en infraestructura de transporte); sin contrapartida.
- Historia: La transferencia de CIDE-Combustibles fue establecido por la Enmienda Constitucional nº 42/2003, cuando se fijó la transferencia del 25% de la CIDE (18,75% a los estados y 6,25% a los municipios). La Ley N° 10.866/2004 regula la distribución del impuesto y la Enmienda Constitucional nº 44/2004 aumentó el porcentaje de la transferencia del 25% al 29%, actualmente en vigor.
- Origen de los recursos: La Unión debe revisar el 29% de la recaudación del CIDE, siendo 21,75% a los estados y el 7,25% a los municipios.
- Destino de los recursos (Régimen de distribución): Los criterios para la distribución de los recursos entre los estados es el siguiente: 40% en proporción a la extensión de la red de carreteras federales y estatales existentes pavimentada en el estado o DF; 30% en proporción al consumo de combustible; 20% proporcional a la población; y 10% distribuido linealmente.
- Transferencias: R\$ 1,34 billones a estados y R\$ 0,44 billones a los municipios, lo que equivale al 0,04% y 0,01% del PIB, o R\$ 7,21 y R\$ 2,36 *per cápita*, respectivamente.

#### 4.7 Otras transferencias incondicionales

- Clasificación: Transferencias incondicionales devolutivas, sin contrapartida.
- Origen de los recursos: 50% del Impuesto sobre la Propiedad de Vehículos Automotores (IPVA) recaudado por los estados; 50% del Impuesto Territorial Rural (ITR) recaudado por la Unión; y el 100% del Impuesto sobre Operaciones Financieras sobre compra y venta de Oro (IOF Oro) recaudado por la Unión.
- Destino de los recursos (Régimen de partición):

**Tabla 2**  
**Criterios de Partición del IPVA, ITR e IOF Oro**

	IPVA	ITR	IOF Oro
Estados de origen de la base tributaria	-	-	30%
Municipios de origen de la base tributaria	50%	50%	70%

Fuente: Elaboración propia.

- Transferencias: R\$ 10,64 billones de IPVA, R\$ 0,36 billones del ITR y R\$ 3 millones de IOF Oro a los municipios; cantidad equivalente a 0,29% del PIB. A los estados, R\$ 1,3 millones de IOF Oro, valor meramente simbólico.

## 5 MAGNITUD DE LAS TRANSFERENCIAS

En la parte superior de la tabla 3, a continuación, se presenta la carga tributaria brasileña en su forma tradicional: lo que ha sido recaudado de manera directa por esfera de gobierno.

**Tabla 3 - Recaudación Tributaria por Esfera de Gobierno, 2010**

	Recaudación Total (R\$ billones)	% del Total Recaudado	% del PIB
<b>Global</b>	<b>1.288,98</b>	<b>100%</b>	<b>34,19%</b>
Unión	869,41	67,45%	23,06%
Estados	341,64	26,50%	9,06%
Municipios	77,93	6,05%	2,07%

**Tabla 4 - Ingresos Disponibles por Esfera de Gobierno, 2010**

	Ingreso Disponible (R\$ billones)	% del Total	% del PIB
<b>Global</b>	<b>1.288,98</b>	<b>100%</b>	<b>34,19%</b>
Unión	729,81	56,62%	19,36%
Estados	323,36	25,09%	8,58%
Municipios	235,81	18,29%	6,25%

Fuente: BID Discussion Paper 265

No obstante, conforme lo mencionado anteriormente, el sistema federativo brasileño se caracteriza por presentar flujos substanciales de recursos entre los distintos niveles de gobierno. Los “ingresos disponibles” son el volumen de recursos obtenidos por cada esfera de gobierno considerando la recaudación directa y las transferencias intergubernamentales.

Es posible verificar las “perdidas” o “ganancias” de ingresos por parte de una esfera de gobierno comparando la recaudación directa, presentada en la primera parte del cuadro, con los ingresos disponibles, presentados en la segunda parte.

La Unión, por ejemplo, presentó una recaudación directa de R\$ 869,4 billones (23,06% del PIB) en 2010, quedándose con un total de R\$ 729,8 billones (19,36% del PIB) de ingresos disponibles. Es decir, la Unión hizo una transferencia de recursos a los gobiernos territoriales del orden de R\$ 139,6 billones (3,71% del PIB).

Fuente: BID Discussion Paper 265

**Tabla 5 - Transferencias de la Unión a los Estados**

	Total (R\$ billones)	% del Total	% del PIB
FPE	39,02	3,03%	1,04%
FPEX	2,95	0,23%	0,08%
IOF Ouro	0,00	0,00%	0,00%
Seguro Rec. ICMS	1,17	0,09%	0,03%
FUNDEB	11,28	0,87%	0,30%
Salario Educación	7,37	0,57%	0,20%
FEX	1,46	0,11%	0,04%
CIDE	1,34	0,10%	0,04%
AFE	0,80	0,06%	0,02%
Regalías y Participaciones	8,38	0,65%	0,22%
<b>Total</b>	<b>73,78</b>	<b>5,72%</b>	<b>1,96%</b>

**Tabla 6 - Transferencias de la Unión a los Municipios**

	Total (R\$ billones)	% del Total	% del PIB
FPM	43,07	3,34%	1,14%
ITR	0,36	0,03%	0,01%
IOF Ouro	0,00	0,00%	0,00%
Seguro Rec. ICMS	0,39	0,03%	0,01%
FUNDEB	15,26	1,18%	0,40%
FEX	0,49	0,04%	0,01%
CIDE	0,44	0,03%	0,01%
AFE	0,52	0,04%	0,01%
Regalías y Participaciones	5,30	0,41%	0,14%
<b>Total</b>	<b>65,82</b>	<b>5,11%</b>	<b>1,75%</b>

Fuente: BID Discussion Paper 265

Los Estados, a su vez, recaudaron R\$ 341,6 billones o 9,06% del PIB de 2010 y, después de las transferencias, se quedaron con R\$ 323,4 billones (8,58% del PIB) de ingresos disponibles. Eso significa que, en términos netos (lo recaudado menos lo cedido), esa esfera de gobierno transfirió R\$ 18,2 billones (0,48% del PIB). Los municipios, a su vez, aparecen como la única esfera de gobierno que recibe más recursos de lo que transfiere. La recaudación directa de estos entes territoriales quedó en R\$ 77,9 billones (2,07% del PIB) y los ingresos disponibles fueron de R\$ 235,8 billones (6,25% del PIB). Esa diferencia (casi R\$ 158 billones) representa los recursos netos recibidos por los municipios. Es decir, aproximadamente el 67% de los ingresos disponibles de los municipios de Brasil no son de ingresos directamente recaudados, sino de recursos originados en la Unión o en los estados.

**Tabla 7 - Transferencias de los Estados a los Municipios**

	Total (R\$ billones)	% del Total	% del PIB
ICMS	51,92	4,03%	1,38%
IPVA	10,64	0,83%	0,28%
FPEX	0,74	0,06%	0,02%
FUNDEB	28,76	2,23%	0,76%
<b>Total</b>	<b>92,05</b>	<b>7,14%</b>	<b>2,44%</b>

Fuente: Secretaria do Tesouro Nacional (STN). Transferências Constitucionais e Legais.

El movimiento de los recursos entre los gobiernos es proporcionado por las transferencias, que son diversas y presentan muchas fuentes de recursos y finalidades. Las principales transferencias considerando el volumen de recursos, son la Cuota del ICMS, el FPM y el FPE.

## 6 LOS DESAFÍOS DE LA REFORMA DEL FPE

En 2010, el Tribunal Supremo de Brasil declaró inconstitucional la fórmula de distribución horizontal del FPE, por considerarla no redistributiva al usar criterios de coeficientes fijos (ver Tabla 1). Esta decisión determinó la necesidad de cambio de los criterios de prorrateo del FPE, que generó un amplio debate de especialistas sugiriendo distintas propuestas de reforma.

La Constitución Federal de Brasil, que regula el FPE en el artículo 159 y en la sección II del artículo 161, se refiere a una ley complementaria para establecer las reglas de distribución del FPE con el objetivo de “promover el equilibrio socio-económico de los estados y municipios”. El asunto debería haber sido revisado después de promulgada la nueva Constitución, ya que el párrafo único del artículo 39 de las Disposiciones Constitucionales Transitorias determina que el Congreso debe votar la ley dentro de un año de publicada la norma<sup>8</sup>. Como no hubo nuevos criterios de distribución aprobados dentro de ese período, se aprobó la Ley Complementaria (LC) 62 de 28 de Diciembre de 1989, con carácter transitorio. El apartado 1 del artículo 12 de esta LC establecía que “los coeficientes de participación individual de los estados y el Distrito Federal en relación al FPE que se aplicarán hasta el ejercicio 1991, inclusive, se muestran en el Anexo Único”. En decir, los coeficientes de distribución del FPE fueron "congelados" en 27 cuotas porque la LC, que debía ser transitoria, se convirtió en permanente al no aprobarse una nueva LC posterior al año 1992. Al aplicarse coeficientes fijos sin tener en cuenta la evolución de las condiciones socioeconómicas de los municipios, no se está alcanzando el objetivo de redistribución y equidad esperado con el sistema de transferencias.

<sup>8</sup> Ministério da Fazenda. (2012). O que você precisa saber sobre Transferências constitucionais e legais. Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE. Brasília: Ministério da Fazenda. Sept/2012

La tabla 8, a continuación, evidencia que los coeficientes fijos no tiene una función redistributiva de la riqueza. Estados con un PIB p.c. bajo como Maranhão (MA), R\$ 6.161, reciben una cantidad de R\$ 408 por FPE p.c., mientras que estados con PIB p.c. más alto, como Amapá (AP) (R\$ 11.560) o Roraima (RR) (R\$ 13.008), reciben una cantidad mucho mayor de transferencias del FPE, R\$ 1.973 y R\$ 2.133, respectivamente.

**Tabla 8: Comparación de distribución de transferencias FPE per cápita con los ingresos per cápita y la capacidad de gasto de los Estados, 2009 (reales)**

Estado	PIB p.c.	Ingresos básicos p.c.	FPE p.c.	Ingresos netos p.c.
AC	10.477	989	1.790	2.779
AL	6.623	523	474	997
AM	14.360	1.375	297	1.672
AP	11.569	988	1.973	2.962
BA	9.326	628	233	861
CE	7.668	543	313	856
DF	51.142	3.417	99	3.516
ES	19.185	1.831	157	1.988
GO	14.387	977	175	1.152
MA	6.161	454	408	862
MG	14.290	1.086	81	1.167
MS	15.170	1.492	203	1.695
MT	18.742	1.434	277	1.711
PA	7.809	676	300	976
PB	7.506	523	457	980
PE	8.892	651	286	937
PI	5.961	543	494	1.037
PR	17.756	1.042	98	1.140
RJ	22.396	1.531	35	1.566
RN	8.753	833	479	1.312
RO	13.217	1.239	671	1.910
RR	13.008	1.030	2.133	3.163
RS	19.773	1.186	78	1.264
SC	21.076	1.273	76	1.349
SE	9.633	1.007	741	1.748
SP	26.385	1.603	9	1.612
TO	11.072	1.042	1.205	2.247

Fuente: Ter-Minassian, Teresa, 2013. "Reforming the Revenue-Sharing Fund for the States (FPE)". Discussion paper No. IDB – DP – 216 del Banco Inter-Americano de Desarrollo. p. 26.

Notas: BR: ingresos netos antes de transferencias de FPE; NR: ingresos netos después de transferencias de FPE; p.c.: per capita

Tras declarar la inconstitucionalidad de los actuales criterios de distribución del FPE, el Tribunal Supremo fijó fecha límite para la aprobación de una nueva ley por el Parlamento, que expiró en diciembre de 2012. En enero de 2013, el presidente en ejercicio del Tribunal Supremo, determinó que las reglas de distribución del fondo permanecerían en vigor por más 150 días. El acuerdo político finalmente llegó en julio de 2013, con la aprobación de la LC 143 de 17 de julio de 2013<sup>9</sup>.

La nueva norma, que comienza a ser efectiva en 2016, establece nuevos criterios de distribución. A partir del 2016, el importe a pagar en cada ejercicio será ajustado por la variación del Índice Nacional de Precios al Consumidor Amplio (IPCA) y el 75% de la variación del Producto Interior Bruto (PIB) del año anterior, utilizado como base para el cálculo. Por lo tanto, la variación del PIB de 2014 en relación a 2015 será pagada en 2016. Si a partir de 2016, la cantidad a distribuir fuera mayor a la obtenida con ese cálculo, se prevé un reajuste en base a criterios proporcionales a la población e inversos a la renta per cápita del hogar. Sin embargo, los nuevos criterios de distribución, no son fieles tampoco al objetivo de búsqueda de la equidad y redistribución de la riqueza en función de características socioeconómicas que propugna la Constitución.

Los criterios de distribución del FPE deberían considerar el potencial y la efectiva recaudación directa y las necesidades de cada entidad de gobierno. La ecualización por gastos es necesaria cuando, en promedio, los estados recaudan lo suficiente para proveer servicios públicos y mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos.

Una de las propuestas para la reforma más acorde con el objetivo de redistribución de la riqueza y conseguir el equilibrio socioeconómicas de los estados, debería haber considerado los ingresos potenciales y la efectiva recaudación de ingresos como un proxy de la capacidad de ingresos per cápita. Se propuso un sistema de ecualización parcial (tasa en el torno de 70%) de los ingresos, con ajuste de un promedio trienal para evitar promover la “pereza fiscal” de los entes de gobierno. Esta medida aseguraría flexibilidad suficiente en la fórmula de distribución para acomodarse a los cambios en las relativas situaciones de los entes de gobierno afectados. En los estados donde el ingreso base quedara significativamente por

<sup>9</sup> Prado, Sergio. (2013). “FPE Equalização Estadual no Brasil”. Alternativas e simulações para a reforma. FGV Projetos. IDP.

encima del promedio no deberían recibir transferencia de equalización. El ingreso final “equalizado” per cápita debería ser ligeramente inferior al ingreso base per cápita de los estados no beneficiados.

Como se evidencia en la tabla 9, a continuación, la fórmula de distribución recomendada para las transferencias FPE tiene una función redistributiva efectiva. Estados con ingresos básicos p.c. más bajos reciben una cuantía más alta de FPE. Estados como Maranhão (MA), con ingresos básicos p.c. de R\$ 454, reciben una cantidad de R\$ 634 de FPE p.c., mientras que estados con ingresos básicos p.c. más altos, como el Distrito Federal (DF) (R\$ 3.417) reciben una cantidad mucho menor de transferencias del FPE, R\$ 4,5. En definitiva, la LC 143 de 17 de julio de 2013 que fija los nuevos criterios de prorrateo del FPE sustituyendo a la LC 62 de 28 de Diciembre de 1989, sigue sin solventar el problema en la redistribución de riqueza. Es cuestión de tiempo que los criterios de distribución del FPE vuelvan a cobrar importancia en el debate político. Por ello, la propuesta de reforma sugerida en este documento podría ser una buena solución, ya que redistribuye la riqueza persiguiendo promover el equilibrio socio-económico de los estados y municipios como propugna la Constitución.

**Tabla 9. Impacto de la fórmula de distribución recomendada para las transferencias FPE en los ingresos per cápita<sup>10</sup> de los estados.**

Estado	Ingresos básicos p.c.	FPE p.c.	Ingresos netos p.c.
DF	3.417,4	4,5	3.421,9
ES	1.831,0	45,8	1.876,8
SP	1.602,7	51,7	1.654,4
RJ	1.530,8	53,6	1.584,4
MS	1.491,7	54,6	1.546,3
MT	1.434,7	56,1	1.490,8
AM	1.375,1	57,6	1.432,7

<sup>10</sup> Cálculos basados en data de STN de 2009.

<b>SC</b>	1.272,7	60,3	1.333,0
<b>RO</b>	1.238,9	61,2	1.300,1
<b>RS</b>	1.185,6	62,6	1.248,2
<b>MG</b>	1.086,3	65,2	1.151,5
<b>PR</b>	1.042,3	66,3	1.108,6
<b>TO</b>	1.041,5	66,3	1.107,9
<b>RR</b>	1.029,8	66,6	1.096,4
<b>SE</b>	1.006,6	67,6	1.074,2
<b>AC</b>	988,8	85,8	1.074,6
<b>AP</b>	988,3	86,3	1.074,6
<b>GO</b>	976,6	98,3	1.074,9
<b>RN</b>	833,8	244,8	1.078,6
<b>PA</b>	676,0	406,8	1.082,8
<b>PE</b>	650,9	432,6	1.083,5
<b>BA</b>	627,6	456,45	1.084,1
<b>PI</b>	542,6	543,6	1.086,2
<b>CE</b>	542,6	543,7	1.086,3
<b>PB</b>	523,3	563,5	1.086,8
<b>AL</b>	522,5	564,3	1.086,8
<b>MA</b>	454,2	634,4	1.088,6

Fuente: Ter-Minassian, Teresa, 2013. "Reforming the Revenue-Sharing Fund for the States (FPE)". Discussion paper No. IDB – DP – 216 del Banco Inter-Americano de Desarrollo. p. 30

## 7 BIBLIOGRAFIA

AFONSO, J.R. et al. (2013). "Avaliação da Estrutura e do Desempenho do Sistema Tributário Brasileiro" **Livro Branco da Tributação Brasileira**. Documento para

discusión No. IDB – DP – 265 del Banco Inter-Americano de Desarrollo. Disponível em: <<http://publications.iadb.org/handle/11319/5706>>.

Ministério da Fazenda. (2012). **O que você precisa saber sobre Transferências constitucionais e legais**. Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE. Brasília: Ministério da Fazenda. Sept/2012. Disponível em: <[http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/estados\\_municipios/download/CartilhaFPE.pdf](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/download/CartilhaFPE.pdf)>.

PRADO, Sergio. **“FPE Equalização Estadual no Brasil”**. Alternativas e simulações para a reforma. FGV Projetos. IDP, 2013.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL (STN), Transferências Constitucionais e Legais. Tesouro. Disponível em: <[http://www.tesouro.fazenda.gov.br/transferencias-constitucionais-e-legais#Dados\\_consolidados](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/transferencias-constitucionais-e-legais#Dados_consolidados)>.

TER-MINASSIAN, Teresa, 2013. “Reforming the Revenue-Sharing Fund for the States (FPE)”. **Discussion paper No. IDB – DP – 216 del Banco Inter-Americano de Desarrollo**. English version: <<http://publications.iadb.org/handle/11319/5711>> Portuguese version: <<http://publications.iadb.org/handle/11319/5101>>.

## 8 REFERENCIAS

Ley Complementaria no. 143, de 17 de julio de 2013 altera a la Ley Complementaria 62, de 28 de diciembre de 1989, a la Ley 5.172, de 25 de octubre de 1966 (Código Tributario Nacional), a la Ley 8.443, de 16 de julio de 1992 (Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Unión), para disponer los criterios de prorrateo del FPE; y renueva lo dispuesto en la Ley 5.172, de 25 de octubre de 1966.

Ley Complementaria 62, de 28 de diciembre de 1989 para disponer los criterios de prorrateo del FPE; renueva lo dispuesto en la Ley 5.172, de 25 de octubre de 1966.

## OUTSOURCING AND WORKERS ORGANIZATION - (CRITICAL) LESSONS FROM BRAZIL<sup>1</sup>

### TERCEIRIZAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DOS TRABALHADORES: LIÇÕES (CRÍTICAS) DO BRASIL

*Alberto Emiliano de Oliveira Neto<sup>2</sup>*

*Tatyana Scheila Friedrich<sup>3</sup>*

#### Resumo

Nos últimos anos o esgotamento dos modelos de produção do Fordismo e Toyotismo e da globalização levaram a uma transformação na produção por todo o mundo. Empresas não são mais estruturadas verticalmente, unindo todas as atividades no mesmo espaço. Elas começam a se organizar horizontalmente, focando em suas atividades-kerne e repassando a outras empresas suas atividades secundárias para otimizar o processo produtivo, em um processo denominado "acumulação flexível". Consequências no mercado de trabalho são inevitáveis. As empresas de prestação de serviços precisam de maior flexibilidade e mobilidade externas, tal como os movimentos de mercado, como são submetidas a um ambiente ferozmente competitivo. Então, para manter as suas atividades elas promovem a redução dos salários dos trabalhadores e dos benefícios sociais, oferecendo, em geral, empregos precários e temporários. A organização dos trabalhadores também se torna mais difícil nesta nova estrutura, uma situação que se espalha em muitos países, inclusive no Brasil. Mesmo com suas peculiaridades históricas e legislativas o país não é imune a esta nova realidade.

**Palavras-chave:** Terceirização. Organização. Trabalhadores. Flexibilização.

#### Abstract

In recent years, the exhaustion of Fordism and Taylorism as models of production and the globalization led to a shift in the economic production, all around the world. Companies no longer are structured vertically, bringing together all the activities in the same space. They begin to organize themselves horizontally, focusing on their core activities and passing on to other companies its ancillary activities in order to optimize the production process, in a process called "flexible accumulation". Consequences in the labor force are inevitable. Service provider companies need greater flexibility and external mobility, just like market movements, as they are

<sup>1</sup> Artigo submetido em 04/11/2015, pareceres de análise em 26/01/2016, 26/06/2016 e 18/08/2016, aprovação comunicada em 23/08/2016.

<sup>2</sup> Msc., Professor of Labor Law at Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Brazil. Labor Prosecutor in Brazil (Ministério Público do Trabalho). E-mail: <albertoemiliano@uol.com.br>.

<sup>3</sup> Professor of Private International Law at Universidade Federal do Paraná (UFPR), Brazil. Visiting Scholar at Fordham University/NY - Capes Scholarship - Process nº BEX 2540/15-0. E-mail: <tatyanafriedrich@yahoo.com>.

subjected to fierce competitive environment. So, in order to maintain their activities, they promote reduction of workers' salaries and social benefits, offering, generally, precarious and temporary jobs. Workers organization also become more difficult in such new structure, a situation that spreads in many countries, included Brazil. Even with its historical and legislative peculiarities, the country is no immune to this new reality.

**Keywords:** Outsourcing. Workers. Organization. Flexibility.

**Sumário:** 1. Introduction to corporatist State and outsourcing; 2. Effects of outsourcing in the organization of workers; 3. Corporatist State, outsourcing and workers organization in Brazil; 4. References.

## 1 INTRODUCTION TO CORPORATIST STATE AND OUTSOURCING

The labor law regulates the legal relationship between the owner of the means of production (employer) and the devoid of these means (employee or worker), and for the late, the sale of his labor power acts as an inevitable survival strategy. The method adopted by employers in the implementation of economic activity reflects in the regulatory system of buying and selling of labor force, which is the production process' essence. Ford and Taylor production models influenced the construction of this system applicable to the employment relationship, especially when envisioned subordination as fundamental to its implementation. (RAMOS FILHO, 2012: 142/149).

The Fordism is the way in which the industry and the work were consolidated throughout the twentieth century and its basic building blocks were mainly the mass production through assembly line and more homogeneous products; the existence of piecemeal work and fragmentation of functions; the separation between elaboration and execution in the process of work; the existence of concentrated and vertically organized manufacturing facilities; and the establishment of the factory collective worker (ANTUNES, 2005: 25)

Nevertheless, after a long period of capital accumulation during the heyday of Fordism and Taylorism phase of capitalism, from the beginning of the 1970s, it began to show signs of a critical situation marked by falling rate of profit, exhaustion of the standards regarding Taylor's accumulation and Ford's production, hypertrophy of the financial sphere, concentration of capital, welfare state crisis and increment of privatizations (ANTUNES, 2003: 29/30).

In this moment of crisis of capitalism, clears up the emergence of a new model, the Toyotism, marked by reduced inventories and increased diversification, and whose appropriation by the industry turned out to influence irreversibly labor relations. In this model, companies no longer are structured vertically, bringing together all the activities in the same space. They begin to organize themselves horizontally, focusing on their core activities and passing on to other companies its ancillary activities in order to optimize the production process, in a process called "flexible accumulation".

Similarly to Fordism and Taylorism models, Toyotism also reflected in labor relations through the use of an administration technique called worldwide as "subcontracting" or "outsourcing". By fragmenting the production, workers end up being scattered among several companies, resulting in decisive influence on the way they organize their work force. If, until then, the discussion for better working conditions occurred in a single unit or before a single employer, in this new production model demobilization of workers is the rule. A harmful consequence to the process of searching for better working conditions.

In this regard, outsourcing emerges as an element that challenges the understanding of legal practitioners and scholar, especially in labor law, while inserts a third subject in the legal relationship between worker and employer. And it is a phenomenon that occurs worldwide, in developed and developing countries.

## **2 EFFECTS OF OUTSOURCING IN THE ORGANIZATION OF WORKERS**

Unions have always based their actions on claims related to the common rights of the represented working class. This cohesion was strengthened by the prevalence of Fordism and Taylorism production models with great concentration in the workforce industries with similar salary ranges (SANTOS, 2014: 215).

Globalization and changes in production processes are related to the diversification of functions, the proliferation of production units scattered in many countries, lending activities to smaller companies or companies located in other countries where the cost of labor and taxes are lower, among other things. This context decisively influenced the workers ability to organize.

Giovanni Alves highlights the discussion waged in European literature about the precarious employment situation, characterized by "bad jobs" or "poor job", that opposes the traditional employment contract that ensures a full-time contract, for an indefinite period and with social protection. Precarious work, therefore, is characterized by job insecurity, loss of social benefits and low salaries (2013: 148).

In labor relations taking place in Brazil, outsourcing is also marked by precarious and temporary jobs. Service provider companies need greater flexibility and external mobility, just like market movements, as they are subjected to fierce competitive environment. So, in order to maintain their activities, they promote reduction of workers' salaries and social benefits. (DELGADO and AMORIM, 2014: 39/49).

Ricardo Antunes relates falling unionization rates to changes in the working world, among which the changing of the working class way of being, as it became more heterogeneous, fragmented and complex. He exposes the collapse of the vertical unions, a Fordism heritage linked to the corporatist model. The unions fail to act horizontally and to cover all groups of workers (2005: 67/70).

From the late 1970s there were intense socioeconomic changes related to the internationalization of the world economy process. The opening markets, the importance of financial capital, the broad liberalization of foreign trade and deregulation of the economy started the design of a capitalist restructuring. This restructuring tends to boost the metamorphosis of industrial labor and the fragmentation of the working class. Under this framework, originated from Toyotist model, the outsourcing process appears as an obstacle to unions collective action (MASSONI, 2007: 22/26).

Outsourcing, among other consequences, acts as a barrier to organizing workers. By breaking down the production process into several parts, the labor contractual relationships, marked by low salaries and short-term contracts, do not concentrate on a single employer anymore, resulting in workers lack of the sense of identity and of belonging to a certain group.

Even when they are in the same working environment, workers are divided into several companies and are subjected to various contractual arrangements. This fragmentation, among other consequences, prevents workers from sharing the same ideals and join forces in search of better working conditions. The union and the right to

strike are emptied. Also, the market competition system leads services provider companies to pay lower salaries.

### 3 CORPORATIST STATE, OUTSOURCING AND WORKERS ORGANIZATION IN BRAZIL

In the Brazilian legal system, labor law has strong traits of state corporatism characterized by the decisive influence of the state on the organization of society. The corporatist state somewhat resembles the state model advocated by Thomas Hobbes in *Leviathan*. It is a strong state that interferes decisively in the lives of individuals on the grounds of law and order and protection against external attacks.

Regarding the state monopoly on the production of law, Hespanha highlights it first as a state creation, the result of its sovereignty. This idea belongs to democratic models, in which the popular will is expressed in the form of laws issued by the state. Then, the author denounces this model of legal monopoly as a tool used by authoritarian regimes of the mid-twentieth century, such as Fascism, Nazism and Bolshevism, in which the right is identified as legal act and as the totalitarian authority of the State (HESPANHA, 2009: 25/27).

The labor protection system established in Brazil is the result of authoritarian and concentrator State. President Getúlio Vargas age (1930-1945 -first a dictatorship then a democratic term), considered as the historical moment of consolidation of labor laws, is marked by a prominent State's role addressed to individuals. Specifically, in labor law, clears up the construction of a structure in which workers and employers are aligned by the State for implementation of a unified national project regarding growth and the suppression of the conflict between capital and labor by imposing a hiring model regulated by the State. The union could not get out of this process unscathed.

According to Antunes, the Getulism was a remarkable experience for the Brazilian labor movement, as in that period a comprehensive labor legislation was built as a fundamental tool for the viability of the country's industrialization project. Regarding the workers organization, Getúlio Vargas government fought intensely against left-wing workers' and trade union leaders and impose a trade union structure that is classified in Brazil as "*Sindicalismo de Estado*" (state unionism) (2011: 82/83).

RAMOS FILHO classifies this model as Fordist corporatism<sup>4</sup>, characterized by limiting collective bargaining and emphasizing the statutory (legislated) rights as a way to not leverage social conflicts, interpreted as inadvisable. (2012: 137).

The origin of the trade union organization in the Brazilian legal system is based on the suppression of the conflict between capital and labor, as well as the placement of trade unions as partners of the State in the execution of public policies aiming economic growth. Specifically in labor relations, the corporatist system seeks to replace the conflict between capital and labor by an integrated action between employers and workers, the last represented by their respective unions, focusing on the realization of the interests of the entire community.

Mauricio Godinho Delgado outlines four models for aggregation of workers to trade union: 1) by profession; 2) by company; 3) by business segment/branch; 4) by occupational category (2002, 1303/1307). In Brazil, the corporatist state adopted the concept of category as a criterion for organizing workers. This was the model developed in Fascist Italy in order to convey the power of state control over the productive forces and organize the socio-economic life of the country through corporations (SANTOS, 2014: 191).

The most important labor law in Brazil is the Executive Act issued in the period mentioned above, (Decreto-Lei n. 5.452/1943), named as Consolidation of Labor Laws ("Consolidação das Leis Trabalhistas"). It states that the similarity of living conditions arising from the profession or work in common, in an employment situation in the same, similar or related economic activity makes up the basic social expression understood as a professional category (Decreto Lei n. 5.452/43, article 511, § 2).

Therefore, economic activity developed by the employer defines the "professional category", a concept needed to identify the union representing the worker. Thus, the workers at a metallurgical company are part of the trade union of metal workers. Also, workers hired by banks rely on the representation of the union of bank workers and so on.

So, the concept of professional category provided by the statute is a manifestation of an authoritarian model of state control over union activity, which is

<sup>4</sup> About corporatism, v. Ramos Son (2012 : 137) that news very model of authoritarian governments of Portugal and Spain and influenced by Italian fascism.

incompatible with the Constitutional Principles of freedom of association and union autonomy.

The Art. 8 of the Constitution of Brazil provides that professional or union association is free and there is no need of State authorization for the union to be founded. Nevertheless, the unions must do their registration in the competent organ. The Government interference and intervention in the union is forbidden. Also it establishes that the creation of more than one organization representing professional or economic category in the same territorial base is prohibited. The territorial base must be defined by the workers or employers concerned and cannot be smaller than the area of a municipality.

It seems to have a contradiction, regarding the registration. Although the Government interference and intervention is forbidden, the Constitution maintained the need for registration in order to protect the trade union unity. Indeed, after the promulgation of the Constitution of 1988, the Ministry of Labor and Employment understood initially that the trade union registration it was not necessary anymore, on the grounds that such a requirement would imply interference of government in the union. However, in 2003 the Supreme Court, by Precedent. 677, defined that until a specific act regarding registration is not issued, the Ministry of Labor has the duty to do the registration of unions and to protect the principle of unity with regard to the limits to create new unions within a given municipality.

Then, "category" is nothing more than the criteria adopted by the state to organize unions. It could it be done by company or by branch of economic activity, but in the Brazilian labor system the unions are organized from the concept of category. The division of fields of activity between existing unions, which act only after the registration in a State organ, settles a model that is conducive to state intervention on the activities of trade unions.

Ronaldo Lima dos Santos highlights that the rating by category acts as a tool to enhance greater social control as it allows achieving certain uniformisation of behaviors, thoughts and values of the people framed in the specified category. That is, by defining a collective pattern of behavior, one can predict the behavior of individuals and hence enable social control over them and the groups that they are inserted in (2014: 194/195)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> It is certainly a theme that allows an in-depth study from the lessons of Foucault and Deleuze about the forms of power and control society, respectively.

It is noteworthy that the category approach has proving detrimental to workers due to a highly specialized criteria of economic activity developed by the employer. In the event of outsourcing, workers hired by the subcontracted companies integrate diverse professional category and therefore are represented by others unions than the ones that represent the workers hired by the main firm.

Among other aspects of this fragmentation of the union organization, there are collective bargains and agreements of distinct work whose content is unable to guarantee equality to workers who share the same workplace. Therefore, the decentralization of the production process added to the use of category concept allows the same workplace count on workers represented by several unions whose representativeness and effective defense of workers may differ and may not meet the expectations of workers.

Outsourcing breaks the spirit of solidarity among workers built in the Fordist model. In the Toyotist model of company's fragmentation, there is a conflict of interest between workers directly contracted and outsourced. Those fear the loss of jobs, as these are subjected to more precarious contractual conditions.

By discriminating against workers hired directly and workers hired by subcontractors, the current union organization system, together with the Toyota-production model, tend to fragment the union representation system. The spirit of solidarity necessary to the union engagement by workers suffers in the face of precarious working conditions that outsourced workers are subjected.

The union unicity principle established in the Federal Constitution of 1988 cannot act as insurmountable obstacle to effective action of unions for the defense of workers. The concept of category, by the way, is legal and not constitutional, and it opens a space for a change in interpretation, in order to ensure the fullness of the freedom of association guaranteed in the same Constitution.

The concept category was forged from a corporatist state model that was developed during the Fordist production system and became a legal institution unable to guarantee to the unions the possibility of effective defense of workers' interests in the present moment, marked by the decentralization of the production process that characterize the Toyotism production system, that prevail nowadays.

Furthermore, It is important to note that the collective bargaining conducted by the trade unions representing the workers directly employed tends to be more beneficial in relation to collective bargaining undertaken by unions representing outsourced workers. This conclusion stems from the process of deterioration that is part of outsourcing, as shown above.

Delgado advocates an wider interpretation of the professional category concept in order to strengthen the action of the unions. The idea of similitude of life and labor conditions, on the basis of the worker's relationship to similar or related economic business activity, allows the enlargement of unions, not their withering -as it has happened in recent years (2002, 1305).

In Toyotist outsourcing times, the concept of category should be reviewed for the purpose of enabling uniform performance of the labor union for the benefit of all workers who share the same workplace, even if employed by different employers. The narrow concept of category cannot restrict the power and the legitimacy of trade unions when doing the defense of diffuse and collective rights and acting broadly, searching to cover workers who are not necessarily part of the professional category represented.

The general rule is that collective bargaining benefit solely the members of the workers category. This results on the possibility of submission of outsourced workers in more precarious working conditions than those employed directly by the main firm. Outsourced workers are linked to the collective agreement negotiated with the outsourcing company and not with the main firm, despite the late being benefited by the services provided by outsourced workers.

Thus, an alternative would be the unification of collective bargaining. Get together all employee unions in a single negotiation with employers in order to avoid damages for outsourced workers. The unified trading would allow the definition of equal remuneration floors, profit sharing, as well as other social benefits such as health care, transportation and food.

The reconstruction of the concept of category will consist in a solid fight instrument against the harmful effects of outsourcing in relation to the organization of workers as well as a contribution to the improvement of social conditions of all workers who share the same working place, to whom is indispensable to have the same legal protection. Otherwise it is considered discriminatory practice and anti-union act.

#### 4 REFERENCES

- ALVES, Giovanni. **Dimensões da precarização do trabalho. Ensaios de sociologia do trabalho.** Bauru: Canal 6, 2013.
- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho.** 10. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005.
- ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho. Ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho.** São Paulo: Boitempo, 2003.
- ANTUNES, Ricardo. **O continente do labor.** São Paulo: Boitempo, 2011.
- DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitutivos da terceirização.** São Paulo: LTr, 2014.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica.** São Paulo: LTr, 2001.
- HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- KAUFMANN, Marcus de Oliveira. **Das praticas anti-sindicais às práticas anti-representativas: sistema de Combate e a Tutela de Representações Coletivas de Trabalhadores.** São Paulo: LTr, 2005.
- MASSONI, Túlio de Oliveira. **Representatividade sindical.** São Paulo: LTr, 2007.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano. **Contribuições sindicais. Modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical.** São Paulo: LTr, 2010.
- PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Constituição e Liberdade Sindical.** São Paulo: LTr. 2007.
- PEREIRA, Ricardo Macêdo de Britto; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). **Temas de Direito Sindical: homenagem a José Cláudio Monteiro de Brito Filho.** São Paulo: LTr, 2011.
- POCHMANN, Marcio. **Relações de Trabalho e padrões de organização sindical no Brasil.** São Paulo: LTr, 2003.
- RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho. Histórias, mitos e perspectivas no Brasil.** São Paulo: LTr, 2012.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Dogmática da Liberdade Sindical: Direito, Política, Globalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

# PRACTICAS POPULISTAS VS. VICISITUDES REPUBLICANAS<sup>1</sup>

## POPULISTIC PRACTICES VERSUS REPUBLICAN PROBLEMS

*Mario A. R. Midón<sup>2</sup>*

### Resumo

En el curso de esta exposición, en sintonía con el vasto tema de las Libertades en el Mundo Contemporáneo, abordaré el tópico de las relaciones de poder entre los departamentos de Estado y su incidencia en el grado de institucionalidad, describiendo fenómenos políticos y jurídicos que últimamente se han manifestado en muchos lugares de nuestra América Latina. Lo haré, esencialmente, desde la perspectiva de la validez y legitimidad del obrar de los poderes del Estado, tratando de verificar cuando fuere posible -desde la cima constitucional- el verdadero grado de vigencia del sistema normativo. Es innegable que para superar esos déficits tiene que registrarse un ininterrumpido clima de vivencias republicanas que han sido inobservadas por los efectos del populismo. Solo así, más temprano que tarde, estaremos en condiciones de vencer a los íconos de la anticultura de la inconstitucionalidad.

**Palavras-chave:** Populismo. Republicanismo. Democracia. Eleições.

### Abstract

In the course of this exposition, together with the vast theme of liberty in today's world, I will take on the theme of power relations between the departments of State and their incidence in the degree of institutionalism, describing political and legal phenomena that recently have manifested themselves in several places in Latin America. I will do so, essentially, from the perspective of validity and legitimacy of action of State powers, verifying when possible – in the Constitutional perspective – the true degree of effectiveness of the legal system. It is undeniable that to surpass these deficits one must register an uninterrupted climate of republican practices that have been unobserved by effect of populism. Thus, sooner than later we will be able to challenge the icons of unconstitutional culture.

**Keywords:** Populism. Republicanism. Democracy. Elections.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 24/02/2016 e aprovação comunicada em 23/06/2016.

<sup>2</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Magister en Procesos de Integración Regional (Universidad Nacional del Nordeste). Profesor estable de los Cursos Intensivos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA) y de la carrera de Teoría y Técnica del Proceso (UNNE). Profesor Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Gastón Dachary. Académico perteneciente a la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Argentina). Ex presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. (AADC). Email: <midonmario@outlook.com>.

**Sumário:** 1. *La democracia electoral*; 2. *Consecuencias del modelo y rol de las emergencias*; 3. *Sumisión y petrificación de los Legislativos*; 4. *Descalificando a quienes descalifican normas*.

En el curso de esta exposición, en sintonía con el vasto tema de las Libertades en el Mundo Contemporáneo, abordaré el tópico de las relaciones de poder entre los departamentos de Estado y su incidencia en el grado de institucionalidad, describiendo fenómenos políticos y jurídicos que últimamente se han manifestado en muchos lugares de nuestra América Latina.

Lo haré, esencialmente, desde la perspectiva de la validez y legitimidad del obrar de los poderes del Estado, tratando de verificar cuando fuere posible -desde la cima constitucional- el verdadero grado de vigencia del sistema normativo. Ello, conviene aclararlo, porque aunque validez, legitimidad y vigencia constituyen valores del derecho ideal, el último es un elemento sociológico y a nadie escapa que no siempre corre paralelo con los dos primeros.

A propósito de ello, la experiencia demuestra que en países federales como los nuestros los fenómenos patológicos sobre los que pongo el acento en estas líneas, no son patrimonio exclusivo de los gobiernos centrales. Las exteriorizaciones malsanas van más allá de su radio de acción y con un derrame de contagiosas prácticas trasladan más vicios que virtudes hacia los demás componentes de la federación (las provincias y los municipios).

Mas, lo inocultable es que las viciosas manifestaciones a que me referiré han hecho desafortunados aportes que potencian la práctica de muchos deméritos institucionales.

Naturalmente que si ello es así en los estados federales, en aquellos que practican el unitarismo la defección es más automática porque el sistema de controles, por naturaleza, está gobernado por reglas centrípetas.

## 1 LA DEMOCRACIA ELECTORAL

Por fortuna, no es noticia afirmar que vivimos en Democracia. Pero, sin embargo lo es, el tomar nota de algunas de sus manifestaciones agonales distorsivas.

Entonces diremos que en un contexto donde no hay uniformidad, se puede apreciar que ha ganado espacios la práctica de que aquello que es una forma de vida, -me refiero a la democracia- aparece concebida casi como exclusiva manifestación de competencia electoral.

Y, como en ese “mundo democrático” la elección es todo o casi todo, acrecen las manifestaciones clientelares, se afianza el nepotismo y el transfuguismo juega sus mejores cartas.

Eso ocurre, en un escenario donde para la pragmática acepción de muchos exponentes basta con tener legitimidad de origen en las elecciones, reelecciones, reelecciones y en algún caso, reelección indefinida de sus Ejecutivos, penoso extremo este último que continúa incólume en tres provincias de la República Argentina.

Lo concreto es que la versión de lo que ese modelo admite como democracia, parte del supuesto que la voluntad política de la sociedad se congela tras el acto electoral que ungió a un candidato y, esa cristalización volitiva es la que autoriza al gobierno, así gestado, a gobernar del modo que considere más conveniente –aún contra legem- durante todo su mandato, práctica que ha merecido la ajustada denominación de democracia delegativa a instancias de O’Donnell.

El autor recuerda que en las democracias delegativas las elecciones constituyen un acontecimiento muy emocional y en donde hay mucho en juego: los candidatos compiten por la posibilidad de gobernar prácticamente sin ninguna restricción salvo las que imponen las propias relaciones de poder no institucionalizadas. Después de la elección, los votantes (quienes delegan) deben convertirse en una audiencia pasiva, pero que vitoree lo que el presidente haga.

Por otra parte, como estas versiones populistas están concebidas para sostener en el poder a un gobernante que se considera “infalible” e “irreemplazable”, la consecuencia fatal e inmediata de ese presupuesto se exhibe con la necesidad de perpetuar en el poder -para siempre o casi siempre- a la misma persona. Es que –casi como regla- los modelos populistas no conciben herederos para el ejercicio del poder. Todo, empieza y termina en la figura del líder.

Ello así, por el hecho de que esos manejos son susceptibles de construcción sobre el rígido como inalterable soporte de una figura aglutinante que convoque al pueblo para realizar objetivos casi gloriosos, como la lucha contra la pobreza, derrotar

al imperialismo, vencer a los enemigos de adentro y afuera, terminar con la oligarquía, poner freno a la globalización, etc.

Como estos procesos, al menos en las comarcas americanas, se han exteriorizado en países subdesarrollados o en vías de desarrollo, tan homéricos objetivos resultan convocantes para sectores que se sienten tentados por lo atractivo de la difícil empresa. Ergo, la promoción de esos propósitos retribuyen al líder populista y a la vez jefe exclusivo, alto grado de adhesión energizado por la solidez de un aparato propagandístico que, junto al clientelismo, son las columnas vertebrales de captación.

Que esos anhelos no se hayan concretado en muchos casos por razones ajenas a la voluntad de los detentadores de turno, no es motivo para excluirlo de la ponderación que realizamos.

De allí que, en algunos países la rutina democrática arroja singulares resultados. Por ejemplo, quienes acceden al Ejecutivo (nacional o provincial-estadual) no van con la idea de ocupar la representación asignada por un período constitucional, sino por el máximo de reelecciones que autoriza la normativa vigente.

Hasta aquí estaríamos, apenas, en una muestra quizá distorsiva -aunque justificada constitucionalmente- de las prácticas políticas. Pero la tentativa de de eternización genuina adviene manifiesta, como inocultable, cuando el detentador aspira a reformar la constitución para que ella le permita cobijar nuevas expectativas de mantenerse en el poder.

Pero no se trata solo de la perpetuidad del mayor detentador, sino también la de sus alfiles. Por eso, entre los recursos electorales del modelo populista ensayado en la Argentina hay absurdos de todo tipo. Por ejemplo, las denominadas candidaturas testimoniales. Un verdadero fante que rompiendo todos los moldes representativos se montó en la ficción de elegir a quienes –de antemano se sabía- no asumirían la función para la que habían sido ungidos.

Su consumación se realizaba del siguiente modo. Ante la inminencia de un comicio el oficialismo de turno incluía en la boleta en carácter de candidatos legislativos, en los primeros lugares, a conocidos exponentes del poder (gobernadores, ministros o, figuras del espectáculo etc.) quienes tras ser electos no asumían el cargo y concluida la elección continuaban ejerciendo la función ejecutivo

o artística desde la que se postularon. Su lugar era ocupado por el verdadero candidato que estaba en la lista después del candidato testimonial.

Este sistema de prestanombres fue grave en su entronización y mantenimiento. Por un lado, burlaba la soberanía popular. Por el otro, potenciaba las chances electorales del sector que las auspiciaba, pues la nominación recaía en conocidas figuras con conocimiento y aceptación popular y que, generalmente, administraban fondos públicos.

Pese a las impugnaciones, el anómalo proceso terminó legitimado por el Poder Judicial. En ocasión de juzgarlas, la mismísima Corte Suprema de Justicia declaró inoficioso todo pronunciamiento respecto de ellas, con lo que las candidaturas “testimoniales” en la Argentina –no obstante la reprobación que merecen- están en la penumbra de *“lo que fue”* y con la chance de lo que *“pueden volver a ser”*.

## 2 CONSECUENCIAS DEL MODELO Y ROL DE LAS EMERGENCIAS

Quizá, como derivación de esa democracia electoral o, porque muchos siguen creyendo en el providencialismo de los hombres, nuestros Ejecutivos se han convertido en más poderosos, al tiempo que han perdido protagonismo los otros departamentos de Estado.

Este tampoco es un hecho nuevo, pero resulta preocupante por su persistencia y la ausencia de reacción, ya que la ley de los espacios del poder se presta a consolidar con regularidad la vigencia de una suerte de filibusterismos ejecutivos solo admitidos por la ley del hecho consumado.

Por eso, en el universo de los poderes, las estrellas más radiantes continúan siendo, y no para bien del sistema republicano, nuestros presidentes y gobernadores, adornados de una excesiva cuota de poder, pero cada vez más distantes del correlato de responsabilidad.

Facilita esa praxis, los sempiternos cauces de una voraz “emergencia” que ha convertido a las constituciones en herramientas que solo sirven cuando transitamos por un camino de lirios y rosas, pero lucen absolutamente ineficaces cuando el terreno se puebla de cardos y espinas, lo que conlleva a predicar que en esa versión la

Constitución solo sirve para los tiempos de normalidad y casi no existe en épocas de irregularidad.

Alguna vez, hace más de sesenta años, la Corte argentina sostuvo que en tiempos de guerra los tratados tenían preeminencia sobre la Constitución y que esta, solo regía en tiempos de paz. El funesto precedente fue sentado en el caso “Merck Química” y sirvió para que el Ejecutivo de aquella época confiscara bienes alemanes existentes en nuestro territorio, luego de que se le declaró la guerra a esa nación.

Lo cierto es que el gobernante que en nuestras geografías es un presidente o gobernador, conviene recordarlo, accede a la investidura dotado de plenos poderes y es casi natural que ceda ante la tentación cesarista de buscar, más allá de la ley, atributos que constituyen la excepción de la excepción.

Propenso, entonces, a identificar gobernabilidad con emergencia, es común que reclame para sí el uso de facultades que estando previstas para enfrentar la anormalidad institucional o política, se ordinarizan como recurso cuasi habitual de gobierno.

Tan usual es el fenómeno que, cualquiera sea el color de un nuevo gobierno deviene automático con él, una oleada emergencial. Evidentemente, se piensa que la nueva administración también tiene derecho a ella, porque de la misma fuente bebieron sus predecesores.

Entonces, encajados de manera regular en lo irregular de esa práctica, a pocos preocupa hoy que la ley –confiada institucionalmente al Congreso para su hechura- constituya usualmente la unilateral expresión de un Ejecutivo que no tiene otro límite que el de su propia voluntad.

En esa constelación de abusos, los Decretos de Necesidad y Urgencia y la Legislación delegada, constituyen las herramientas preferidas para sortear al Congreso.

Superando esas marcas, los argentinos podemos dar testimonio propio con otra creación muy al uso nostro. En esa línea emergencial y en categoría que mezcla el vernáculo abuso de poder con la fantasía de un histrión propia de Hollywood, sobrevive la modalidad de los llamados Superpoderes. Se trata de un atributo en cuya virtud un ministro del Poder Ejecutivo, que no es otra cosa que un secretario

presidencial, tiene la facultad de modificar –por sí- las partidas presupuestarias que votó el Congreso, redistribuyéndolas a su antojo.

Es notorio, además, que episodios que otrora generaban preocupación, han sido superado por otros de mayor cuantía dañosa en lo institucional. Ello conduce a que solo nos acordemos de los últimos, olvidando así la génesis de las distorsiones.

Pero lo cierto es que de esa manera cayó así un pilar del sistema republicano, cediendo las compuertas de la división de poderes.

### **3 SUMISIÓN Y PETRIFICACIÓN DE LOS LEGISLATIVOS**

Por esas razones, tampoco es noticia que los Legislativos obren retraídos. Hace rato que así funcionan llegando en algunos casos, a grados de sumisión y petrificación que devalúan y retraen el cometido de hacer la ley.

En esos ambientes, se torna absolutamente inviable, cuando no precario, todo tipo de control. Así, el sujeto que debe ser controlado se siente en condiciones de ensayar -con mayor audacia y menor pudor- novísimos como iracundos avances contrarios a la legalidad que suelen terminar archivados en el catálogo de las impunidades.

En los hechos, el circuito cerrado de poder que produce la dependencia de aquellos que fueron elegidos para integrar el órgano más representativo del sistema, queda todavía más evidenciado cuando se verifica que su inactividad va más allá de la mera omisión legislativa, porque tampoco controla a quienes debe.

Si como muestra basta un botón, debemos recordar aquí lo autóctono de la creación argentina, cuando en 2010 la entonces presidenta de la nación, en ocasión del discurso presidencial realizando la apertura de sesiones del Congreso de la Nación y reunidas ambas cámaras en pleno, anunció la emisión del primer Decreto de Necesidad y Urgencia reiterado, primicia formalizada en presencia del titular de la potestad de legislar. Todo, cuando la Constitución Nacional exige como hechos habilitantes para la emisión de este tipo de actos, no solo la concurrencia de un estado de necesidad, sino también el hecho de que se opere una atrofia que imposibilite la deliberación legislativa. Mucho más en el particular caso en que se trataba de repetir un decreto que había sido descalificado cautelarmente por los tribunales. Obviamente

que ninguno de esos dos primeros supuestos fácticos concurría en la especie y la novedosa reedición de la medida constituyó, además, una suerte de pito catalán al imperio de los tribunales.

Reiterar un decreto no es una novedad jurídica. Sin embargo, derogar un Decreto de Necesidad y Urgencia para a continuación dictar otro con el mismo contenido y con el propósito de escapara los dictados de una sentencia judicial que había suspendido el decreto derogado, es una creación original que solo podemos exhibir –y no con orgullo- los argentinos.

Con ese tipo de actos, desaparece la regla que impone -como cualidad sustancial del estado constitucional para los órganos colegiados representativos que dicen obrar en nombre del pueblo- un amplio debate y publicidad, la reflexión propia de la deliberación y el espíritu crítico de la discusión. Se trunca el mecanismo de armado y desarmado de los cuerpos legislativos, esfumándose la mística de llegar a una reunión con el prejuicio de que las cosas son de un modo para poder apreciarlas, después del intercambio y la opinión adversa, como enteramente opuestas.

#### **4 DESCALIFICANDO A QUIENES DESCALIFICAN NORMAS**

En la geografía constitucional Latinoamericana, el Judicial es el departamento donde otras mayúsculas asimetrías institucionales se verifican.

Es muy elemental que la sucesión de desaguizados constitucionales que se realizan desde el poder conduzca a que, más tarde o más temprano, el departamento Judicial del Estado sea llamado a controlar la constitucionalidad de esos actos.

Por eso, cuando un tribunal descalifica un acto de gobierno, desde el oficialismo gubernamental esa decisión se lee como de índole conspirativa.

Ello explica porque en algunos países Latinoamericanos se ha intentado un proceso de colonización de las estructuras judiciales. La idea de sometera ese poder tiene una obvia explicación, porque al tener a su cargo los controles de convencionalidad y constitucionalidad, se tiende a bloquear cualquier posibilidad de control que no sea la del propio gobierno, ya que es muy elemental que un órgano independiente terminará invalidado el armado normativo que contradiga la constitución y las convenciones internacionales.

De allí que, cuando la competencia jurisdiccional obra con autonomía, el detentador populista no admite que un magistrado al que nadie votó, pueda descalificar sus realizaciones.

Es común, por ende, cuestionar esos decisorios adversos no solo ante los tribunales, sino en las arenas políticas, ámbito donde la desigualdad de armas entre los contendientes (jueces vs. políticos es notoria).

Se suma a ello, en otros casos, que el poder incumple pronunciamientos con la misma discreción con la que decide pavimentar una calle y no otra. En ese contexto, la reticencia y ladesobediencia judicial son inocultables reflejos de la negación del Estado de Derecho.

Lo cierto es que el intento de subordinar a los jueces ha tenido varias manifestaciones, algunas inéditas como paradigmáticas en la vida política de algunos países de nuestra América.

La praxis que suele iniciarse con la negativa a cumplir pronunciamientos relevantes, continua con avances publicitarios para denostar a los jueces independientes y, en el caso argentino alcanzó su cuota de mayor intensidad con el frustrado intento de lo que se dio llamar “leyes de democratización de la justicia”. Volvió a manifestarse con groseros ataques a un representante del Ministerio Fiscal y prosiguió con la extraña investigación a un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A ello se sumó la provocativa rebeldía de un Fiscal que al amparo de la protección brindada por el gobierno de turno, cuando fue imputado de un hecho criminoso, se negó a comparecer ante el tribunal que lo llamaba para recibirle indagatoria.

Y, como frutilla del postre, el penoso episodio que condujo a la muerte del Fiscal Nisman. Todo ello, un día antes de revelar pormenores de una investigación contraria a los intereses del gobierno nacional. A más de un año de su muerte no se ha podido precisar si el hecho fue suicidio o magnicidio.

Tras el prieto recuento, la conclusión inevitable es que el miraje que ofrece la división de poderes en este tiempo, no resulta muy halagüeña.

En las secuencias de nuestras relaciones institucionales parece haber ganado espacio la convicción que postula que la separación de poderes ya fue.

A esas convicciones contra natura, debe adicionarse el artesanal proceso de antropofagia de la legalidad que puertas adentro se ha patentado en varios lugares de América latina. Su aplicación no implica que en todos los casos la ley no se aplique, sino que ella rija con altísimo grado de discreción, inconsecuencia e imprevisibilidad, propia de los ritmos arbitrarios que el poder impone.

De esa manera, su secuela fatal es un producto donde la incertidumbre, la imprecisión y la inestabilidad rebasan por todos los costados de muchas de nuestras sociedades.

Interpreto que estas neurálgicas preocupaciones revelan ante todo la existencia de un déficit cultural que impone el natural correlato, diría, la reacción del sentimiento constitucional.

Se que esto es fácil decirlo, pero muy costoso realizarlo, pero debemos intentarlo.

Es innegable que para superar esos déficits tiene que registrarse un ininterrumpido clima de vivencias republicanas que han sido inobservadas por los efectos del populismo.

Solo así, más temprano que tarde, estaremos en condiciones de vencer a los íconos de la anticultura de la inconstitucionalidad.

# A LIBERDADE NO MUNDO CONTEMPORÂNEO<sup>1</sup>

## LIBERTY IN TODAY'S WORLD

*José Afonso da Silva<sup>2</sup>*

### Resumo

Aqui, vamos, pois, tratar do princípio da liberdade, distinguindo-o do direito de liberdade. O princípio não tem divisão. O direito se manifesta por meio de vários tipos especiais de liberdade: liberdade de pensamento, liberdade de expressão, liberdade de ir e vir etc. O que se quer aqui constatar é que o ser humano é, por natureza, um ser dotado de livre-arbítrio, é um ser inteligente capaz de determinar-se segundo o seu entendimento, o que significa que é o ser dotado de capacidade de escolha. Se ele goza ou não dessa liberdade é uma questão da realidade política e social. Em conclusão, a liberdade no mundo contemporâneo tem conteúdo de princípio e de regras de direito da liberdade e sua vinculação intrínseca com o princípio da igualdade que se conjugam para a realização plena da justiça para todos.

**Palavras-chave:** Liberdade. Princípio. Escolha. Igualdade.

### Abstract

We will analyze the liberty principle, distinguishing it from the right of liberty. This principle has no division. The right manifests itself by several special types of liberty: liberty of thought, liberty of expression, liberty of movement, etc. We seek to explain that Humans are, by nature, beings gifted with free will and intelligence, as such are capable of determining themselves through choice, that means that they are beings capable of choice. If they exercise or do not exercise that liberty is a question of social and political reality. In conclusion, liberty in today's world has the content of principle and rules of liberty rights as well as an intrinsically bonded with the principle of equality, and together they work towards ample justice for all.

**Keywords:** Liberty. Principle. Choice. Equality.

**Sumário:** 1. O princípio da liberdade e regras da liberdade; 2. Liberdade e necessidade; 3. O problema da conceituação; 4. Liberdade e liberação; 5. Liberdade e democracia; 6. Questão de ordem; 7. Liberdade interna e liberdade externa; 8. Liberdade e igualdade, uma vinculação intrínseca; 9. Referências.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 31/05/2016, pareceres de análise em 13/07/2016, 12/08/2016 e 19/08/2016, aprovação comunicada em 23/08/2016.

<sup>2</sup> Livre-docência em direito constitucional pela Universidade de São Paulo (1969). Foi Professor Titular da Faculdade de Direito da USP de 1975 a 1995. Email: <zeafonsosilva@uol.com.br>

## I – A LIBERDADE COMO PRINCÍPIO

### 1 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E REGRAS DA LIBERDADE

Podemos começar com a afirmativa geral de que o que distingue a liberdade contemporânea é o destaque do princípio da liberdade e da liberdade igual para todos, em face do direito de liberdade. Por isso, nesta primeira parte, vamos tratar do *princípio da liberdade*, deixando para a segunda parte desta exposição considerações sobre o *direito de liberdade*.

Aqui, vamos, pois, tratar do *princípio da liberdade*, distinguindo-o do direito de liberdade.

O princípio não tem divisão. O direito se manifesta por meio de vários tipos especiais de liberdade: liberdade de pensamento, liberdade de expressão, liberdade de ir e vir etc.

Um símbolo do princípio da liberdade encontra-se na desobediência de Adão, em razão da qual perdeu o Paraíso, mas ganhou a liberdade e foi livremente gozar do amor com a Eva. Ganhou a liberdade, não a liberdade disso ou daquilo, mas a liberdade em si, a liberdade como tal: o *princípio*. Espártaco empreendeu guerra contra Roma não pela liberdade disso ou daquilo, mas pela liberdade em si, pela liberdade como tal. Se tivesse vencido, teria conquistado o princípio da liberdade. As formas especiais de liberdade, as liberdades em particular, viriam com as regras que se estabelecessem sobre elas, formando o direito de liberdade: de ir e vir, de praticar qualquer religião, liberdade de expressão etc. Sem o princípio, não há qualquer forma de liberdade, porque ele é que gera as regras das várias manifestações do direito de liberdade. O princípio sequer costuma ser explicitado nas constituições, porque se encontra subentendido nas regras que definem os direitos de liberdade em particular. Encontramo-lo, contudo, no art. 5º, II, da Constituição Federal: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Esse dispositivo revela duas dimensões. Uma contextual, clara e explícita, que consubstancia o *princípio da legalidade*. Outra, subentendida, que exprime a *liberdade de ação em geral*, ou seja, exprime o princípio da liberdade, (SILVA, 2010, p. 83) que é fonte e

fundamento de todos os direitos de liberdade em particular estabelecidos por regras da Constituição.

Lembramos uma passagem de Friedrich Engels, segundo a qual a “liberdade é o domínio de nós próprios e da natureza exterior, baseado na consciência das necessidades naturais; como tal é, forçosamente, um produto da evolução histórica. Os primeiros homens que se levantaram do reino animal eram, em todos os pontos essenciais de suas vidas, tão pouco livres quanto os próprios animais; cada passo dado no caminho da cultura é um passo no caminho da liberdade”. (ENGELS, 1976, p. 96)

O importante está aí expresso: o *princípio da liberdade* nasceu quando o homem teve consciência de suas próprias possibilidades. Em qualquer caso, o princípio da liberdade, como produto da evolução histórica, é o resultado de luta secular que se deu em dois momentos: *luta contra a necessidade* e *luta contra a opressão*.

## 2 LIBERDADE E NECESSIDADE

Como se viu do texto de Engels, houve um momento em que o homem, para ser livre, teria que dominar a natureza interior e exterior. É o conflito entre liberdade e necessidade, ou seja, aquilo que não pode deixar de ser. Quer dizer, o homem não está fora da natureza; ao contrário, faz parte dela; está, por isso, sujeito às leis objetivas da necessidade. Mas ele é também um ser social, integra o mundo prático da ética; “é criador e produto da história, e suas relações com a natureza, seu conhecimento da natureza e sua ação sobre ela estão condicionados por suas relações sociais com os outros homens”. (GARAUDY, 1960, p. 232) Assim, o homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais. O homem domina a necessidade na medida em que amplia seus conhecimentos sobre a natureza e suas leis objetivas. (GARAUDY, 1960, p. 196; PRADO JR., 1955, p. 551 a 553) O homem se liberta no correr da história pelo conhecimento e conseqüente domínio das leis da natureza, na medida em que, conhecendo as leis da necessidade, atua sobre a natureza real e social para transformá-la no interesse da expansão de sua personalidade.

O que se quer aqui constatar é que o ser humano é, por natureza, um ser dotado de livre-arbítrio, é um ser inteligente capaz de determinar-se segundo o seu entendimento, o que significa que é o ser dotado de capacidade de escolha. Se ele goza ou não dessa liberdade é uma questão da realidade política e social.

### 3 O PROBLEMA DA CONCEITUAÇÃO

Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no *sentido negativo*, porque nega a autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe *sentido positivo*: é livre quem participa do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se ao autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima.

É que a autoridade é tão indispensável à ordem social — condição mesma da liberdade — como esta é necessária à expansão individual. “O problema está em estabelecer, entre a liberdade e a autoridade, um equilíbrio tal que o cidadão médio possa sentir que dispõe de campo necessário à perfeita expressão de sua personalidade”. (LASKI, 1938, p. 8)<sup>3</sup> Portanto, não é correta a definição de liberdade como ausência de coação. O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*.

Montesquieu (1956, Tomo I, L. XI, cap. 3) já dizia que “a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Numa sociedade onde há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e a não ser constrangido a fazer o que não se deve querer”. Essa noção de liberdade, contudo, é perigosa, se não se aditar que tais leis devem ser consentidas pelo povo.

Haroldo Laski define a liberdade como “ausência de coação sobre a existência daquelas condições sociais que, na civilização moderna, são as garantias necessárias da felicidade individual”. É uma boa definição, mas a expressão “ausência de coação” indica certo sentido negativo. Ora, o conceito de liberdade deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca da expansão de sua

<sup>3</sup> Ou na tradução portuguesa **A Liberdade** (1958, p. 8).

personalidade no mais alto grau possível, o que, em resumo, significa a busca de sua felicidade. E, como o homem vive em sociedade que é necessária à consecução desses desideratos, e sendo a sociedade a união de muitos em busca de um fim comum, a felicidade do homem é tão mais autêntica quanto mais em consonância estiver com esse fim social. Assim, o conceito de liberdade deve ser expresso no sentido de *um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade*. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero (1973, p. 14): “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”.

Vou um pouco além, e proponho o conceito seguinte: *liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*. Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é *poder* de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas *em busca*, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. E aqui, aquele sentido histórico da liberdade se insere na sua acepção jurídico-política. Assim, por exemplo, deixar o povo na ignorância, na falta de escola, é negar-lhe a possibilidade de coordenação consciente daqueles meios; oprimir o homem, o povo, é retirar-lhe aquela possibilidade etc. Desse modo, também, na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade.

Subjacente a esse conceito está o princípio da igualdade, pois a compreensão histórica da liberdade acabou por demonstrar que ela só se efetivará para todos com a implementação igualmente eficaz dos direitos sociais que constituem um meio positivo para dar um conteúdo real a uma possibilidade de exercício eficaz das liberdades. Nesse sentido é que se pode aceitar a afirmativa de John Rawls (1997, p. 241) segundo a qual um dos caracteres positivos dos princípios da justiça é que eles asseguram uma proteção eficaz das liberdades iguais para todos.

#### 4 LIBERDADE E LIBERAÇÃO

O assinalado aspecto histórico denota que a liberdade consiste, em suma, num processo dinâmico de *liberação* do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade: obstáculos naturais, econômicos, sociais e políticos. Entre os obstáculos ao gozo da liberdade, conta-se a incapacidade de tirar proveito das possibilidades oferecidas que resulta da pobreza, da ignorância e, de um modo geral, da falta de meios. (RAWLS, 1997, p. 240) É hoje função do Estado promover a liberação do homem de todos esses obstáculos, e é aqui que autoridade (poder) e liberdade se ligam. García-Pelayo o disse bem, ao escrever que "a experiência histórica tem mostrado que não é o Estado o único que oprime o desenvolvimento da personalidade; que não é a única entidade que impõe relações coativas de convivência, e que as mesmas liberdades liberais estão condicionadas em sua realização a situações e poderes extra-estatais. Tais poderes podem ser de índole muito diversa: raciais, eclesiásticos etc. e variáveis segundo os países; mas de um modo geral e comum destacam os poderes econômicos. São destes poderes, ou, melhor dizendo, das pressões econômicas destes poderes, que interessa, em primeiro lugar, liberar os grupos a que estamos aludindo, pois são a eles, e não ao Estado, que sentem como obstáculo imediato para o desenvolvimento de sua personalidade.

“Ainda mais: o Estado se mostra justamente como o meio apropriado para realizar a liberação dessas pressões, o que, naturalmente, supõe a ampliação de sua atividade e a intervenção em territórios sociais que antes permaneciam à sua margem, o que indubitavelmente produz lesões a liberdades até então consideradas intangíveis. Mas o processo de democratização sucessiva, com a subsequente pugna com os princípios liberais, se acentua, ademais, enquanto a democracia passa a informar campos alheios ao do novo procedimento de formação e realização da vontade estatal.” (GARCÍA-PELAYO, 1967, p. 203)

#### 5 LIBERDADE E DEMOCRACIA

Desde logo, impõe-se uma pergunta: em que regime político o indivíduo tem essa possibilidade de desenvolver sua personalidade no mais alto grau? É o problema

da democracia. O conteúdo da democracia tem variado através dos tempos, obrigando, portanto, a constante reelaboração de seu conceito, de acordo com a revisão geral dos valores, que se vai processando com a complexidade da evolução social. A velha definição etimológica há muito se perdeu no tempo. Também não se confunde com liberdade e igualdade, mas não há democracia onde esses valores não encontrem a mais ampla possibilidade de expansão. Pois é nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. É o regime da livre expansão da personalidade e da completa manifestação de cada um. Democracia, afirma Merriam, é um espírito, uma atitude para com o próximo, uma forma de cooperação política através da qual a personalidade humana pode encontrar a mais pura e completa expansão de seus valores. Cooperação entre indivíduo e sociedade, entre governantes e governados para garantir as possibilidades de felicidade de cada um, numa idealização utópica que seria a identificação de governo e governados, que começa a realizar-se com a efetiva participação indireta e direta do povo no processo do poder. Mas democracia não pode mais ser concebida como essencialmente política, pois não poderia haver liberdade e igualdade política sem independência e igualdade de oportunidades econômicas e sociais. A verdadeira democracia realiza no equilíbrio de todos os fatores necessários para darem ao ser humano a maior possibilidade de expansão de sua personalidade.

Com essas observações preliminares, é que podemos aceitar a concepção de Lincoln de que a *democracia*, como regime político, *é governo do povo, pelo povo e para o povo*. Podemos, assim, admitir que a *democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo*. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.

## II - DIREITO DE LIBERDADE

### 6 QUESTÃO DE ORDEM

Até agora estávamos no campo do *princípio da liberdade* que, em si, não se confunde com o *direito de liberdade*. O direito se forma de regras: de onde as diversas manifestações positivas do direito de liberdade: liberdade pessoal, liberdade de crença, liberdade de manifestação de pensamento, liberdade de expressão etc.

### 7 LIBERDADE INTERNA E LIBERDADE EXTERNA

É nesse contexto que se coloca a distinção entre liberdade interna e liberdade externa. *Liberdade interna* (chamada também *liberdade subjetiva*, *liberdade psicológica* ou *moral* e especialmente *liberdade de indiferença*) é o *livre arbítrio*, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso é chamada igualmente *liberdade do querer* (ou liberdade metafísica). Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é *poder de escolha*, *de opção*, entre fins contrários. E daí outro nome que se lhe dá: *liberdade dos contrários*.<sup>4</sup> O debate não leva a nada, até porque, a rigor, como vimos, não existe essa dicotomia. Toda gente sabe que, internamente, é bem possível escolher entre alternativas contrárias, se se tiver *conhecimento* objetivo e correto de ambas. O que é fundamental, contudo, é saber se, feita a escolha, é possível determinar-se em função dela. Isto é, se se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e, aí, se põe a questão da *liberdade externa*.

Esta, que é também denominada *liberdade objetiva*, consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculos ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente. Por isso é que também se fala em *liberdade de fazer*, “*poder de fazer tudo o que se quer*”. Mas um tal poder [como observa R. M. Mossé-Bastide (1974, p. 127)] se não tiver freio, importará no

<sup>4</sup> Cf., p. ex., Mossé-Bastide, 1974, p. 16 e 128.

esmagamento dos fracos pelos fortes e na ausência de toda liberdade dos primeiros”. É nesse sentido que se fala em *liberdades* no plural, distinguindo-se em: 1) *liberdade física*, simples possibilidade dos movimentos do copo; dela é privado, por exemplo, quem está atacado de paralisia; 2) *liberdade pessoal*, que é também a possibilidade de deslocamento, mas diversa da precedente, porque depende de causas exteriores: não a tem, por exemplo, quem está na prisão; 3) *liberdade civil*, que concerne às relações do indivíduo na ordem civil; 4) *liberdade política*, que compreende as liberdades de consciência, de pensamento, de imprensa, de palavra, de associação, de culto etc.; 5) *liberdade da precisão*, que é a independência econômica para que o indivíduo não viva sob a preocupação cotidiana da dificuldade da existência.<sup>5</sup>

Enfim, o conteúdo moderno da liberdade compreende os direitos de todos os homens de exercer suas atividades civis, intelectuais e morais; o direito de ir e de vir; de não ser detido arbitrariamente; a inviolabilidade do domicílio; o direito de praticar qualquer religião; o direito de associar-se; o direito de petição; direito de tomar parte na organização e no exercício do poder político; o direito de votar e ser votado; direito à independência econômica etc.

## 8 LIBERDADE E IGUALDADE, UMA VINCULAÇÃO INTRÍNSECA

*Liberdade e igualdade* são dois valores ínsitos à essência e à existência da pessoa humana. A essência como sentido e a existência como vivência, que nos revelam, ao mesmo tempo, ser humano, o mundo e a relação que os une, na expressão de Jean-Paul Sartre (2003, p. 44). Neste âmbito, essência e existência se interpenetram: o homem existe por sua essência sempre igual e sua essência se revela na vivência do seu livre existir. “Estou condenado a existir para sempre para além de minha essência, para além dos móveis e motivos de meu ato: estou condenado a ser livre. Significa que não se podem encontrar outros limites à minha liberdade além da própria liberdade, ou, se preferirmos, que não somos livres para deixar de ser livres”, conclui Sartre (2003, p. 543-544).

Igualdade e liberdade são, pois, os valores que dão essência e existência ao ser humano. *Na essência*, a dimensão *do em si*, âmbito da liberdade; *na existência*, a

<sup>5</sup> Para pormenores sobre todas essas liberdades, cf. Silva, p. 233-268.

dimensão do *ser-no-mundo*, do “ser-com”, âmbito da igualdade, porque “a característica de ser da realidade-humana é ser com os outros”, (SARTRE, 2003, p. 317) sem liberdade e igualdade isso não seria possível, ainda Sartre. Mostra isso que a *liberdade* é um valor *egológico*, porque projeção do ego como ego, inseparável do ego atuante, (COSSIO, 1954, p. 70) daí que é certo entender que “a liberdade não é *um ser*. é o ser do homem”. (SARTRE, 2003, p. 545) O mesmo é dizer: a liberdade é o homem: o homem é a liberdade. Pimenta Bueno, adiante de seu tempo, já dizia: “A liberdade é o próprio homem, porque é a sua vida moral, é a sua propriedade pessoal a mais preciosa, o domínio de si próprio, a base de todo o seu desenvolvimento e perfeição, a condição essencial do gozo de sua inteligência e vontade, o meio de perfazer seus destinos”. [§] “É o primeiro dos direitos, e salvaguarda de todos os outros direitos, que constituem o ser, a igualdade, a propriedade, a segurança, e a dignidade humana”. Essas ideias foram produzidas por um homem pertencente a uma sociedade escravocrata, a falar num conceito que só recentemente adquiriu universalidade: a *dignidade humana*; se tivermos isso em mente, e mais o que ele disse a propósito da igualdade “uns não nascem para escravos, nem outros para senhores”, (cf. Análise da Constituição do Império, p. 383) podemos afirmar que estamos diante de um constitucionalista sensível e avançado para sua época.

A *igualdade* é um valor *paregológico*,<sup>6</sup> porque projeção recíproca de egos, uns em face dos outros, no sentido de um valor que parifica (igualiza) egos (pessoas), essências e existências, como “uma proporção real e pessoal de homem para homem que, servida, serve à sociedade”,<sup>7</sup> proporção essa que consubstancia a ideia de justiça que é conatural à ideia de igualdade.

Essa concepção de liberdade como projeção do ego afugenta a dicotomia *liberdade metafísica* (liberdade do querer) e *liberdade jurídica*. De fato, há quem as separa de modo radical, como García Maynez, para quem a liberdade do querer

<sup>6</sup> Estamos cunhando esse o neologismo “paregológico”, formado do prefixo “par(a)” (de origem grega, que tem como um dos seus significados, segundo o Aurélio e Honaiss, “aproximação”, “proximidade”, o que envolve relacionamento, correlacionamento) mais “egológico”, aquilo que se refere ao “ego” e por extensão, aquilo que se refere às pessoas. Logo, *paregológico*, por sua composição, significa aquilo que relaciona egos, pessoas.

<sup>7</sup> O texto vem de Dante Alighieri, (s.d., p. 145). Na tradução portuguesa de Carlos de Soveral, o texto integra o conceito de direito do autor: “o direito é uma proporção real e pessoal de homem para homem que, servida, serve a sociedade, e, corrompida, a corrompe”, mas que se tem como um tipo de definição da justiça, à vista da ideia de proporção entre os homens.

(metafísica) “alude a um fato, a um poder fático do homem”, enquanto a liberdade jurídica “alude a um direito, à faculdade de fazer ou não fazer algo sem a anexação de uma sanção”. (COSSIO, 1954, p. 652) Estamos totalmente de acordo com a teoria egológica que não vê duas liberdades, mas uma única, que, para ela, é a liberdade metafísica. (COSSIO, 1954, p. 653) A concepção que sustentamos não é bem assim, até porque para a egologia cossiana “a liberdade jurídica é... a liberdade metafísica fenomenalizada” (COSSIO, 1954, p. 653) conceituada como “a faculdade de poder fazer”. (COSSIO, 1954, p. 675) Em verdade, não há duas liberdades. Quando aqui se fala em princípio da liberdade e direito de liberdade ou liberdade jurídica, não se está concebendo duas liberdades, já que o princípio da liberdade é fonte, pressuposto, de qualquer outra forma de liberdade; sem ele não existiria liberdades jurídica e política.

Foi na Idade Média que surgiram os elementos básicos de uma constituição, não mais como simples modo de ser do Estado, mas como garantia de direitos fundamentais: as ideias de *igualdade* e de *liberdade*, que são produtos da história e só poderiam desenvolver-se em virtude de certas condições históricas. Essas condições começaram a surgir na Idade Média. Do processo antitético constituído pela contradição senhor feudal e servo da gleba, foi-se formando à margem dos feudos aglomerados urbanos, os *burgos*, onde nova classe se formava, constituídas das *corporações de ofício*, embrião da economia industrial, e dos comerciantes. Aí estava o início da burguesia, a sociedade que se formou a partir dos burgos, sociedade de homens desprovidos de terra e que viviam à margem de um sistema em que só a terra garantia a existência.<sup>8</sup>

A atividade mercantil suscitou, desde logo, diversas necessidades de que a mais premente era a necessidade de *liberdade*. “Sem liberdade, com efeito, quer dizer, sem a faculdade de trasladar-se de um lado para outro [*liberdade de ir e vir*], de fazer contratos, de dispor de seus bens, faculdade cujo exercício exclui a servidão, como seria possível o comércio?” (PIRENNE, 1960, p. 44) Cogita-se de uma liberdade diversa daquela do mundo antigo. Neste, livre era o homem que não fosse escravo. A burguesia nascente aspirava a liberdade como meio de expandir a personalidade.

O desenvolvimento do comércio e da industrial transformou profundamente o espírito da sociedade feudal. Logo, insurreições operárias já se manifestaram na segunda metade do séc. IV, nas fábricas de tecidos em flandres e na Inglaterra com

<sup>8</sup> Cf. para pormenores e ampliação, Henri Pirenne, 1966, p. 40.

reivindicações que já se subentendiam a ideia de igualdade. Vale dizer, “[a] emancipação dos entraves feudais e a implantação da igualdade jurídica, pela abolição das desigualdades do feudalismo, eram um postulado colocado na ordem do dia pelo progresso econômico da sociedade, e que depressa alcançaria grandes proporções”. (ENGELS, 1976, p. 89)

Foi, na verdade, John Rawls (1997, p. 233) quem percebeu o caráter reciprocamente intrínseco entre liberdade e igualdade, quando, em sua *Teoria da Justiça*, abriu um capítulo estimulante sob o título: *A liberdade igual para todos*, firmando, desde logo, uma premissa básica: “uma constituição justa deveria ser um justo procedimento organizado de maneira a garantir um resultado justo”, e logo, conclui que “as liberdades ligadas à igualdade dos cidadãos devem ser incluídas na constituição e por ela protegida”. Mais adiante John Rawls (1997, p. 543) vai estudar o fundamento da igualdade, “ou seja, as características dos seres humanos que fazem que eles devem ser tratados segundo um princípio da justiça”, cimentando, nas considerações que expende, a ideia de liberdade igual para todos, ainda que não se pode concordar com tudo que ali disse, sobretudo certo naturalismo no tratamento do princípio da igualdade, a dizer, por exemplo, admitir validade às doutrinas que fundam a igualdade sobre as capacidades naturais.<sup>9</sup> A função de igualização das condições dos desiguais repele uma tal doutrina.

O princípio da igualdade se expande por todas as relações da vida humana. Mas sua interpretação pelas constituições tem sido reducionista. Só acolhendo o seu aspecto isonômico, ou seja, aquilo que a teoria chama de *princípio da isonomia*, que é a igualdade jurídica formal, a *igualdade de todos perante a lei*, quando o princípio é muito mais amplo, porque não se limita à órbita estritamente jurídico-formal.

Aqui também é preciso advertir-se de que uma coisa é o princípio outra as regras que ele gera para sua aplicação às diversas instituições jurídicas: igualdade perante a jurisdição, igualdade perante a tributação, igualdade perante a lei penal etc.

Em conclusão, a liberdade no mundo contemporâneo tem conteúdo de princípio e de regras de direito da liberdade e sua vinculação intrínseca com o princípio da igualdade que se conjugam para a realização plena da justiça para todos.

<sup>9</sup> Assim entendi esta passagem: “De plus, Il n’est pas vrai que fonder l’égalité sur des capacités naturelles soit incompatible avec une doctrine égalitariste” (cf. RAWLS, 1997, p. 546).

## 9 REFERÊNCIAS

- ALEGUIERI, Dante. **Monarquia** (encadernado com *Vida Nova*). Lisboa, Guimarães Editores, s.d.
- COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1954.
- ENGELS, Friedrich. **Anti-Düring**, São Paulo: Paz e Terra, 1976.
- GARAUDY, Roger. **La libertad**. Trad. de Sara Manso. Buenos Aires: Lautaro, 1960.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. 4. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1967.
- LASKI, Harold. **A Liberdade**. Salvador: Liv. Progresso Ed., 1958.
- LASKI, Harold. **La Liberté**. Paris: Sirey, 1938,
- MONTESQUIEU. **De l'Esprit des Lois**. Tomo I, L. XI, cap. 3. Paris: Édition Garnier Frères, 1956.
- MOSSÉ-BASTIDE, Rose-Marie. **La Liberté**. Paris: PUF, 1974.
- PIRENNE, Henri. **História econômica e social da idade média**. São Paulo, 1966.
- PRADO JR., Caio. **Dialética do conhecimento**. t. II. São Paulo: Brasiliense, 1955.
- RAWLS, John. **Théorie de la Justice**. Paris: Seuil, 1997.
- RIVERO, Jean. **Les Libertés Publiques: I - Les Droits de l'Homme**. Paris: PUF, 1973.
- SARTRE, Jean-Paul. **O Ser e o Nada**. Trad. de Paulo Perdigão Petrópolis: Vozes, 2003.
- SILVA, José Afonso da **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

# ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COM DESTAQUE PARA O PROBLEMA DA SUA COLISÃO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL, COM OS DIREITOS DE PERSONALIDADE<sup>1</sup>

DEMOCRATIC RULE OF LAW AND THE LIMITS OF FREEDOM OF EXPRESSION IN THE  
FEDERAL CONSTITUTION OF 1988, HIGHLIGHTING THE PROBLEM OF COLLISION WITH OTHER  
FUNDAMENTAL RIGHTS, IN PARTICULAR THE PERSONALITY RIGHTS

*Ilton Robl Filho<sup>2</sup>*

*Ingo Wolfgang Sarlet<sup>3</sup>*

## Resumo

O direito fundamental à liberdade de expressão constitui-se em elemento central do Estado Democrático de Direito, colidindo constantemente com outros bens e direitos fundamentais. Tanto nos casos submetidos ao Poder Judiciário quanto na literatura jurídica, observa-se relevante discussão sobre os limites da liberdade de expressão, com destaque para o problema de sua colisão com outros direitos fundamentais e especialmente com os direitos de personalidade. Esse debate possui forte impacto na jurisdição constitucional brasileira, designadamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, mas também em outras ordens constitucionais e mesmo no âmbito do direito internacional. O presente texto objetiva, a partir de uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com os olhos voltados também para a Suprema Corte norte-americana, com maior ênfase, e do Tribunal Constitucional Federal alemão, com menor intensidade, refletir sobre alguns critérios para balizar a solução adotada pelo Poder Judiciário quando incumbido de resolver tais conflitos entre direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Liberdade de Expressão. Colisão de Direitos Fundamentais. Ponderação.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 23/05/2016, pareceres de análise em 20/08/2016 e 22/08/2016, aprovação comunicada em 23/08/2016.

<sup>2</sup> Doutor em Direito (UFPR) e Pós-Doutor em Direito (PUCRS), Professor Adjunto da UFPR e do Mestrado em Direito da UPF e Advogado. E-mail: <norbtorobl@gmail.com>

<sup>3</sup> Doutor e Pós-Doutor em Direito (L.M.U.-München), Professor Titular da PUCRS e Desembargador junto ao TJRS. E-mail: <ingo.sarlet@pucrs.br>

### Abstract

The fundamental right to freedom of speech constitutes a central element of the Rule of Law in a Democratic State, constantly colliding with other goods and fundamental rights. Both in courts decisions and in legal literature there is significant discussion on the limits of freedom of speech, mainly concerning the conflicts with other fundamental rights, focusing the rights of personality. This debate has become very strong in the Brazilian constitutional jurisprudence, mainly in the Federal Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal*), but also in other constitutional orders and even in the domain of international law. This paper aims to discuss – based on the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court and looking strongly at the jurisprudence of the Supreme Court of the USA and the Federal Constitutional Court of Germany with less emphasis – some criteria that may guide Courts when balancing freedom of speech and other fundamental rights.

**Keywords:** Democratic Rule of Law. Freedom of Speech. Fundamental Rights Collisions. Balancing.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Funções e alcance da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito tal como desenhado na CF; 3. O problema dos limites e da imposição de restrições à liberdade de expressão no caso de conflitos (colisões) com outros direitos fundamentais, em especial com os direitos da personalidade; 4. Considerações finais; 5. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre a liberdade de expressão em geral e a liberdade de imprensa na condição de sua manifestação peculiar constitui tema dos mais palpitantes e complexos do direito constitucional, assim como do direito internacional universal e regional dos direitos humanos contemporâneo. No Brasil, esse debate recebeu ainda maior ênfase em virtude da decisão do STF, relatada pelo Ministro Carlos Britto, na ADPF n. 130/DF, no sentido de considerar não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (doravante apenas CF) a Lei n. 5.250, de 1967, mais conhecida como “Lei de Imprensa”, destacando-se a proibição – suscitada pelo relator - no sentido de regulação do núcleo duro das citadas liberdades, argumentando ter tal liberdade caráter praticamente absoluto, cabíveis apenas as limitações expressamente estabelecidas pela CF, designadamente, a proibição do anonimato, o direito à indenização posterior e o direito de resposta.

Mediante tal decisão, criou-se, em maior ou menor medida, um vazio regulatório no âmbito infraconstitucional, na seara da liberdade de expressão<sup>4</sup>, sem prejuízo de alguma normativa parcial, como, por exemplo, na hipótese do direito de resposta em sede eleitoral e atualmente nos diversos veículos de comunicação social, nos termos da Lei n. 13.188/2015, deixando-se a maioria das questões ao crivo do Poder Judiciário. Por sua vez, os magistrados, em termos gerais, têm se revelado fortes defensores da liberdade de expressão, com destaque para a liberdade de imprensa ou, em seu sentido mais alargado, para a liberdade de comunicação social, de modo a sugerir até mesmo – em que pese conhecida controvérsia que grassa em torno do ponto – que também no Brasil se estaria a sufragar (pelo menos na perspectiva do Supremo Tribunal Federal – doravante apenas STF) uma posição preferencial da liberdade de expressão no contexto mais amplo dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, o que nos anima é o propósito de situar o problema dos limites da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito, tal como consagrado pela CF, sem que se pretenda com isso esgotar o leque de questões que a matéria suscita, dada a sua amplitude, heterogeneidade e complexidade, pois em causa tantos aspectos de ordem material quanto de caráter processual, sem prejuízo de repercussão nas esferas penal, administrativa, cível, apenas para referir as mais corriqueiras. Em síntese, o que se pretende é embora priorizando a trajetória e a perspectiva constitucional brasileira nessa seara, lançar mão de alguns exemplos do direito estrangeiro (destaques para os EUA e em menor medida para a Alemanha) e explorar o modo pelo qual o STF tem tratado o tema e os critérios alocados para a solução de tais conflitos, sem prejuízo de uma análise crítico-reflexiva e que possa contribuir para o avanço da discussão no Brasil.

Assim, após (2) uma breve análise da posição e do conteúdo da liberdade de expressão num Estado Democrático de Direito, com ênfase na CF, serão discutidos a questão dos limites à liberdade de expressão, o problema, em especial, das assim chamadas colisões com outros direitos fundamentais e os critérios adotados para sua solução (3), seguindo-se, ao final, algumas conclusões (4).

<sup>4</sup> Tal problema, de modo especial, a discussão em torno da concretização da previsão constitucional de regulação da comunicação social, do modo de sua implantação e de seus diversos aspectos, aqui não será desenvolvido.

## 2 FUNÇÕES E ALCANCE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO TAL COMO DESENHADO NA CF

### 2.1 Situando o problema à luz de alguns exemplos em perspectiva comparada

Conquanto se verifique a existência de alguns elementos em comum, tendência que parece ser irreversível, ao menos considerando a forte aproximação das tradições e culturas dos direitos europeu ocidental, anglo-saxão e latino-americano, inexistente uma resposta universalmente válida e correta tanto sobre o conteúdo e limites em geral da liberdade de expressão, quanto sobre o modo de resolver a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Em relação a estes direitos, posição de destaque recebem a honra, a imagem e a vida privada, mas também a colisão com outros bens de hierarquia constitucional, como é o caso, por exemplo, cada vez mais emblemático, da liberdade religiosa, da proteção das crianças e adolescentes, bem como das seguranças públicas interna e externa, bastando aqui apontar para o problema da criminalidade organizada e do terrorismo.

Assim, para facilitar a compreensão do tema e ilustrar com tais exemplos o problema da falta de uniformidade no tratamento da matéria, iniciamos com três casos extraídos da vida real e que dizem respeito a tal conflito, envolvendo julgados proferidos pelas Cortes Supremas (operando como Cortes Constitucionais em cada caso) dos três países selecionados para efeitos do presente artigo.

**Caso 1.** O Governador da Baviera, na então República Federal da Alemanha, é representado como um porco em diversos quadinhos de Revista com forte cunho político e financiada por partido político de matiz ideológica de esquerda. Nesses desenhos, observa-se o político mantendo relações com uma porca que traja vestes judiciais. O objetivo das gravuras é denunciar suposta atuação promíscua entre políticos e membros do Poder Judiciário<sup>5</sup>.

**Caso 2.** Deixando claro que não se tratavam de informações verdadeiras, revista pornográfica norte-americana publica entrevista ficcional com líder religioso

<sup>5</sup> BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (BVerfGE) 75, 369 1 BvR 313/85 *Strauß caricature-decision*, 1987.

defensor de valores da família cristã tradicional, afirmando que esta personalidade manteve sua primeira relação sexual com sua mãe<sup>6</sup>.

**Caso 3.** No Brasil, autor de obra de cunho revisionista é condenado por crime de racismo por ter negado o holocausto, que resultou no genocídio praticado contra o povo Judeu pelo regime nacional-socialista alemão durante a II Guerra Mundial, sendo a condenação mantida pelo STF<sup>7</sup>.

Numa primeira mirada, de caráter mais abstrato, verifica-se que, mesmo considerando a necessidade de uma diferenciação quanto ao conteúdo e quanto à forma de veiculação das mensagens respectivas, bem como levando em conta as diferenças sobre a formatação de cada ordem jurídica concreta e as peculiaridades de cada tradição jurídica no que diz com a liberdade de expressão e seus limites, em todos os casos sumariamente narrados é possível detectar uma frontal colisão entre a liberdade de expressão e outros direitos e valores constitucionais.

Mesmo que os três casos discutam temas públicos por excelência, o primeiro caso discute o cerne da estrutura do Estado de Direito e possui clara crítica de feição política, envolvendo inclusive a separação dos poderes e sua respectiva imagem. Já o segundo caso versa sobre o combate, por meio da ironia aguda e mesmo de teor chocante, do discurso conservador sobre a família e a sexualidade. O terceiro caso, por sua vez, dispõe sobre a configuração, ou não, do assim chamado discurso do ódio e acerca da eventual relativização da exigência constitucional da legalidade estrita em matéria penal.

Ainda se verifica de plano que as decisões (assim como o conteúdo em causa) divergem em diversos aspectos, a despeito de elementos em comum.

Em relação ao primeiro caso, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (doravante apenas BverfGE) decidiu: a) que se trata de um caso de liberdade artística, prevista no art. 5 (3) da Lei Fundamental de Bonn, apesar de esse direito relacionar-se de maneira direta com a liberdade de expressão; b) que mesmo compreendendo as caricaturas como um gênero que por excelência trabalha com o exagero e que as pessoas públicas são alvos constantes de críticas sociais, os desenhos da Revista alemã *Konkret* atacaram o Presidente do estado da Baviera na condição de pessoa,

<sup>6</sup> U.S. SUPREME COURT (U.S.SupC). *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 1988.

<sup>7</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Habeas corpus n. 82.424/RS*. Relator Ministro Moreira Alves, 2004.

violando a sua dignidade e c) que no caso concreto a caricatura já não veiculava mais uma crítica propriamente dita, mas se limitava substancialmente a humilhar e ridicularizar a pessoa do então Ministro-Presidente da Baviera, configurando o que o BverfGE designou de *Schmähkritik*. Desse modo, a condenação por crime de difamação com determinação de pagamento de multa em primeira instância foi mantida, sendo reformada a decisão judicial de absolvição da segunda instância.

Em relação ao caso número dois, a Suprema Corte Americana (doravante apenas U.S.SupC), no famoso caso *Hustler Magazine Inc. v. Falwell*, concedeu preferência às liberdades de expressão e artística. Jerry Falwell, importante autoridade religiosa e figura pública norte-americana, processou a revista pornográfica *Huslter* e o editor Larry Flynt por ataque à privacidade, difamação e ato doloso de imposição de sofrimento moral, sendo condenados à indenização civil pecuniária pela violação da integridade psíquica do religioso.

Sob os argumentos de que a) a liberdade de expressão é fundamental para a livre circulação de ideias e pensamentos em matérias de interesse público e b) de que essa liberdade, além de constituir-se em direito individual, trata-se de instituto garantidor do acesso à verdade e da vitaliciedade da sociedade, a U.S.SupC reformou a condenação firmada pelas instâncias judiciais hierarquicamente inferiores. Em verdade, o caso *Hustler Magazine Inc. v. Falwell* insere-se na tradição construída pela U.S.SupC no século XX, que reviu uma tradição menos protetiva das liberdades de expressão e de imprensa vigente até então, passando a lhes assegurar uma posição preferencial na arquitetura dos direitos e garantias constitucionais<sup>8</sup>.

## 2.2 A liberdade de expressão como direito fundamental na CF

À vista das considerações e dos exemplos colacionados, constata-se que o modo de enfrentamento e de solução acerca do problema central do presente texto, qual seja a solução de colisões (conflitos) entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais e/ou bens constitucionalmente protegidos é de fato bastante diversificada, o que também diz com a posição, função e alcance outorgada à liberdade de expressão em cada ordem jurídico-constitucional, seja por força do direito

<sup>8</sup> Sobre a história da liberdade de expressão norte-americana, cf. Sunstein, 1995, p. 4.

constitucional positivado nos textos constitucionais, seja pela obra do legislador infraconstitucional, mas também e especialmente pela jurisprudência e, em especial, pelos Tribunais que exercem a guarda da constituição.

No âmbito da CF de 1988, as liberdades de expressão (ou liberdades comunicativas) foram objeto de mais detalhada positivação, passando a corresponder, pelo menos de acordo com texto constitucional, ao patamar de reconhecimento e de proteção compatível com um autêntico Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto e em caráter ainda preliminar, importa frisar que, nos termos da doutrina dominante e da jurisprudência, incluindo o STF, optamos por utilizar o termo genérico liberdade de expressão, como noção que abrange tanto a livre manifestação do pensamento, prevista nos artigos 5º, inciso IV, da CF, quanto a outras dimensões da liberdade de expressão. A liberdade de expressão, portanto, tal como o sugeriu Jónatas Machado, será aqui trata como uma espécie de “direito mãe”<sup>9</sup>, refutando-se uma abordagem compartimentada, tal como parte da literatura especializada costuma estabelecer entre as liberdades de comunicação e de expressão<sup>10</sup>. Desse modo, as diversas posições fundamentais vinculadas à liberdade de expressão serão analisadas não como um mero conglomerado, porém como partes interligadas de uma concepção geral, que reclama uma abordagem sistemática e integrada, preservadas, todavia, as peculiaridades de cada direito fundamental em espécie,<sup>11</sup> o que será considerado nos desenvolvimentos posteriores, quando serão examinados em destaque, após uma parte geral da liberdade de expressão, os aspectos mais relevantes de cada liberdade (direito) em particular. Essas diferenciações, todavia, não afastam a consideração, a qual é pressuposta neste artigo, da premissa adotada pelo STF e pela doutrina brasileira dominante (que nesse passo se aproxima mais dos EUA do que da Alemanha) sobre a inclusão da liberdade de expressão (e a liberdade de comunicação social) a um regime uniformizado. Evidentemente que em relação às demais liberdades situadas no contexto geral da liberdade de expressão, como são os casos da liberdade de ensino e pesquisa, liberdade de reunião e manifestação, liberdade artística e liberdade religiosa, a própria

<sup>9</sup> Cf. Machado, 2002, p. 370 e ss.

<sup>10</sup> Cf., por exemplo, a senda trilhada, no caso da literatura especializada brasileira, por Farias, 2004, em especial p. 52 e ss, muito embora o necessário registro de que o autor também sustenta um âmbito de proteção amplo de ambas as liberdades, apresentando um leque minucioso de posições jurídicas por elas abrangidas.

<sup>11</sup> Cf. Fechner, 2010, p. 530.

CF fixa diretrizes e mesmo limites específicos que nesse caso devem ser observados, porém que aqui não serão objeto de atenção.

Já no concernente ao papel da liberdade de expressão para o Estado Democrático de Direito, é amplamente reconhecido que esta representa um dos direitos fundamentais mais preciosos e correspondem a uma das antigas exigências humanas, de tal sorte que integram os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno<sup>12</sup>. Assim como a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo em que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, essa liberdade também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias e assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político com dimensão nitidamente transindividual<sup>13</sup>, pois a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social. Assim, embora não seja o caso aqui de aprofundar a questão, importa sublinhar que a relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, porque, como regra, a democracia significa mais liberdade de expressão e vice-versa (mais liberdade de expressão indica mais democracia), não se desconsiderando, de outro lado, que certo uso da liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e que o exercício desta eventualmente produz danos à liberdade de expressão<sup>14</sup>.

Quanto ao seu âmbito de proteção na condição de direito fundamental, a liberdade de expressão abarca um conjunto diferenciado de situações, cobrindo, em princípio, uma série de liberdades (faculdades) de conteúdo espiritual, incluindo expressões não verbais, como é o caso da expressão musical, da comunicação pelas artes plásticas e dentre outras<sup>15</sup>. A liberdade de expressão consiste, mais precisamente, na liberdade de exprimir opiniões, ou seja, juízos de valor a respeito de fatos, ideias, opiniões de terceiros, etc.<sup>16</sup>. Assim, é a liberdade de opinião que se

<sup>12</sup> Cf., por todos, Branco, 2011, p. 296.

<sup>13</sup> Neste sentido, v., por todos, Machado, 2002, p. 237 e ss., que atribui à liberdade de expressão um caráter essencialmente instrumental, portanto, não de um fim em si mesmo.

<sup>14</sup> Sobre tal perspectiva, v. Michelman, 2007, p. 49 e ss.

<sup>15</sup> Cf., Michael, Morlok, 2008, p. 126 e, no direito brasileiro, Branco, 2011, p. 297.

<sup>16</sup> Cf. Epping, 2007, p. 86.

encontra na base de todas as modalidades da liberdade de expressão<sup>17</sup>, compreendendo o conceito de opinião (o qual, na linguagem da CF, acabou sendo equiparado ao de pensamento) e adotado em sentidos amplo e inclusivo, abarcando também, apenas para deixar mais claro, manifestações a respeito de fatos e não apenas juízos de valor<sup>18</sup>. Importa acrescentar, que além da proteção do conteúdo, ou seja, do objeto da expressão, encontram-se protegidos os meios de expressão de maneira ampla, aberta e inclusiva, como é o caso da comunicação eletrônica<sup>19</sup>.

Uma compreensão elástica do âmbito de proteção esbarra, todavia, em algumas questões polêmicas, como, por exemplo, a negativa de fatos históricos ou mesmo no que diz com a existência de um dever de verdade factual quanto aos fatos, bem como no tocante aos assim chamados delitos de opinião, visto que nesses casos verificam-se maiores controvérsias sobre a sua inclusão no âmbito de proteção da liberdade de expressão, remetendo ao problema do âmbito de proteção e dos limites da liberdade de expressão, que será objeto de atenção no próximo segmento (3, infra).

Quanto à sua condição como direito fundamental importa ainda nessa fase conceitual lembrar que a liberdade de expressão, nas suas diversas manifestações, engloba tanto o direito (faculdade) de a pessoa se exprimir quanto o de não se expressar ou mesmo de não se informar<sup>20</sup>. Assim, em primeira linha, a liberdade de expressão assume a condição precípua de direito de defesa (direito negativo), operando como direito da pessoa de não ser impedida de exprimir e/ou divulgar suas ideias e opiniões, sem prejuízo, todavia, de uma correlata dimensão positiva, pois a liberdade de expressão implica um direito de acesso aos meios de expressão, o que não significa necessariamente um direito de acesso livre aos meios de comunicação social<sup>21</sup>, muito embora tal componente também tenha adquirido uma crescente relevância em vários momentos (no caso brasileiro, por exemplo, o acesso dos partidos políticos aos meios de comunicação para efeitos de divulgação de seus

<sup>17</sup> Cf., Silva, 2007, p. 241, a liberdade de opinião “resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro”. Para o autor, aderindo a uma conceituação ampla, a liberdade de opinião “se exterioriza pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica, cultural e de transmissão e recepção do conhecimento” (SILVA, 2007, p. 243).

<sup>18</sup> Cf., por todos, Michael; Morlok, 2008, p. 128.

<sup>19</sup> Cf. Canotilho; Moreira, 2007, p. 572, adotando uma concepção ampliada do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

<sup>20</sup> Cf., por todos, Branco, 2011, p. 298.

<sup>21</sup> Cf., por todos, Canotilho; Moreira, 2007, p. 572-73.

programas, candidatos, etc.), o que assume relevo no que diz respeito à dimensão objetiva da liberdade de expressão.

Com efeito, também em relação à liberdade de expressão, vale a constatação de que ela apresenta uma dupla dimensão subjetiva e objetiva, ou seja, operando simultaneamente como direito subjetivo individual (e mesmo coletivo, a depender do caso), tanto de matriz negativa (implicando deveres de abstenção), e, a depender do caso, de direitos subjetivos a prestações. Por sua vez, fortemente vinculados à dimensão objetiva, a qual importa em deveres estatais de proteção em parte satisfeitos mediante a edição de normas de cunho procedimental e, de outra banda, também efetivados com a criação e a regulamentação de instituições (órgãos) que atuam na proteção e na promoção dos direitos. Sobre as obrigações estatais, observa-se, por exemplo, no plano constitucional, o conselho de comunicação social (artigo 224, CF), que aqui não será tematizado, assim como tais deveres também vinculam os órgãos judiciais, zelando não apenas para a devida consideração dos direitos e interesses postos em causa concretamente no âmbito das relações entre sujeitos privados, mas ainda controlando a constitucionalidade dos atos estatais que interferem na liberdade de expressão. Aliás, a atuação do Poder Judiciário nesse contexto, no exercício dos deveres de proteção, manifesta-se particularmente relevante, complexa e polêmica no âmbito da solução de conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, ademais da fiscalização da constitucionalidade de intervenções restritivas levadas a efeito pelos órgãos estatais, o que será examinado logo a seguir.

### **3 O PROBLEMA DOS LIMITES E DA IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CASO DE CONFLITOS (COLISÕES) COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão – pelo menos de acordo com significativa doutrina no Brasil e nos Estados Unidos da América - assume uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais<sup>22</sup>. Muito embora se afirme que no Brasil a teoria da posição

<sup>22</sup> Cf., por todos, na doutrina brasileira, Barroso, 2005, p. 297-339.

preferencial é adotada, a qual se encontra consagrada pelo STF quando do julgamento da ADPF n. 130, essa teoria, em geral, é aplicada de forma tímida (KOATZ, 2011, p. 402), não sendo, de outra parte, reconhecida majoritariamente na Alemanha e em geral na Europa, onde a liberdade de expressão não assume uma prévia posição preferencial na arquitetura dos direitos fundamentais. De qualquer modo, ainda que se admita (aspecto em relação ao qual se manifesta particular ceticismo consideradas as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro) a doutrina da posição preferencial, não se trata de atribuir à liberdade de expressão (em qualquer uma de suas manifestações particulares) a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais.

Assim, quando se fala de uma posição preferencial, busca-se reconhecer a liberdade de expressão em posição de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais no que diz com a hierarquização das posições conflitantes no caso concreto<sup>23</sup>. Desse modo, na esfera da solução para eventual conflito entre a liberdade de expressão e outros bens fundamentais individuais e coletivos, não há como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações, o que se percebe é praticado mesmo pelo STF em algumas situações.

Mas antes de adentrar tal seara, cabe recordar a distinção entre limites constitucionais expressamente estabelecidos, como é o caso da vedação do anonimato (art. 5º, IV, CF) e da proibição da censura (art. 5º, IX, e 220, § 2º, CF), mas também e de certo modo do direito de resposta (art. 5º, V, CF) e do direito à indenização por violação desproporcional e não respaldada constitucionalmente dos direitos da personalidade (art. 5º, X, CF). Não se pode ainda desconsiderar os limites indiretos, no sentido de expressamente autorizados pela CF e levados a efeito pelo legislador (reservas legais) – no caso, inexistentes no contexto da liberdade de expressão na CF – e as limitações implicitamente autorizadas pela CF, sendo essas questões precisamente atinentes ao problema das colisões entre direitos fundamentais e a imposição de restrições por força da necessidade de harmonizar o exercício o mais pleno possível da liberdade de expressão com a fruição e a proteção de outros direitos fundamentais e bens constitucionais.

<sup>23</sup> Sobre o tópico, cf. a excelente contribuição, ilustrada com importantes exemplos, de Weingartner Neto, 2002, p. 147 e ss.

Considerando que o foco do presente texto é o das colisões entre a liberdade de expressão e outros direitos, as proibições do anonimato e da censura, assim como os direitos de resposta e à indenização, serão sumariamente abordados naquilo que guardam relação com o tema central.

No que diz respeito à censura, a CF, no artigo 5º, IX, da CF, no contexto da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, estabelece uma categórica vedação, reiterada no artigo 220, § 2º, CF, de acordo com o qual “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Como sabido, a proibição da censura é de tal sorte relevante para a liberdade de expressão que, de acordo com o noticiado por Jónatas Machado, “a liberdade de imprensa é, historicamente, a liberdade perante a censura prévia”<sup>24</sup>. Por sua vez, a vedação da censura não dispensa uma definição do que seja censura, até mesmo para que seja possível diferenciar as situações à luz do ordenamento jurídico-constitucional.

Numa primeira aproximação, por se tratar de uma noção amplamente compartilhada, a censura que se pode ter, de plano e em qualquer caso como absolutamente vedada pela CF, consiste, de acordo com a lição de Jónatas Machado, na restrição prévia à liberdade de expressão realizada pela autoridade administrativa e que resulta na proibição da veiculação de um determinado conteúdo<sup>25</sup>. Se outras intervenções prévias (por exemplo, as estabelecidas por conta da proteção de outros bens fundamentais no caso de uma colisão entre estes e a liberdade de expressão) se enquadram na noção de censura e em que medida podem ser (ou não) constitucionalmente legítimas tratam-se de objeto de acirrado debate, prevalecendo o entendimento de que para assegurar a proteção da liberdade de expressão a proibição de censura e de licença deve ser compreendida em sentido amplo. Assim, essa vedação abarca não apenas a típica censura administrativa, porém outras hipóteses de proibição ou limitação da livre expressão e circulação de informações e de ideias<sup>26</sup>. Isso se verifica, por exemplo (aqui no caso brasileiro) quando o STF, ao apreciar a constitucionalidade da norma contida no artigo 20 e 21 do Código Civil, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815, após a oitiva em Audiência Pública de importantes instituições públicas e privadas, políticos, juristas e escritores em

<sup>24</sup> Cf. Machado, 2002, p. 487.

<sup>25</sup> Cf. Machado, 2002, p. 486-487.

<sup>26</sup> Cf., por todos, Farias, 2004, p. 188.

21.11.2013<sup>27</sup>, efetuou uma interpretação conforme a Constituição, declarando “inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)”.

De todo modo, ainda que a liberdade de expressão, para sua necessária proteção, exija uma interpretação ampla de censura, importa distinguir a censura de outras modalidades de restrição (que poderão, a depender do caso, ser constitucionalmente justificadas), o que se impõe até mesmo para preservar as peculiaridades de cada modalidade da liberdade de expressão e até mesmo para não atribuir caráter absoluto à liberdade de expressão. Além disso, apesar de a proibição da censura configurar uma regra e não um princípio, trata-se de um conceito aberto (indeterminado) que necessita ser preenchido de conteúdo. De qualquer modo, na esteira do que entre nós lembra Daniel Sarmento, uma orientação geral importante a ser observada é a de que apenas em hipóteses absolutamente excepcionais são admissíveis restrições ao exercício da liberdade de expressão, quando em causa a proteção de direitos ou outros bens jurídicos contrapostos, pois a regra geral, a qual se infere da CF, é a de que os eventuais abusos e as lesões a direitos devem ser sancionados e compensados posteriormente<sup>28</sup>.

O exemplo das biografias não autorizadas, por sua vez, revela a posição do STF no sentido de controlar a legitimidade constitucional de regras jurídicas veiculadas mediante dispositivos infraconstitucionais com base nos parâmetros da

<sup>27</sup> Foram ouvidas na Audiência Pública: a) Ministério Público Federal (Odin Brandão Ferreira), b) Academia Brasileira de Letras (Ana Maria Machado), c) Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas (Roberto Dias), d) União Brasileira de Escritores (Alaor Barbosa dos Santos), e) Universidade Federal do Rio de Janeiro (José Murilo de Carvalho), f) Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão (Leo Wojdojdyslawski), g) Representantes da Comissão de Direito Autoral da Ordem dos Advogados – Seccional de São Paulo (Silmara Chinelato), h) Instituto Palavra Aberta (Patrícia Blanco), i) Newton Lima (Deputado Federal), j) Sindicato Interestadual da Indústria Audio Visual (Cláudio Lins de Vasconcelos), k) Ronaldo Caiado (Deputado Federal), l) Marcos Rogério (Deputado Federal), m) Sindicato Nacional dos Editores de Livros (Sônia da Cruz Machado de Moraes), n) Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (Ivar Alberto Martins Harmann), o) Ministério da Cultura (Renato de Andrade Lessa), p) Associação Eduardo Banks (Ralph Anzolin Lichote), q) Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional (Ronaldo Lemos), r) Associação Paulista de Imprensa (Sérgio Redó), s) João Ribeiro de Moraes (advogado) e t) Ordem dos Advogados do Brasil (Marcus Vinicius Furtado Coelho), Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4815*. Relatora Ministra Cármen Lúcia, 2016, p. 13-22.

<sup>28</sup> Cf. Sarmento, 2013, p. 252-258.

liberdade de expressão, consoante demonstrado no julgamento da ADI n. 4.815<sup>29</sup>. Além disso, ao menos é o que se infere de boa parte dos votos, afirma-se, na decisão referida, que a liberdade de expressão ocupa uma posição de preferência condicionada no contexto do sistema constitucional, mas não dispensa uma ponderação e uma eventual acomodação quando conflitante com outros direitos fundamentais e princípios de hierarquia constitucional, o que se pode aferir também no caso do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia.

Todavia, apesar das relevantes e mesmo paradigmáticas decisões firmadas na ADPF n. 130 e ADI n. 4815, a complexidade das questões atinentes às liberdades de expressão, de imprensa e de informação, em razão das diversas demandas e colisões entre esses direitos fundamentais com outros direitos e valores constitucionais, ainda não produziu uma plena acomodação pela interpretação do STF. Para tanto calha referir - em caráter ilustrativo - alguns outros julgados

Por exemplo, na Medida Cautelar em Reclamação nº. 17.091, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), alegando violação da Súmula Vinculante n. 10<sup>30</sup>, buscava a suspensão da decisão que determinou a publicidade dos relatórios sobre análise de concessões de crédito entre os anos de 2008 a março de 2011, tendo essas informações sido requeridas pela Folha da Manhã S.A. Em virtude da existência do sigilo das operações das instituições financeiras e do julgamento da ADPF n. 130, o Ministro Lewandowski deferiu em parte a liminar para os fins de permitir o acesso aos relatórios depois da retirada de informações sigilosos nesses documentos pelo BNDES<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> “O objeto do questionamento formulado em face de tais princípios constitucionais e da vigência das regras civis amplamente aproveitadas judicialmente como fundamento de decisões proibitivas de biografias, o que se tem como núcleo da indagação judicial na presente ação para a qual se pede resposta é: a) sendo os princípios constitucionais de centralidade fundante no sistema jurídico brasileiro vigente e determinante da interpretação das normas infraconstitucionais, incluídas, pois, aquelas que formam o acervo normativo civil; b) extraindo-se de uma primeira leitura que as regras civis configurariam arcabouço de proteção de alguns direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados (direito à privacidade em especial), formulando regras de conteúdo proibitivo em relação de horizontalidade (dimensão horizontal dos direitos fundamentais aplicados e a serem respeitados nas relações civis); c) a proibição genérica das regras civis não excepcionando, em sua dicção, obras biográficas na referência normativa feita a imagem da pessoa ou a seus familiares” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815, 2016, p. 24).

<sup>30</sup> “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

<sup>31</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar em Reclamação n. 17091*. Ministro Ricardo Lewandowski, 2014.

A ausência de critérios seguros ou de acomodações interpretativas sobre a colisão da liberdade de expressão com outros direitos e bens constitucionais fica clara na posição diversa sobre concessão de liminar em um mesmo processo. Por exemplo, na Medida Cautelar na Reclamação n. 19.464, a Associação Nacional dos Jornais (ANJ) ingressou, no STF, alegando violação também da decisão exarada na ADPF n. 130. Neste caso, o Jornal Diário da Região (São José do Rio Preto, São Paulo) noticiou a Operação Tamburutaca da Polícia Federal. Como as reportagens foram publicadas com informações de trechos de interceptação telefônica de processo em segredo justiça, o Ministério Público Federal (MPF) requereu o indiciamento do repórter pelo crime estabelecido no art. 10 da Lei n. 9.296/1996.

Apesar de o inquérito policial ter concluído pela atipicidade da conduta, o MPF requereu a quebra do sigilo telefônico do Jornalista e do Diário da Região, tendo esse pleito sido acolhido pelo Juízo Federal de Primeiro Grau e pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. O pleito da ANJ no sentido de que a ADPF n. 130 fixou a impossibilidade de o Estado restringir a liberdade de imprensa e, por consequência, de afrontar o sigilo de fonte foi acolhido pela Presidência do STF no período de férias forenses pelo Ministro Lewandowski<sup>32</sup>. Note-se, ainda, que após o parecer exarado pela Procuradoria Geral da República, o relator da referida Reclamação, Ministro Dias Toffoli, revogou a liminar outrora deferida, sob o fundamento de que a liberdade de imprensa não se constitui em justificativa para realização de prática criminosa<sup>33</sup>.

Os exemplos colacionados demonstram que a necessidade de aferir a constitucionalidade de intervenções na liberdade de expressão, em boa medida, diz respeito às restrições não diretamente autorizadas pela CF e que não encontram respaldo em expressa reserva legal, pois decorrentes e exigidas por conta da proteção simultânea e suficiente de outros direitos fundamentais eventualmente em rota de colisão com a liberdade de imprensa.

Que também a liberdade de expressão, incluindo a liberdade de informação e de imprensa (comunicação social), não é absoluta e encontra limites no exercício de outros direitos fundamentais e na salvaguarda, mesmo na dimensão objetiva (por via dos deveres de proteção estatal), de outros bens jurídico-constitucionais, é questão

<sup>32</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar em Reclamação n. 19464*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 2015.

<sup>33</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar em Reclamação n. 19464*. Relator Ministro Dias Toffoli, 2015.

praticamente não contestada no plano do direito constitucional contemporâneo e mesmo no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. De outro lado, a controvérsia a respeito de quais são tais limites, assim como da forma e da medida, que se pode intervir na liberdade de expressão segue intensa e representa um dos maiores desafios para o legislador e para os órgãos do Poder Judiciário, porque a este compete a análise da intervenção no caso concreto e na esfera do controle abstrato de constitucionalidade e da legalidade, conforme apresentado nos exemplos veiculados na primeira parte do presente artigo, os quais são representativos de decisões judiciais nos EUA, Alemanha e Brasil.

Nesse contexto e de acordo com a precisa e oportuna síntese de Daniel Sarmento, muito embora a posição adotada pelo Ministro Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADPF n. 130, quando sustentou que nenhum limite legal poderia ser instituído em relação à liberdade de expressão, pois as limitações existentes seriam apenas aquelas já contempladas no texto constitucional, cabendo tão-somente ao Poder Judiciário fazer as ponderações pertinentes em caso de tensões com outros direitos, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto condutor que proferiu no Recurso Extraordinário n. 511.961/SP, observou que as restrições à liberdade de expressão em sede legal são admissíveis, desde que visem a promover outros valores e interesses constitucionais também relevantes e respeitem o princípio da proporcionalidade<sup>34</sup>. Com efeito, mesmo excepcionais, as restrições legislativas não expressamente autorizadas necessitam ser reconduzidas à CF pelo fato de terem por fundamento a proteção de outros bens constitucionais relevantes, não podendo, pelo menos não de plano, ser afastadas sob o argumento de que sempre constitucionalmente ilegítimas.

Por sua vez, as práticas nacional, estrangeira e internacional têm demonstrado, no caso de restrições impostas por decisões judiciais, que, normalmente, advêm em solução de conflitos em concreto e buscam promover a concordância prática (harmonização) entre os direitos e princípios conflitantes, aplicando-se sempre a noção dos limites aos limites dos direitos fundamentais e os critérios que daí decorrentes com especial observância dos critérios da proporcionalidade e da salvaguarda do núcleo essencial dos direitos em causa.

<sup>34</sup> Cf. Sarmento, 2013, p. 252-258.

Um exemplo de particular relevância no contexto da liberdade de expressão é o da prática do assim chamado discurso do ódio ou de incitação ao ódio (*hate speech*)<sup>35</sup>. Aqui, no tocante à tradição brasileira, a liberdade de expressão encontra limites na dignidade da pessoa humana de todas as pessoas e grupos afetados quando utilizada para veicular mensagens de teor discriminatório e destinadas a incitar o ódio e até mesmo a violência. Nesse sentido, o STF entendeu no famoso, mas não menos controverso caso *Ellwanger*, colacionado na parte introdutória, no qual se avaliou a possibilidade de, mesmo em face da liberdade de expressão, condenar editor de obras de teor antisemita pela prática do crime de racismo<sup>36</sup>.

Em julgado mais recente conhecido como a *Marcha da Maconha*<sup>37</sup>, ao apreciar a configuração de ilícito penal em virtude de a liberdade de expressão (coletiva, mediante reunião e manifestação) ter sido utilizada para buscar, mediante sensibilização da opinião pública, a descriminalização do uso de drogas leves para consumo próprio, o STF afastou a figura da apologia de crime, considerando tal manifestação como coberta pelas liberdades de expressão, reunião e manifestação e não se podendo confundir manifestação pública em prol da descriminalização de um determinado comportamento com a incitação à prática de tal ato, que, por sua vez, poderia sim configurar uma hipótese de discurso do ódio ou incitação ao crime não coberta pela liberdade de expressão.

Todavia, se quanto ao discurso do ódio e a manifestações de cunho claramente antidiscriminatório (as quais, ademais, carecem de justificação e identificação) se verifica – ressalvada, evidentemente, controvérsia sobre quando de fato encontram-se configuradas tais manifestações – substancial consenso no sentido de admitir restrições mais fortes na liberdade de expressão, outras hipóteses em que a liberdade de expressão entra em conflito com direito fundamentais de terceiros e outros bens constitucionais individuais e coletivos apresentam situações de equacionamento mais complexo e difícil.

<sup>35</sup> Sobre o tema, v., dentre outros, Sarmento, 2006, p. 207-262, bem como, no âmbito da produção monográfica especializada, Pflug, 2009.

<sup>36</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n. 82.424/RS*, 2004, que se trata de ação constitucional impetrada por réu em ação penal, na qual estava sendo acusado do crime de racismo em virtude de ter publicado livros contendo manifestações de incitação de ódio contra os judeus, além de buscar desacreditar a ocorrência do genocídio praticado contra povo judeu (Holocausto) durante a Segunda Guerra Mundial.

<sup>37</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187*. Relator Ministro Celso Mello, 2011.

Dentre as situações mais corriqueiras e que já geraram farta jurisprudência no Brasil e no exterior, incluindo a atuação dos Tribunais Internacionais, observa-se a proibição de manifestações de cunho pornográfico e de manifestações culturais e artísticas quando consideradas ofensivas à moral, aos bons costumes e mesmo à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade de terceiros. As cláusulas gerais como a moral e os bons costumes são extremamente perigosas para justificar restrições à liberdade de expressão (salvo no campo das indicações das faixas etárias, a título de recomendação aos pais de crianças e adolescentes). De outro lado, em geral não se coloca em questão o fato de que a dignidade da pessoa humana, como princípio e direito fundamental, bem como a afetação desproporcional de direitos fundamentais de terceiros, especialmente em se tratando de direitos de personalidade, há de ser sempre considerada na esfera de uma ponderação à luz das circunstâncias do caso.

Avaliando-se, nesse contexto, a jurisprudência do STF, verifica-se que este em geral tem sido adequadamente deferente à liberdade de expressão, admitindo intervenções em situações excepcionais e normalmente constitucionalmente justificadas, o que não significa a impossibilidade de questionar o acerto de alguns julgados ou avaliar criticamente os fundamentos das decisões, inclusive quanto a existência, ou não, de uma posição uniforme, consistente e coerente por parte do STF sobre a matéria, em especial no que toca aos critérios para proceder à ponderação e aferir a legitimidade constitucional de eventuais intervenções restritivas.

Que uma observação do exercício cotidiano das liberdades de expressão e mesmo do conjunto das decisões do STF não permite aceitar leitura superficial sobre uma preferência quase absoluta, assim como admitir apenas limites diretos e expressamente impostos pela CF, parece algo evidente. Além disso, percebe-se que o trato dos casos concretos demonstra a necessidade de um refinamento dogmático, bem como evidencia a necessidade de estabelecimento de critérios legais e jurisprudenciais para o exercício das referidas liberdades, em harmonia com outros direitos fundamentais, sem descuidar do papel central que a liberdade de expressão ocupa num Estado Democrático de Direito.

Assim, tanto a Reclamação n. 17.091, que versa sobre o sigilo de dados das instituições financeiras, como a Reclamação n. 19.464, que enfrenta a discussão

sobre o sigilo sobre a fonte jornalística, ambas já apresentadas, são representativas de alguns dilemas que dizem respeito à liberdade de expressão.

Em verdade, a busca de fixação de limite às liberdades de expressão e de pensamento encontra-se atualmente em pauta na discussão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 662.055. Cumpre recordar, nesse contexto, que o STF, em 27.08.2015, reconheceu a Repercussão Geral no litígio envolvendo sociedade de proteção aos animais e pessoa jurídica de direito privado responsável por organizar importante Rodeio no interior paulista. Valendo-se da liberdade de expressão, a sociedade protetiva organizou campanhas na internet veiculando mensagens como “Quem Patrocina e Apoia Rodeios Também Tortura o Bicho”, conclamando os cidadãos a que remetessem e-mails para que os patrocinadores do evento revissem a concessão do apoio financeiro<sup>38</sup>. Em síntese, essa associação denunciou o suposto tratamento cruel a que são submetidos os animais nas práticas de Rodeios e em famosa festa no interior paulista.

Por sua vez, a organizadora do evento asseverou que foram apresentadas informações falsas acerca do tratamento dispensado aos animais, inexistindo maus-tratos. Sustentou a Autora que foram remetidos e-mails com fotografias de rodeios norte-americanos e não de festas organizadas pela empresa, afirmando que a liberdade de expressão foi utilizada de maneira abusiva com violação ao direito à manifestação cultural, à honra e à imagem, além de o uso abusivo produzir impactos negativos na economia local<sup>39</sup>.

O Juiz Estadual de Primeiro Grau concedeu tutela inibitória para proteção dos direitos à honra e à imagem, mas a decisão foi parcialmente reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para o efeito de **a)** transcrever nota sobre o ajuizamento da demanda judicial no seu site, **b)** retirar o nome da festa organizada pela Autora da Ação Judicial do rol das festividades que praticam maus-tratos aos animais, não podendo **c)** fazer menção aos patrocinadores da festa. Quanto ao mérito, a ação foi julgada procedente em parte no primeiro grau de jurisdição, tendo sido reformada parcialmente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Desse modo, a sociedade protetiva de animais foi condenada ao pagamento de indenização

<sup>38</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 662.055*. Ministro Relator Roberto Barroso. 2015.

<sup>39</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº. 662.055*, 2015, p. 4-5.

por danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e a retirar a informação do site e dos materiais que o evento promovido no interior paulista produz crueldade contra os animais, não podendo ainda fazer menção aos patrocinadores do Rodeio ou procura-los para desestimular o incentivo. Por fim, pelo descumprimento das obrigações firmadas, a associação de defesa dos animais será sancionada com multa diária no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)<sup>40</sup>.

O caso ora colacionado diz com o delicado equilíbrio entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais e bens de hierarquia constitucional (proteção do ambiente e proibição da crueldade com os animais, além de direitos culturais). Se é possível afirmar que os manifestos da sociedade de proteção dos animais possam macular a honra e a dignidade dos afetados, ademais de afetar seu interesse patrimonial, também é verdade que a liberdade de expressão não pode ser esvaziada em prol da proteção de outros direitos fundamentais. Por outro lado, cumpre lembrar que essencialmente está em causa a discussão sobre a existência de dano inconstitucional à imagem e ao patrimônio e, especialmente, a calibração do *quantum* indenizatório que seja apto a promover uma adequada reparação dos bens da personalidade violados, mas, de outro lado, não pode o direito fundamental à indenização ser manejado de modo desproporcional, impactando de forma excessiva as liberdades de expressão.

Note-se, além disso, que no Recurso Extraordinário n. 662.055 houve atribuição de tutela inibitória para proteção da imagem da entidade organizadora do evento e dos respectivos patrocinadores. Nesse contexto é possível afirmar que, se as tutelas de urgência são decorrência necessária e natural do direito a um processo justo, que implica um processo célere de modo a atender seu desiderato, a concessão de tutelas de urgência para proteção dos direitos da personalidade em restrição à liberdade de expressão deve ser medida tomada com extrema cautela e em casos excepcionais, quando a tutela inibitória se revelar indispensável a conter grave violação de direitos fundamentais conflitantes, em especial quando resultar em evidente violação da dignidade da pessoa humana.

Lembre-se, ainda nesta quadra, que, no julgamento referido, o STF, por meio de votação unânime no plenário virtual, demonstrou que estabelecerá os limites para

<sup>40</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 662.055*, 2015, p. 8-9.

o exercício das liberdades de expressão e de pensamento, o que resta evidenciado na passagem que a seguir se transcreve:

A questão constitucional em exame consiste em definir os limites da liberdade de expressão, ainda que do seu exercício possa resultar relevante prejuízo comercial, bem como fixar parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas que lhe possam ser legitimamente impostas<sup>41</sup>.

Com esta decisão é possível perceber que o STF mitigou a orientação imprimida pela pena do Relator da ADPF n. 130 (Ministro Carlos Britto), admitindo, ao menos em princípio, outras intervenções restritivas na liberdade de expressão que não àquelas expressamente estabelecidas pela CF.

Todavia, mesmo que a liberdade de expressão (incluindo a livre manifestação do pensamento) não tenha sido submetida a uma expressa reserva legal, eventual imposição de restrições deveria ser veiculada, em primeira linha e em regra, pelo legislador democraticamente legitimado e sempre em observância aos critérios da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais comunicativos.

Nessa senda, assume relevo – no quadro de uma adequada construção e compreensão dos critérios de ponderação nos casos de conflitos entre a liberdade de expressão e outros bens constitucionais de relevo – que um vetor interpretativo reside na compreensão da necessidade de equilíbrio na interpretação da liberdade de expressão a partir dos valores liberais (liberdade de expressão como um direito do indivíduo independente de suas consequências e do papel exercido por essa liberdade na comunidade), democráticos (liberdade de expressão como condição para a própria democracia e do pluralismo) e republicanos (utilização da liberdade de expressão para obter e disseminar informações e manifestações sobre a esfera pública e as pessoas que ocupam cargos públicos). Tais tradições políticas e jurídicas não podem ser dissociadas e ocupam um lugar de destaque na avaliação relacional da liberdade de expressão na arquitetura constitucional de um Estado Democrático de Direito.

<sup>41</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº. 662.055*, 2015, p. 14.

A despeito da relevância dos vetores referidos, há de se concordar que resultam abertos e dificultam um controle dos limites em concreto entre a liberdade de expressão e direitos e princípios colidentes. Assim, não há como dispensar um juízo de proporcionalidade e/ou de razoabilidade quando estritamente necessário, mas especialmente há que ter em conta critérios relevantes já amplamente reconhecidos e que, mesmo não dispensando uma motivação em concreto, têm servido de guia relativamente seguro e substancialmente consensual, como é o caso das vedações do assim chamado “discurso do ódio” e da discriminação, além da proibição de evidentes e sérias ofensas à dignidade humana e aos direitos de personalidade que lhe são correlatos. Ademais disso, eventual tutela inibitória há de guardar caráter excepcional e ser manejada apenas e tão somente quando efetivamente imprescindível para resguardar direito fundamental ou outro bem jurídico de estatura constitucional de uma ofensa tão grave que a ausência da tutela de urgência pudesse levar a um prejuízo irreparável.

Como possível exemplo de utilização abusiva da liberdade de expressão, passível de utilização da excepcional tutela inibitória, registra-se a brutal violação da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra pela divulgação de informações inverídicas como aconteceu no tristemente famoso caso Escola Base em São Paulo. Em março de 1994, os proprietários de uma escola e um casal de pais foram acusados de promoverem sistematicamente violência sexual aos alunos de uma escola particular. Afirmou-se que existiam orgias com as crianças em rituais sexuais com consumo de drogas. Nada restou provado, porém os danos morais e materiais aos acusados foram tão intensos que chegaram a resultar em graves ameaças à sua integridade pessoal e mesmo aos seus familiares<sup>42</sup>. De todo modo, é de se ressaltar que o exemplo ora colacionado revela o quão excepcionais devem ser as situações nas quais é, em princípio, cabível a tutela inibitória.

Somados (e mesmo complementares) aos critérios já referidos, é possível afirmar que outras diretrizes podem se somar às já existentes. Uma delas diz respeito à divulgação de informação inverídica de forma dolosa ou com negligência grave, situação na qual se aplicaria a teoria da malícia, necessária para que se considere para configurar abuso de liberdades de expressão. Se tal teoria, firmada no caso *New*

<sup>42</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, 2009, p. 256-258.

*York Times vs. Sullivan*<sup>43</sup>, é passível de críticas naquilo em que possa ter atribuído uma posição exacerbada às liberdades de expressão, também é verdade que a construção de uma sociedade civil robusta, crítica e democrática pressupõe o acesso à informação e a disseminação de informação, que restariam bastante prejudicadas se pequenos erros sobre conteúdos fáticos justificassem a atribuição de indenizações ou mesmo outras sequelas.

Além disso, é preciso ter em mente que a utilização da liberdade de expressão para situações ficcionais e artísticas, ainda que ácidas e com potenciais danos à imagem e à honra de pessoas físicas, deve ser em princípio admitida<sup>44</sup>. Nesse sentido, corretamente aponta Jónatas Machado que “o discurso satírico e a caricatura têm sido desde tempos imemoriais utilizados como instrumentos de crítica social, possuindo aí um sólido *pedigree*” (MACHADO, 2002, p. 824). Aqui calha lembrar o adequado julgamento da U.S.SupC no caso *Hustler Magazine Inc. v. Falwell*, e o no nosso sentir equivocado entendimento do BverfGE na sua decisão sobre a caricatura da Revista *Konkret*, ambos os casos já retratados sumariamente. A formulação de críticas à autoridade cristã, ainda que de mau gosto e feita a partir de ficções reconhecidas na *Hustler Magazine*, não obsta a proteção à liberdade de expressão, assim como a formulação de caricaturas que denunciam relações espúrias entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário em estado-membro alemão, ao contrário do decido pelo BverfGE, encontram-se albergadas pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão (no caso, também artística) especialmente por se tratar de personalidades públicas e os assuntos tratados serem de interesse público e essenciais a um Estado Democrático de Direito. Em relação ao caso *Hustler Magazine*, o reconhecimento expresso de tratar-se de ficção construída com nítido caráter de crítica a compreensões sociais e religiosas hegemônicas aponta claramente a utilização de liberdade de expressão em tema relevante.

Além disso, observa-se que quando a informação é obtida por meios ilícitos também sua divulgação há de ser tida em regra como inadmissível (BARROSO, 2005, p. 327). Lembre-se que de acordo com o direito constitucional positivo brasileiro, a inviolabilidade do domicílio consiste em direito fundamental e apenas em caso de desastre, flagrante delito, prestação de socorro, ou, durante o dia, para cumprimento

<sup>43</sup> Cf. U.S. SUPREME COURT. *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376, p. 254-305, 1964.

<sup>44</sup> Sobre a relação entre liberdade artística e liberdade de expressão, apresentando e refletindo sobre movimentos artísticos e situações controversas de colisões com outros valores e bens constitucionais, cf. Kurzweg, 1999, p. 438-485.

de ordem judicial, se poderá admitir o ingresso sem autorização do proprietário ou morador (art. 5º, XI, CF). O mesmo ocorre nos casos de inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e do sigilo telefônico, este último passível de quebra apenas por ordem judicial no bojo do processo penal ou em investigação criminal (art. 5º, XII, CF), sendo também expressamente prevista a inadmissão no processo das provas obtidas de forma ilícita, no art. 5º, LVI, CF<sup>45</sup>. Não se pode olvidar, ainda, do art. 17 do Pacto de Direitos Civis e Políticos e do art. 11, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificados pelo Brasil em 1992), os quais vedam a ingerência arbitrária, abusiva e ilegal sobre a vida privada, o domicílio, a vida familiar e a correspondência.

Tema especialmente complexo versa sobre o resguardo do sigilo da fonte na obtenção de informações, de acordo com o disposto no art. 5º, XIV, CF, previsão constitucional inovadora, mas que, a depender do caso, pode entrar em rota de colisão com a impossibilidade de utilização de prova e de informação obtidas de forma ilícita. Essa situação ganha contornos ainda mais dramáticos quando a forma pela qual se obteve determina informação representa um ilícito penal. Em primeiro lugar, o direito ao resguardo sobre o sigilo de fonte é uma garantia essencial para o adequado exercício às liberdades de expressão e de imprensa, assegurando a necessária independência do jornalista em relação às autoridades estatais e frente à própria empresa jornalística, além de estabelecer uma estrutura de confiança dos cidadãos na apresentação de informações importantes para a coletividade através da imprensa (MASNATTA, 1999, p. 24-25).

Assim, desde que o jornalista e o mecanismo de comunicação não atuem em conjunto com a fonte para a obtenção de informação ilícita, não é possível a responsabilização penal ou civil por utilização de informação obtida de forma ilícita pela fonte especialmente se tratar de assunto público com relevante interesse social. Nessa situação, os critérios de natureza do fato e existência de interesse público prevalecem sobre a proteção contra informação obtida de forma ilícita. De outro lado, a autonomia constitucionalmente estabelecida em benefício do jornalista e da sociedade sobre o sigilo da fonte não obsta a busca por indenização por apresentação de fatos falsos veiculados pela fonte jornalística<sup>46</sup>. Precisamente nesse contexto,

<sup>45</sup> Sobre os direitos fundamentais e humanos que protegem a intimidade, a vida privada, o domicílio, assim como a impossibilidade de obtenção e utilização de provas ilícitas, cf. Giacomolli, 2015.

<sup>46</sup> Cf. Steinmetz, 2013, p. 300.

designadamente no campo da liberdade de expressão na sua vertente de comunicação social (jornalística) assume relevo a figura da prossecução de interesses legítimos na condição de excludente da responsabilização penal do agente jornalístico, temática que, a despeito de seu relevo, aqui não temos condição de abordar em que pese a sua íntima vinculação com os problemas aqui tematizados<sup>47</sup>.

Mesma a publicação ou divulgação de fatos públicos e obtidos de forma lícita pela imprensa pode promover enormes danos à honra, à imagem e à dignidade das pessoas, porém em regra deve prevalecer a liberdade de expressão de tal sorte que apenas em casos-limite restrições são juridicamente legítimas. Trata-se de uma presunção relativa em favor da liberdade de expressão, que poderá ser afastada em casos de demonstração de que a divulgação dessas informações afronta intensamente outros direitos fundamentais.

Com base no exposto, não se pode concordar, por exemplo, com a decisão da U.S.SupC (1975) em *Cox Broadcasting vs. Cohn*, que considerou: i) lícita a publicação de reportagens com a identidade de pessoas vítimas do crime de estupro e ii) inconstitucional lei estadual que vedava a divulgação dos nomes das vítimas de estupro.<sup>48</sup> A situação de estupro, além de danos físicos, causa sequelas profundas morais e psíquicas sobre suas vítimas. Desse modo, a publicação dos nomes das pessoas vítimas de estupro, ainda que disponível em arquivos públicos, somente amplia os danos morais sofridos. A partir da análise dessa situação concreta, deve-se considerar que o direito à vida privada e à proteção da dignidade pode prevalecer e ilidir a proteção da publicação pela imprensa de informações públicas, quando i) a afronta àqueles direitos de personalidade for intensa e ii) se as informações trazidas não são de interesse público, pois, salvo melhor juízo, não existe interesse público legítimo em saber o nome das pessoas estupradas em determinado local, sendo, de outro lado, do interesse público saber da ocorrência de estupros (sua investigação),

<sup>47</sup> Cf. Weingartner Neto, 2002.

<sup>48</sup> "The State may not, consistently with the First and Fourteenth Amendments, impose sanctions on the accurate publication of a rape victim's name obtained from judicial records that are maintained in connection with a public prosecution and that themselves are open to public inspection. Here, under circumstances where appellant reporter based his televised report upon notes taken during court proceedings and obtained the rape victim's name from official court documents open to public inspection, the protection of freedom of the press provided by the First and Fourteenth Amendments bars Georgia from making appellants' broadcast the basis of civil liability in a cause of action for invasion of privacy that penalizes pure expression -- the content of a publication" (U.S. SUPREME COURT. *Cox Broadcasting vs. Cohn*, 420, 1975, p. 470)

dos locais mais recorrentes onde ocorrem estupros, da taxa de condenação dos acusados, das medidas de prevenção, entre outras informações. Além disso, a não divulgação dos nomes das vítimas e de outros dados pessoais de identificação não inibe o acesso às informações que efetivamente podem recair no interesse do público.

Já no que diz com discursos que negam fatos notórios e que com sua fala exercem o assim chamado discurso do ódio contra um grupo social, étnico, religioso ou racial, sabe-se que são diversas as tradições jurídicas e as diferentes visões sobre os fenômenos. Nesse contexto, não se desconsidera a dificuldade em compreender os acontecimentos históricos, que não raras vezes permitem múltiplas interpretações. De outro lado, é inegável que no caso do Holocausto, que causou a morte de milhões de judeus durante a Segunda Guerra Mundial<sup>49</sup>, bem como em outras situações amplamente documentadas (por exemplo, as vítimas dos totalitarismos stalinista e maoísta), é correto – no nosso entender – sustentar que teses negatórias de tais fatos, ainda mais se acompanhados de juízos de valor em sentido favorável ao ocorrido, não podem merecer a proteção com base na liberdade de expressão, de tal sorte que correta a decisão do STF no famoso e acima apresentado caso *Ellwanger*.

A propósito, registra-se aqui justamente a existência de outra tradição jurídica, de acordo com a qual não é possível sancionar civil e penalmente pessoas que veiculam discursos de rejeição ou que afirmem a existência de características fortemente desabonadoras de outro grupo social<sup>50</sup>. Em *Bradenburg vs. Ohio* a SC norte-americana afirmou que discursos do ódio e falas racistas são cobertos pela liberdade de expressão e pela liberdade de imprensa. Nesse julgado, afirmou-se que um líder da Ku Klux Klan, tendo apresentado discursos racistas contra negros e judeus durante reportagens de Televisão, não cometeu nenhum ilícito, porque sua ação seria albergada pela liberdade de expressão<sup>51</sup>. Assim como o mercado econômico possui

<sup>49</sup> Não se desconsidera a existência de intensas discussões acadêmicas no âmbito histórico sobre o Holocausto, cf. Bilsky, 2012, p. 117-156. De outro lado, não é possível negar a sistemática perseguição racial e cultural nazista contra os judeus e, especialmente, os milhões de mortos.

<sup>50</sup> Em sentido contrário, afirmando que o discurso do ódio não se encontra coberto pela liberdade de expressão, cf. Waldron, 2012.

<sup>51</sup> Esta foi a decisão da U.S. SupC: “Appellant, a Ku Klux Klan leader, was convicted under the Ohio Criminal Syndicalism statute for ‘advocat[ing] the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform’ and for ‘voluntarily assembl[ing] with any society, group or assemblage of persons formed to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism.’ Neither the indictment nor the trial judge’s instructions refined the statute’s definition of the crime in terms of mere advocacy not distinguished from incitement to imminent lawless action. **Held:** Since the statute, by its words and as applied, purports to punish mere advocacy and to forbid, on pain of criminal punishment, assembly with others merely to advocate the described type of action, it falls within the condemnation of the First and

falhas que obstam seu perfeito funcionamento e impõem intervenções e limitações aos agentes econômicos, o assim chamado livre mercado de ideias, apesar de ser um ideal regulativo relevante que defende como o antídoto a discursos opressores e odiosos a crítica pública e social por meio do debate público, deve em situações excepcionais, como no discurso do ódio, ser restrito. Isso não significava defender a ideologia do politicamente correto e da execração pública a discursos sociais que não se encontram sob seu manto, mas sim, significa repudiar discursos de caráter discriminador ou mesmo motivados pelo ódio e sectarismo<sup>52</sup>.

Outro parâmetro usual para a aferição dos limites da liberdade de expressão nos casos de colisão com direitos de personalidade encontra-se na posição social que ocupa determinada pessoa. No que diz com os direitos à honra e à imagem, distinguem-se, de plano, os casos que envolvem personalidades públicas, como é o caso de artistas famosos, políticos e outras pessoas, cuja atividade e modo de se portar na esfera pública distinguem-nas das demais pessoas, assegurando também níveis diferenciados de proteção da personalidade a depender do caso concreto de quem é atingido pelo exercício da liberdade de expressão e de como é atingido. Por tal razão, nas situações de interesse (legítimo) da opinião pública sobre informações a respeito das ações e vida privada de alguém e, especialmente, quando o próprio titular dos direitos de personalidade já tenha voluntariamente exposto sua vida privada, justificam-se uma menor proteção – mas não supressão! – da honra, imagem e das vidas íntima e privada e um maior espaço para a liberdade de informação e expressão.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A restrição estatal do exercício das liberdades de imprensa, de pensamento e de expressão representa forte entrava para o gozo desses direitos e para a própria estruturação do Estado Democrático de Direito.

---

Fourteenth Amendments. Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action. *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, overruled" (U.S. SUPREME COURT. *Brandenburg vs. Ohio*, 395, 1969, p. 444).

<sup>52</sup> Sobre o politicamente correto e a liberdade de expressão, cf. Machado, 2002, p. 845-846.

No caso de colisão entre a liberdade de expressão (sempre aqui tomada em seu sentido amplo), os direitos da personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) e a própria dignidade da pessoa humana, os parâmetros sugeridos acima, em si já objeto de justificação doutrinária, jurisdicional e mesmo política, fixam relevantes critérios na construção da regra de ponderação especialmente para os magistrados na análise do caso concreto. Assim, a veracidade do fato é questão que necessita ser tomada em consideração em uma sociedade democrática, porém esse critério deve ser compatibilizado com a doutrina da real malícia e a proteção estabelecida aos discursos ficcionais e artísticos ainda que afrontem os direitos da personalidade. Ainda, discursos violadores da verdade factual com objetivo de atacar grupos sociais, étnicos, religioso e político como regra não se encontram tutelados pela liberdade de expressão, quando configurarem um discurso do ódio ou implicarem em evidente discriminação e ademais em violação da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, a licitude do meio empregado na obtenção de informação é central, mas o sigilo da fonte jornalística permite a publicação de informações ilícitas desde que contribuam para a discussão democrática e inexista participação dos órgãos de imprensa e jornalistas na obtenção de informação ilícita.

De outro lado, a proteção dos direitos à honra, à imagem e à privacidade de personalidades públicas ou de “famosos” em regra é garantida de maneira menos intensa, tão menos intensa quanto mais se tratar de aspectos que não sejam vinculados à sua vida íntima. Também o local e a natureza do fato, assim como a incidência de interesse público, são elementos que pesam e implicam garantir com maior vigor a liberdade de expressão. Por fim, a tutela inibitória, nos casos excepcionais de prevalência dos direitos de personalidade, pode ser concebida, contudo exige um ônus argumentativo maior dos magistrados, pois a tutela repressiva segue sendo a garantia da liberdade de expressão.

## 5 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista latino americana de estudos constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 5, p. 297-339, jan./ jun., 2005.

BILSKY, Leora. The judge and the historian: transnational holocaust litigation as a new model. **History and memory**, v. 24, n. 2, p. 117-156, Fall/Winter 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo G. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (BVerfGE) 75, 369 1 BvR 313/85 **Strauß caricature-decision**, 1987. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=634>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

EPPING, Volker. **Grundrechte**. 3. ed. Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 2007.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação**. Teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FECHNER, Frank. Art. 5, Meinungsfreiheit, pressefreiheit u.a.. In: STERN-BECKER, **Grundrechte-Kommentar**. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As Liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KURZWEG, Anne Salzman. Live art and the audience: toward a speaker-focused freedom of speech. **Harvard civil rights – civil liberties law review**, v. 32, p. 438-485, 1999.

MACHADO, Jónatas E.M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MASNATTA, Héctor. Hábeas data y secreto de las fuentes de información periodística. In: CHUMBITA, Hugo (Coord.). **Nuevos derechos a la información**. Buenos Aires: INAP, 1999, p. 24-25.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 2008.

MICHELMAN, Frank. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49 e ss.

PFLUG, Samantha Meyer. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: \_\_\_\_\_. **Livres e iguais**. Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao artigo 5º, IV, CF. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed., rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**. New York: The Free Press, 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus n. 82.424/RS**. Relator Ministro Moreira Alves. Publicação em 19/03/2004, p. 524-1011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF**. Relator Ministro Carlos Britto. Publicação em 06/11/2009. DJe n. 208, p. 1-334.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187**. Relator Ministro Celso Mello, Julgada em 15/06/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+187%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+187%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ao4u8o7>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Medida Cautelar em Reclamação n. 17091**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Publicação em 25/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+17091%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/legcvtp>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Medida Cautelar em Reclamação n. 19464**. Ministro Ricardo Lewandowski, Publicação em 04/02/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+19464%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/p5n2ud4>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Medida Cautelar em Reclamação n. 19464**. Relator Ministro Dias Toffoli, Publicação em 08/06/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+19464%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/p5n2ud4>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 662.055**. Ministro Relator Roberto Barroso. Julgado em 27/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9306690>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815**. Relatora Ministra Cármen Lúcia, Publicação em 01/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4271057>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

U.S. SUPREME COURT. **New York Times Co. vs. Sullivan**, 376, p. 254-305, 1964. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

U.S. SUPREME COURT. **Brandenburg vs. Ohio**, 395, p. 444-457, 1969. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html>>. Acesso em: 06 ago. 2012.

U.S. SUPREME COURT. **Cox Broadcasting vs. Cohn**, 420, p. 469-512, 1975. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/420/469/case.html>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

U.S. SUPREME COURT. **Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 1988**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/485/46>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

STEINMETZ, Wilson. Comentários ao artigo 5º, XIV, CF. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2013.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa. Uma pauta de justificação penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

## O “DIREITO DOS BANHEIROS” NO STF: CONSIDERAÇÕES SOBRE O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RE N. 845779 COM FUNDAMENTO EM POST, SIEGEL E FRASER<sup>1/2</sup>

THE “RIGHT TO THE BATHROOM” IN BRAZILIAN SUPREME COURT: CONSIDERATIONS ABOUT THE LUÍS ROBERTO BARROSO’S VOTE ON THE ALLEGATION OF UNCONSTITUTIONALITY NUMBER 845779 BASED ON POST, SIEGEL AND FRASER

*Maria Eugenia Bunchaft<sup>3</sup>*

### Resumo

Este trabalho objetiva investigar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário n. 845779 à luz dos referenciais teóricos de Post, Siegel e Fraser. Pretendo demonstrar que o argumento utilizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso relativo ao papel contramajoritário do STF na proteção de grupos vulneráveis se aproxima dos pressupostos do *Constitucionalismo*

<sup>1</sup> Artigo submetido em 03/03/2016, pareceres de análise em 30/06/2016 e 07/08/2016, aprovação comunicada em 18/08/2016.

<sup>2</sup> Este artigo contém resultados parciais do Projeto de Pesquisa intitulado “Judicialização, Constitucionalismo Democrático e Direitos Fundamentais de Minorias LGBT: uma reflexão à luz dos contextos brasileiro e norte-americano.” (Chamada Universal/ MCTI/ CNPq n. 14/2014). Também contempla resultados parciais de um segundo Projeto de Pesquisa aprovado pela FAPERGS/RJ, intitulado “Judicialização, Deliberação e Minorias LGBT: uma reflexão sobre os contextos brasileiro e norte-americano.” (Edital Pesquisador Gaúcho 2014).

<sup>3</sup> Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Pós-Doutora em Ética e Filosofia Política pela UFSC. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora de Direito Constitucional II da Graduação em Direito da UNISINOS e de “Fundamentos Éticos do Direito” no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Orientadora de Mestrado e de Doutorado. Autora dos livros: *Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados: Filosofia Constitucional do Reconhecimento*. Curitiba: Juruá, 2014 e 2015 (2.ed ampliada) e *Patriotismo Constitucional: Jürgen Habermas e a Reconstrução da Ideia de Nação na Filosofia Política Contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2015.

Trabalho resultante da coordenação do Projeto de Pesquisa intitulado “Judicialização, Constitucionalismo Democrático e Direitos Fundamentais de Minorias LGBT: uma reflexão à luz dos contextos brasileiro e norte-americano.” (Chamada Universal/ MCTI/ CNPq n. 14/2014).

Esse trabalho é também resultado da coordenação de um segundo Projeto de Pesquisa aprovado pela FAPERGS/RJ, intitulado “Judicialização, Deliberação e Minorias LGBT: uma reflexão sobre os contextos brasileiro e norte-americano.” (Edital Pesquisador Gaúcho 2014). E-mail: <mbunchaft@unisinos.br>.

*Democrático* defendido por Post e Siegel. Cass Sunstein, em *One Case at a Time*, desenvolve a teoria do *Minimalismo Judicial*, segundo a qual as Cortes devem solucionar apenas as questões específicas do caso em análise, evitando decidir de maneira ampla as matérias constitucionais controversas que não decorram de um consenso social. Diferentemente, para o *Constitucionalismo Democrático*, defendido por Robert Post e Reva Siegel, a Constituição e o direito constitucional são moldados em meio a interações discursivas entre o governo, o Congresso, as Cortes, as reivindicações dos movimentos sociais e os partidos políticos. A pesquisa delinea-se pelo método fenomenológico-hermenêutico, especialmente por se tratar de um método de abordagem que busca aproximar sujeito e objeto a serem pesquisados. Por fim, propugno que somente uma nova narrativa simbólica - um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* - pode desmascarar assimetrias de poder decorrentes da própria esfera pública oficial e que se refletem em decisões judiciais vinculadas a concepções patologizantes e a narrativas heteronormativas.

**Palavras-chave:** Transexualidade. Constitucionalismo Democrático. Reconhecimento.

#### Abstract

This study aims to investigate the contents of Justice Luís Roberto Barroso's vote on the judgment of the Allegation of Unconstitutionality number 845779 under the light the theoretical frameworks of Post, Siegel, Honneth and Fraser. I intend to demonstrate that argument used by the Minister Luís Roberto Barroso regarding counter-majoritarian role of the Brazilian Supreme Court in protecting vulnerable groups resembles the assumptions of Democratic Constitutionalism defended by Post and Siegel. Cass Sunstein, in *One case at a Time*, develops the theory of *Judicial Minimalism*, according to which the courts should judge only specific questions of case under consideration avoiding to decide broadly the disputed constitutional matters that which doesn't arise from a social consensus. Differently, for the *Democratic Constitutionalism* endorsed by Robert Post and Reva Siegel, the Constitution and constitutional law are framed by discursive interactions between Government, Congress, the Courts, the demands of social movements and political parties. The research outlines the phenomenological-hermeneutic method, especially because it is a method of approach that that seeks to connect subject and object. The work also uses the historical method, which enables to investigate facts, processes and institutions of the past in order to understand the scope of current social phenomena. Finally, I argue that only a new symbolic narrative - a Egalitarian Democratic Constitutionalism - can unmask power asymmetries arising from the own official public sphere and that are reflected in court decisions linked to heteronormative conceptions.

**Keywords:** Transexuality. Democratic Constitutionalism. Recognition.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A temática da transexualidade e a questão do "direito dos banheiros" por pessoas trans nas doutrinas brasileira e norte-americana; 3. O constitucionalismo democrático; 4. Fraser e a ideia de contrapúblicos subalternos; 5. O voto do ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 845779; 6. Considerações finais. 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

No contexto contemporâneo, os sistemas políticos-institucionais das democracias atravessam grave crise de legitimidade. Nas esferas latino-americanas, as democracias representativas - controladas por elites políticas - enfrentam uma crise de representatividade política por parte dos cidadãos em meio ao déficit de engajamento democrático efetivo da população nos processos políticos decisórios. À vista disso, na deliberação político-parlamentar de países como o Brasil frequentemente potencializa-se a aprovação de atos normativos que atendem aos interesses políticos sectários, às bancadas religiosas e às forças econômicas que descaracterizam o valor epistêmico do processo deliberativo e minimizam a efetiva representatividade política e popular. Nesse sentido, assume especial relevância, em circunstâncias específicas, a retomada do papel proativo do Poder Judiciário.

Indubitavelmente, um dos momentos decisivos do Constitucionalismo brasileiro foi o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis. Em novembro de 2015, o Ministro Luís Roberto Barroso, Relator do Recurso Extraordinário (RE) nº 845779, votou favoravelmente ao direito de uma transexual utilizar o banheiro feminino. O referido Recurso tratou da reparação de danos morais no caso de constrangimento por parte de um funcionário de um *shopping center* de Florianópolis/SC contra a transexual, ao pretender usar o banheiro feminino.

Na fundamentação fática que justificou o pedido do Recurso Extraordinário, a transexual alegou que, após ter sido impossibilitada de adentrar no referido recinto, terminou por realizar as necessidades fisiológicas nas próprias vestes. Desse modo, interpôs o RE no STF, impugnando a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que indeferiu o reconhecimento do direito à indenização de quinze mil reais.

O Plenário Virtual do STF reconheceu a repercussão geral do RE, e a decisão atingirá, no mínimo, 778 processos semelhantes, que foram objeto de suspensão enquanto aguardavam julgamento do RE em questão. Os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin julgaram procedente o RE nº 845779 e a favor do

restabelecimento da decisão de primeiro grau estabeleceu a indenização de quinze mil reais, a ser paga pelo *shopping* à transexual. Todavia, o Ministro Fachin, que acompanhou o voto do Ministro-Relator, propôs que a condenação da requerida fosse elevada para cinquenta mil reais.

Ao pedir vista do caso, o Ministro Luiz Fux ponderou que o STF não tem representatividade para decidir sobre o tema sem consultar a sociedade, suscitando argumentos de pessoas que invocaram constrangimento e vulnerabilidade psicológica. Tais considerações remetem implicitamente à fragilidade conceitual da argumentatividade implícita ao voto do Ministro Fux, que pressupõe a necessidade de um consenso social preexistente para decisões que envolvam desacordos morais razoáveis.

Neste trabalho, tenciona-se investigar os fundamentos jurídicos expressos no voto do Ministro-Relator, Luís Roberto Barroso, no RE nº 845779, à luz dos referenciais teóricos preconizados por Robert Post e Reva Siegel e Fraser seus reflexos em formas de ativismo judicial que efetivam os direitos das minorias *trans*.

Post e Siegel postulam a teoria denominada como *Constitucionalismo Democrático*, a qual visa compreender o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados em fazer cumprir a Constituição, ao mesmo tempo em que afirma a função dos Tribunais em utilizar o raciocínio legal jurídico para interpretá-la.

Nesse sentido, os principais problemas enfrentados por este artigo indagam:

- a) A *Teoria Crítica do Gênero* de Nancy Fraser revelaria alcance teórico para legitimar filosoficamente formas de *Constitucionalismo Democrático* suscetíveis de potencializar direitos fundamentais de pessoas *trans*? É possível estabelecer uma aproximação conceitual entre o *Constitucionalismo Democrático* e a *Teoria Crítica do Gênero* de Nancy Fraser desconstruindo a estrutura binária do sistema sexo-gênero e confrontando estruturas de poder normalizadoras?
- b) Pode o Judiciário resguardar direitos fundamentais de minorias sexuais vulneráveis sem anular as condições de legitimidade democrática? Como resolver a oposição entre Constitucionalismo e democracia à luz do *Constitucionalismo Democrático*?

c) Em que medida o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº845779, ao invocar a ideia de democracia constitucional, consagra os pressupostos do *Constitucionalismo Democrático*? Sua argumentatividade implícita atende efetivamente ao paradigma deontológico de Nancy Fraser?

Sob essa ótica, o referencial teórico de Fraser se evidencia como fundamental para legitimar formas de ativismo judicial que protegem direitos de grupos vulneráveis. Como objetivo geral, esta pesquisa pretende investigar - à luz do *Constitucionalismo Democrático* e da *Teoria Crítica do Gênero* - os recursos conceituais que potencializam a desconstrução de concepções assimétricas de mundo, confrontando estruturas de poder regulatórias e normalizadoras atreladas ao dismorfismo heteronormativo.

No Brasil, Bento (2006) foca sua análise não no indivíduo, mas nas relações sociais - especificamente, em como se estabelece, em um campo de poder, um conjunto de discursos que instituem o que é normal e o que é patológico. O “dispositivo da transexualidade”, para a autora, configura um conjunto de práticas discursivas que envolvem teorizações, critérios diagnósticos e práticas biomédicas que atribuem à transexualidade o *status* de patologia. (BENTO, 2006). Tal dispositivo incide sobre corpos e subjetividades das pessoas *trans* com intuito de a comprovar a suposta normalidade da coerência entre sexo, gênero e sexualidade.

Nesse sentido, no presente artigo investiga-se a necessidade de recursos normativos e conceituais através dos quais o movimento *trans* possa estabelecer redes de contrapúblicos subalternos que oportunizem incrementar a contraposição a regimes regulatórios responsáveis pela patologização do gênero e possibilitem a tematização discursiva de questões controversas - a saber, uso do nome, despatologização, *direito dos banheiros* - suscitando assim formas renovadas de reconhecimento.

Ademais, enfatiza-se como primeira hipótese que somente através da circulação de discursos alternativos em públicos subversivos, as normas disciplinares e as estruturas de poder que estabelecem a matriz binária e o dismorfismo heteronormativo podem ser confrontadas e desconstruídas. Sublinha-se, como segunda hipótese, que a estratégia discursiva do voto do Ministro-Relator do RE nº845779, ao invocar o direito à *busca da felicidade*, consagra um conjunto de

discursos implícitos que revelam uma ambiguidade conceitual, pois - embora resgate expressamente o referencial teórico de Nancy Fraser - termina desvinculando-se deste paradigma deontológico.

Sustenta-se, como terceira hipótese, que decisões constitucionais ativistas, por vezes, inspiram conflito, precisamente se ameaçarem o *status* de grupos com autoridade ou de estruturas de poder que estabelecem estratégias discursivas patologizantes. Quando a controvérsia é inevitável, a efetivação de um direito pode, todavia, ser legitimada, se os valores em causa forem suficientemente relevantes.

Nesse ponto, assume-se como quarta hipótese a tese de acordo com a qual a interpretação de que a atuação ativa do Poder Judiciário representaria o único fator responsável pelo *backlash* - tal como leciona Sunstein - não corresponderia à realidade fática e poderia ser desconstruída por meio de uma investigação histórica de casos como *Roe v. Wade*. (ESTADOS UNIDOS, 1973). Por fim, a quinta hipótese sustenta a pertinência de um *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, defendendo a aproximação conceitual entre Post, Siegel e Fraser, associando a interpretação democrática do *backlash* (de Post e Siegel) à ideia de contrapúblicos subalternos e paridade de participação (de Fraser).

Primeiramente, pretende-se investigar alguns aspectos principais da discussão doutrinária sobre a transexualidade e o “direito dos banheiros” no Brasil e nos Estados Unidos da América (EUA). Pressupõe-se como segundo objetivo específico a estratégia de analisar o papel do *backlash* à luz do *Constitucionalismo Democrático* e seus reflexos na temática da transexualidade. Nas perspectivas de Post e Siegel (2013), o *backlash* reflete o lócus em que a integridade do Estado de Direito se choca com a necessidade da ordem constitucional de legitimidade democrática.

O terceiro objetivo específico corresponde à proposta de analisar o argumento invocado pelo Ministro Luís Roberto Barroso relativo ao papel contramajoritário do STF vinculado à concepção material de democracia e sua aproximação conceitual com os pressupostos teóricos do *Constitucionalismo Democrático*.

Para tanto, a pesquisa se delinea pelo método fenomenológico-hermenêutico, especialmente por se tratar de uma abordagem que busca aproximar o sujeito e o objeto a ser pesquisado. Como discorre Stein (1979), não se trata aqui

de uma análise externa, como se sujeito e o objeto estivessem desconectados, mas diferentemente, o sujeito está diretamente implicado, relacionando-se com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências de seus resultados, e o próprio investigador se insere no mundo em que a pesquisa se desenvolve.

O método de indução analítica (método de abordagem) também assume relevância no trabalho. De acordo com Deslauriers (1997), trata-se de um procedimento lógico, que consiste em partir do concreto para chegar ao abstrato, delimitando os atributos fundamentais de um fenômeno. Fundamentando-se na indução analítica, a pesquisa trabalha de *baixo para cima*, iniciando-se pela investigação aprofundada dos argumentos expressos no voto do Ministro Luís Roberto Barroso em relação ao RE nº 845779 para desenvolver conceitos e proposições teóricas que se articularão ao caso estudado. As construções explicativas são desenvolvidas pela articulação entre o quadro de referência e o conteúdo do voto.

O trabalho também utiliza o método hermenêutico (estudo de caso) e histórico. Este propicia investigar fatos, processos e instituições do passado com o intuito de compreender o alcance de fenômenos sociais atuais, tais como o *backlash* contra a ampliação dos direitos das mulheres - que, como se sustenta neste trabalho, começou a se constituir em momento anterior ao julgamento histórico do caso *Roe v. Wade*. (ESTADOS UNIDOS, 1973).

Por conseguinte, convém ainda mencionar que a técnica de pesquisa envolveu a documentação indireta, por meio da investigação bibliográfica assentada nos aportes teóricos de Sunstein, Post e de Siegel e na incorporação das contribuições de Fraser.

## **2 A TEMÁTICA DA TRANSEXUALIDADE E A QUESTÃO DO “DIREITO DOS BANHEIROS” POR PESSOAS TRANS NAS DOUTRINAS BRASILEIRA E NORTE-AMERICANA**

O *The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders - Fifth Edition* (DSM-V) - ou Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais - preconiza que as “pessoas cujo sexo de nascimento é contrário ao que se identificam” recebem o diagnóstico de “disforia de gênero” e não de “transtorno de identidade de gênero” (DSM-IV), o que atenua o estigma suscitado pela expressão *transtorno*. Contudo, a

transexualidade, segundo estabelecem a *American Psychiatric Association* e o *Sexual and Gender Identity Disorders Work Group* continua sendo uma condição mental sujeita a diagnóstico e a tratamento.

No que se refere à Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), o “transexualismo” foi incluído no rol de transtornos mentais e comportamentais. No Brasil, as resoluções do Conselho Federal de Medicina recepcionaram as supracitadas diretrizes internacionais, instituindo o tratamento médico do “transexualismo”. Conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1955/2010, o transexual é “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição de fenótipo e tendência a automutilação e/ou extermínio.”

Bento e Pelúcio (2012, p. 576) asseveram que “[...] essa é uma estratégia discursiva que retira a autonomia e não reconhece a condição de sujeitos das pessoas transexuais e travestis.” Também resgatando as reflexões de Bento e Pelúcio (2012), o gênero torna-se uma categoria medicalizável sobre a qual incidem instrumentos para curar suas anomalias.

Em consonância com a GATE (Ação Global pela Igualdade *Trans*) e a STP (campanha internacional *Stop Trans Pathologization*), esta tem como objetivo a retirada da categoria “disforia de gênero” / transtornos de identidade de gênero dos catálogos diagnósticos e visa lutar pelos direitos sanitários das pessoas *trans*. Pretendendo facilitar a garantia do atendimento público de saúde, a STP propugna incluir uma menção não patologizante na CIE-11.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estabeleceu uma nova proposta a respeito da saúde *trans* na versão da CID-11. A publicação congloba novas categorias pretendidas pelo Grupo de Trabalho da OMS: incongruência de gênero na adolescência e na idade adulta e incongruência de gênero na infância. As referidas categorias compõem um novo capítulo da CID-11: o capítulo 6, que trata das “condições relacionadas com a saúde sexual”, como um capítulo separado do capítulo que abarca os “transtornos mentais e de comportamento”.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Nesse sentido, a CID-11 será votada somente na Assembleia Mundial de Saúde, no ano de 2017. A GATE e a STP recomendam a análise e o debate sobre a questão que se refere à categoria “incongruência”, a qual poderia repatologizar as questões *trans* na CID-11, defendendo também que o acesso à saúde e o reconhecimento da identidade de gênero são direitos humanos cujo cumprimento não deve depender de categorias diagnósticas. O movimento *trans* tem denunciado

Indubitavelmente, a patologização e a estrutura binária demonstram um potencial estigmatizante que anula a condição dos transexuais de parceiros nas interações sociais. Nesse ponto, para Bunchaft (2015), revelam-se mais adequados os protocolos alternativos e o pleno acesso aos banheiros femininos, que concedem a esses grupos o papel de protagonistas capazes de participarem paritariamente nas interações sociais. Como salienta Spade (2003, p. 34-35), “[...] pessoas *trans* estão lutando contra noções entrincheiradas sobre o que mentes e corpos normais e saudáveis são, e lutando para se tornarem iguais participantes com igual acesso e proteção contra preconceito e discriminação.”

No momento, importa analisar brevemente três argumentos muito utilizados no direito norte-americano que fundamentam o uso do banheiro por transexuais:

- a) a alegação de acomodação razoável;
- b) o enquadramento jurídico do direito das pessoas portadoras de deficiência;
- e
- c) a discriminação indireta.

A concepção de acomodação razoável surge nos EUA na aprovação do *Equal Employment Opportunity Act*, de 1972, com o objetivo de combater a discriminação no mercado de trabalho. A expressão aplicou-se originariamente no âmbito da discriminação religiosa, demandando a comprovação do empregador de que não teria habilidade para acomodar determinadas práticas religiosas dos empregados sem que houvesse ônus indevido.

Especificamente no que diz respeito ao “direito dos banheiros”, em *Doe v. Bell*, a Suprema Corte de Nova Iorque decidiu que a desordem de identidade de gênero configurava deficiência e que determinada instituição de cuidados havia discriminado Doe, uma transexual feminina à luz do artigo 15 do *New York State Human Rights*

---

as inconsistências e contradições das normas brasileiras que estabelecem o atendimento à saúde por transexuais. No Brasil, tal movimento tem sustentado a necessidade de substituição do termo “transgenitalismo”, a diminuição do requisito da idade para a realização das cirurgias de 21 para 18 anos e a retirada da exigência de dois anos de acompanhamento prévio.

O Conselho Federal de Medicina, na “Nota Técnica ao Processo Transexualizador”, reitera que a transexualidade e travestilidade não constituem “condições psicopatológicas.” Todavia, aludindo à Portaria do Ministério da Saúde n. 1707/2008, o CFM exige a obrigatoriedade da psicoterapia em todo o processo transexualizador. Portanto, o mito do índice de arrependimento ou suicídio da pessoa *trans* após a cirurgia ainda restringe a liberdade em relação ao próprio corpo.

Law, posto que se recusou a acomodar razoavelmente as necessidades da transexual.

Para Schmidt (2013), há uma segunda estratégia empregada no direito norte-americano e que parte dos benefícios políticos decorrentes da utilização do direito das pessoas portadoras de deficiência como estratégia antidiscriminação usada pelas pessoas *trans*. Na percepção de alguns ativistas, isso permitiria às pessoas *trans* e às pessoas com deficiência compreenderem-se reciprocamente como parte de um mesmo movimento, viabilizando a construção de uma coalizão em torno de questões pertinentes à discriminação relativa ao corpo. Todavia, na observação de muitos críticos, também poderia reforçar as concepções normalizadoras de sexo e gênero, assim como as narrativas relativas à heterossexualidade compulsória e ao diagnóstico patologizante. Schmidt avalia que a estratégia que invoca o direito das pessoas portadoras de deficiência poderia humanizar as pessoas *trans* na perspectiva das cortes. (SCHMIDT, 2013).

Ao ensejo, em relação ao enquadramento da identidade de gênero como classificação suspeita para efeito de incidência da *Equal Protection*, a doutrina norte-americana posiciona-se favoravelmente, já que trata de grupo sujeito ao preconceito e à estigmatização. (ELKIND, 2007). Na Jurisprudência, a Suprema Corte dos EUA não se manifestou, mas há decisões de Tribunais Federais e Estaduais efetivando o direito supracitado, enquanto que outros indeferem o referido pedido.

Finalmente, é mister frisar um último argumento que fundamenta o “direito dos banheiros” relativa à alegação de discriminação indireta, teoria que surgiu nos EUA no início da década de 1970. Para Sarmiento (2006), há duas formas de violação do princípio da isonomia que não abarcam a discriminação explícita: a discriminação de *facto* e a discriminação indireta, que se correlaciona à aplicação da teoria do impacto desproporcional. Nas reflexões de Sarmiento (2006), a discriminação indireta impugna medidas públicas ou privadas com propósito aparentemente neutro, mas cuja aplicação concreta suscita o impacto prejudicial e estigmatizante a grupos vulneráveis, violando o princípio da isonomia.

Nesse ponto, a alegação de impacto desproporcional tem sido utilizada no direito norte-americano por empregados *trans*. Na perspectiva de Schmidt (2013), a proibição do uso do banheiro a transexuais sob o argumento da distinção por sexo biológico possui objetivo aparentemente neutro que produz impacto desproporcional

sobre empregadas transexuais. Sublinha que estas são forçadas a usar um banheiro que não é compatível com sua identidade de gênero. Entende-se que o resultado disso é a estigmatização, porquanto concepções binárias violam o valor moral de transexuais por meio da subordinação de status.

Nessa linha de raciocínio, Rios (2015) ensina que a proibição sanitária direcionada a transexuais femininas inspira tanto a discriminação direta como a indireta. Em suas palavras (RIOS, 2015, p. 213), a discriminação é direta “[...] porque decorrente do propósito explícito de impedir o uso de instalações abertas ao público que permitem o exercício do direito fundamental à saúde.” Pondera que, ainda que se invoque a inexistência do propósito discriminatório, vislumbra-se a discriminação indireta. No fundo, a internalização da naturalidade dos padrões heteronormativos tornam difícil a visualização da opressão e da subordinação de minorias transexuais.

Em relação ao uso do banheiro, direcionando-se para a análise dos fundamentos jurídicos invocados pela doutrina nacional, salienta-se a existência de uma série de princípios constitucionais envolvidos, como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e sua conexão com outros direitos fundamentais, como a honra, a proibição do tratamento degradante, o direito à saúde e o respeito à vida privada.

Dentre os argumentos utilizados no direito nacional e norte-americano que se contrapõem ao direito sanitário pretendido, exemplificam-se o direito à privacidade e à segurança de determinadas usuárias do banheiro, que estariam sujeitas a um incômodo com a presença das transexuais femininas. No que concerne à segurança, não existem evidências que comprovem ameaças concretas ou violência às demais usuárias do banheiro. Em verdade, tais argumentos supõem autocompreensões assimétricas inerentes a estruturas de poder vinculadas ao dismorfismo heteronormativo.

No que se refere ao direito à privacidade, a argumentação também não se demonstra pertinente, posto que afrontaria igualmente o referido direito fundamental a estratégia de compelir o/a transexual a utilizar o banheiro que não se compatibiliza com sua identidade de gênero.

A não efetivação do direito fundamental à utilização do banheiro implica em violação ao direito fundamental à autodeterminação, que configura pressuposto para

a paridade de participação. No entanto, o problema central é: como pode o Constitucionalismo revelar-se juridicamente sensível às reivindicações das minorias *trans*, concretizando direitos fundamentais sem violar os pressupostos da democracia? Deve o Poder Judiciário atuar de forma minimalista na efetivação de direitos de minorias sexuais?

### 3 O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Um dos desafios do Constitucionalismo contemporâneo é a existência de procedimentos destinados a impossibilitar que sistemas eleitorais e elites dominantes distorçam a vontade popular, ou ainda que plebiscitos produzam resultados ilegítimos que restrinjam direitos de grupos estigmatizados, descaracterizando o valor epistêmico da democracia. A tirania majoritária é refutada pelos teóricos do um Constitucionalismo Democrático. Os tribunais são sensíveis às reivindicações dos movimentos sociais e influenciam os ramos do Poder Público com valores constitucionais.

Em *One Case at a Time*, Cass Sunstein (1999) assevera que o *Minimalismo Judicial* simboliza uma estratégia judicial que tem fundamento democrático, posto que os juízes que assumem tal perspectiva atribuem questões não decididas para a deliberação democrática, possibilitando que decisões relevantes para a Nação sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis. Sunstein ainda (1999) assinala duas virtudes fundamentais para a estratégia minimalista: a estreiteza (*narrowness*) e a superficialidade (*shalowness*).

Os juízes minimalistas devem então optar por uma decisão superficial - em vez da profunda - no sentido de não resgatar argumentos e teorias abstratas, abstendo-se de invocar questões fundacionais na fundamentação. Em suma, o *Minimalismo* também demonstra especial preferência por decidir de maneira estreita, e não ampla. As decisões amplas transcendem as especificidades do caso decidido, enquanto que as decisões estreitas se atêm ao caso específico, sem repercussão em outros casos concretos, evitando o surgimento de regras de cunho geral.

A superficialidade cristaliza-se mediante acordos parcialmente teorizados que consubstanciam a capacidade de estabelecer consensos em contextos de profundo dissenso. A estreiteza, por sua vez, se efetiva quando a Corte decide um caso com ênfase nas suas singularidades, deixando em aberto questões para serem decididas pelo processo democrático. Ao evitar considerações e argumentos amplos que se apliquem a outras situações futuras, garante-se o consenso em órgãos colegiados, resguardando-se de constrangimentos futuros.

Outrossim, Sunstein (1999) pondera que o ativismo judicial pode suscitar o fenômeno do “refluxo”, inspirando reação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão. Pondera que aqueles que defendem as chamadas “virtudes passivas” e os acordos por meio de teorias superficiais tendem a ser humildes sobre suas próprias capacidades e cautelosos no que diz respeito às questões de fundo e de método, com posto que suas teorias e suas interpretações podem falhar. É por essa razão que muitos juízes se mantêm silentes frente a questões complexas. (SUNSTEIN, 1999, p. 40).

O constitucionalista enumera cinco razões para defender o minimalismo, quais sejam,

O Minimalismo reduz o custo da decisão para os tribunais ao tentar decidir casos. Ele reduz os custos de erro associados a julgamentos equivocados. Isso reduz as dificuldades associadas à racionalidade limitada, incluindo a falta de conhecimento de imprevistos efeitos adversos. Ele ajuda a sociedade a lidar razoavelmente com o pluralismo. E, talvez o mais importante, o Minimalismo permite que o processo democrático em grande margem se adapte a desenvolvimentos futuros, para a produção de compromissos mutuamente vantajosos, e para adicionar novas informações e perspectivas para questões legais. (SUNSTEIN, 1999, p. 53-54).

Sunstein (1999) preconiza ainda que o Minimalismo potencializa a responsabilidade democrática, efetivando o princípio liberal de legitimidade. Em *Constitutional Personae*, Sunstein (2015) aprofunda sua tipologia de *personas* constitucionais, estabelecida em *Radicals in Robes* (2005) e em *A Constitution of Many Minds* (2009), especificando de maneira precisa os perfis que frequentemente são incorporados pelos juízes da Suprema Corte.

Sunstein (2015) elenca quatro categorias, a saber: o herói, o soldado, o minimalista e o mudo. Os juízes heróis são aqueles que defendem o papel de

vanguarda da Corte, que deve impulsionar o avanço da sociedade em meio à morosidade do processo político majoritário. Em contraposição, os soldados são juízes deferentes em relação às normas elaboradas pelos poderes democraticamente estabelecidos.

A seu turno, os minimalistas Burkeanos são juízes que, em regra, demonstram respeito pelos valores sociais e pelas tradições sedimentadas, deixando para a deliberação democrática espaço para eventual revisão da tradição. Por fim, os mudos são juízes que elegem o silêncio pleno em meio a grandes questões constitucionais controvertidas, remetendo a resolução do desacordo moral para o processo político.

A grande questão é: em determinadas circunstâncias uma estratégia minimalista não pode favorecer e potencializar a subordinação de *status* de grupos vulneráveis? Como efetivar direitos de transexuais sem invocar argumentos profundos e abstratos? Deve-se respeitar o ritmo normal de amadurecimento social em questões controvertidas como o “direito dos banheiros”, sendo papel da Corte se abster de reconstruir práticas socialmente sedimentadas que estabelecem narrativas heteronormativas e patologizantes? O *backlash* não teria papel positivo e democrático?

Em uma estrutura conceitual diversa, Robert Post e Reva Siegel (2013) defendem a teoria do *Constitucionalismo Democrático*, a qual busca analisar e entender a forma como os direitos constitucionais foram instituídos em uma sociedade plural e divergente. Nesse prisma, a divergência interpretativa simboliza um pressuposto normal para a evolução do direito constitucional, não devendo ser refutada, visto que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática.

O direito constitucional é moldado a partir de interações dialógicas que se delineiam entre diversos atores: o governo, o congresso, o tribunal, os movimentos sociais, os partidos. Post e Siegel (2013) sustentam que cada um tem a responsabilidade pelo efetivo cumprimento das normas constitucionais, contribuindo para delinear o desenvolvimento do direito constitucional. Assim, o constitucionalismo contemporâneo deve ser sensível ou receptivo a essas instâncias, porque sua legitimidade depende dessas interações discursivas.

É premente ponderar que o *Constitucionalismo Democrático* não exclui a política do âmbito do direito. Em contraste, visa equacioná-los entre uma tensão: integridade do Estado de Direito *versus* necessidade da ordem constitucional de legitimidade democrática. Post e Siegel (2007; 2013) advogam que *backlash* é a expressão do desejo de um povo livre, capaz de influenciar no conteúdo de sua Constituição, mas que também ameaça a independência da lei.

Os estudiosos sustentam um modelo fundamentado na compreensão dos esforços dos governantes para o cumprimento da Constituição em condições de controvérsia pública. Diferentemente do *Constitucionalismo Popular*, o *Constitucionalismo Democrático* não objetiva afastar a Constituição dos Tribunais, afirmando a centralidade dos direitos constitucionais aplicados judicialmente na política norte-americana. Também – e opostamente ao foco juricêntrico – o *Constitucionalismo Democrático* sublinha o papel fundamental que o envolvimento do público desempenha na orientação e na legitimação das instituições e das práticas de revisão judicial.

Os defensores do *Constitucionalismo Democrático* afirmam ser errôneo equiparar a relação entre concretização judicial constitucional e democracia como um jogo de soma zero, como se o incremento de um suscitasse necessariamente a redução do outro. Com efeito, *como* e *se* um tribunal deve concretizar o direito envolvem um julgamento específico, o que necessita verificação ao nível dos casos individuais, por meio do exercício do raciocínio jurídico. (POST; SIEGEL, 2007, p. 403).

Investigando o tema, Bunchaft (2014, p. 149-150) postula que “[...] a atuação dinâmica dos movimentos sociais suscita novas interpretações sobre a aplicação de princípios constitucionais, de forma a impulsionar transformações nos processos de interpretação constitucional.” Ressaltando a centralidade dos movimentos sociais, Balkin e Siegel (2006, p. 929) revelam que “[...] quando os movimentos têm sucesso em contestar a aplicação dos princípios constitucionais, podem ajudar a mudar o sentido social de princípios constitucionais e as práticas que eles regulam.” Tal passagem revela-se fundamental para a compreensão sobre como o sentido dos princípios constitucionais pode mudar a partir da interpretação dinâmica dos movimentos sociais e dos cidadãos.

Post e Siegel (2007; 2013) ponderam que algum nível de conflito pode ser efeito inevitável da reivindicação de direitos constitucionais, independentemente se tais direitos são concretizados pela legislação ou pela efetivação judicial. Para Post e Siegel (2007; 2013), o *backlash* suscitado pela tomada de decisão judicial pode até trazer benefícios para a ordem constitucional norte-americana, pois os cidadãos que se opõem às decisões judiciais são politicamente ativos e tentam se convencer mutuamente para abraçar seus entendimentos constitucionais. (POST; SIEGEL, 2007, p. 390).

A postura ativa da Suprema Corte na decisão em *Roe v. Wade* frequentemente foi interpretada por muitos doutrinadores como o único fator que teria inspirado o *backlash*, ou realinhamento dos partidos em torno do aborto e da nacionalização do conflito. Sunstein (1999) assevera que a decisão impossibilitou a evolução da opinião pública, esvaziando as bases do engajamento democrático do movimento feminista. A história do *backlash* em torno do aborto no período anterior a *Roe* acarreta uma multiplicidade de indagações que problematizam a tese centrada no ativismo da Corte, o que torna imprescindível a investigação histórica mais profunda sobre as fontes da polarização.

Greenhouse e Siegel (2011) relatam que os partidos políticos, em momento anterior à decisão da Suprema Corte em *Roe v. Wade*, já incorporavam em suas estratégias eleitorais a retórica antiaborto, propugnando conquistar eleitores católicos que tradicionalmente votavam no Partido Democrata. Os estrategistas republicanos compreenderam que a temática do aborto poderia ser utilizada de forma útil para dividir os Democratas e captar o voto dos eleitores católicos e sociais conservadores. Na interpretação de Greenhouse e Siegel (2011), a estratégia era apresentar a imagem do candidato Richard Nixon ao eleitorado como um político associado à preservação dos papéis e dos valores tradicionais – portanto, um conservador.

Para os defensores do *Constitucionalismo Democrático*, o *backlash* desempenha papel positivo e democrático, já que seria inerente à evolução de uma cultura constitucional na qual os cidadãos e os movimentos sociais se apropriam do discurso dos princípios constitucionais para se mobilizarem em lutas por ampliação de direitos. Com efeito, o *Constitucionalismo Democrático* revela alcance teórico para incrementar a efetivação de direitos de minorias estigmatizadas quando suas

demandas são inviabilizadas pela ausência de valor epistêmico do processo político. Sob esse prisma, ao focar apenas em argumentos estreitos e superficiais, o Poder Judiciário pode contribuir para a perpetuação da subordinação de status de minorias estigmatizadas – tão criticada pela teórica Nancy Fraser.

Com isso, é essencial complementar as breves considerações teóricas descortinadas com base nos pressupostos do *Constitucionalismo Democrático* com as contribuições de *Teoria Crítica do Gênero* de Nancy Fraser e sua contraposição à essencialização identitária com vistas à necessidade de superação de padrões binários heteronormativos.

#### 4 FRASER E A IDEIA DE CONTRAPÚBLICOS SUBALTERNOS

Em conformidade com as ideias de Fraser, o modelo de *status* possibilita a cada indivíduo justificar “reivindicações por reconhecimento como moralmente vinculantes em meio ao pluralismo valorativo.” (FRASER, 2003a, p. 30). Depreende que a estratégia que tenta explicar reivindicações de reconhecimento ao essencializar a identidade inspira a perspectiva sectária. Nas ponderações da filósofa, “o modelo de status é deontológico e não sectário”, pois “não apela para uma concepção de autorrealização ou bem. Diferentemente, apela para uma concepção de justiça que pode - e deve - ser aceita por aqueles com concepções divergentes de bem”. (FRASER, 2003a, p. 31).

A proposta conceitual de Fraser convida a desconstruir “leis matrimoniais que excluem parceiros do mesmo sexo como ilegítimos e perversos, políticas de bem-estar social que estigmatizam mães-solteiras como parasitassexualmente irresponsáveis, e práticas policiais tais como os perfis raciais que associam pessoas racializadas à criminalidade”. (FRASER, 2003a, p. 29-30).

Em *Scales of Justice*, reformula-se a estrutura bidimensional, e surge uma terceira dimensão da justiça: o político. Obstáculos políticos à paridade de participação têm impacto nos processos políticos decisórios que discriminam pessoas independentemente da existência de problemas de má distribuição ou de falso

reconhecimento. O remédio para essa terceira forma de injustiça é a democratização. (FRASER, 2010).

A terceira dimensão propugna investigar as injustiças no plano metapolítico/global, que se constituem quando há o estabelecimento da divisão do espaço político em sociedades delimitadas territorialmente. Indaga-se, então: como delimitar adequadamente o enquadramento de forma a garantir que a justiça seja efetivamente justa? Percebem-se injustiças de enquadramento, que surgem quando não membros “[...] são excluídos do universo daqueles merecedores de reconhecimento dentro da entidade política no que tange a questões de distribuição, reconhecimento e representação política ordinária.” (FRASER, 2009, p. 22). Citam-se a injustiça de enquadramento, em nível transnacional, e a globalização da pobreza que transcende as fronteiras territoriais.

Nesse sentido, o político é a arena em que as lutas por redistribuição ou por reconhecimento são desenvolvidas. A dimensão da justiça referida vincula-se ao procedimento e à demarcação de fronteiras no espaço político. Quando as delimitações de fronteiras no espaço político ou as regras do procedimento decisório impedem que alguns indivíduos participem das interações sociais em nível de igualdade com outros indivíduos, configura-se a injustiça política. Em um segundo nível, investiga-se se os processos decisórios da comunidade concedem a todos os indivíduos oportunidade de manifestação e justa representação nas deliberações discursivas dos mecanismos de tomada de decisão.

Com o enquadramento Keynesiano-Westfaliano estabelecido, envolvidos na disputa sobre *o que* da justiça não sentiam necessidade de problematizar o *quem*, pressupondo-se que este corresponderia aos cidadãos nacionais. (FRASER, 2010). Esse enquadramento vem se demonstrando contrafactual no contexto político mundial Pós-Guerra Fria e sociedades global. Frequentemente, decisões assumidas em um Estado suscitam efeitos que ultrapassam as fronteiras territoriais, refletindo-se na vida indivíduos que se situam fora delas e criando formas específicas de subordinação de *status*.

Transexuais no mundo inteiro engajam-se em campanhas de reforma da legislação internacionais que consagram categorias patologizantes. Logo, como reitera Bento (2012, p. 110), “A luta pela despatologização da transexualidade e a luta

para retirada doCID de todas as classificações relacionadas ao gênero (travestilidades, fetichismos, transexualidade) é uma das pautas da contemporaneidade que unificam teóricas (os) em várias partes do mundo.”

Tais grupos submetidos a formas de subordinação de *status* dentro dos limites territoriais se mobilizam em diásporas *queer* e têm se engajado em contrapúblicos subalternos - situados em um enquadramento Pós-Westfaliano e suscetíveis à mobilização da opinião pública internacional. Com efeito, na França, a transexualidade deixou de ser considerada como doença mental. Ademais, contam-se mais de 100 organizações e quatro redes internacionais na África, na Ásia, na Europa e na América do Norte e do Sul mobilizadas na luta contra a retirada da transexualidade do DSM e da CID. (BENTO, 2012, p. 573).

A circulação de discursos de oposição de minorias sexuais não hegemônicas e discriminadas na esfera pública oficial – como transexuais e travestis – tem paulatinamente desconstruído mecanismos institucionais nas esferas do reconhecimento, da redistribuição e da representação que inviabilizam a princípio a paridade de participação de transexuais, reduzindo o déficit de liderança política de tais grupos. Esse recente processo de amadurecimento político do movimento é potencializado por contrapúblicos subalternos situados em uma esfera pública transnacional Pós-Westfaliana. A partir da práxis deliberativa das identidades *trans*, situada em um enquadramento Pós-Westfaliano, o movimento tem reivindicado o slogan de que a identidade de gênero é uma questão de direitos humanos, o que pode ser elucidado a partir do referencial teórico de Fraser (2010).

A estratégia de desvincular o gênero do âmbito do saber biomédico constitui-se como passo fundamental para reconhecer o *status* das pessoas transexuais como parceiras plenas e capazes de participarem no mesmo nível que os outros nas interações sociais. Nessa esteira, atualmente tramitam no Congresso Nacional vários Projetos de Lei que tratam dos direitos dos transexuais, como, por exemplo, os Projetos de Lei nº 2.976/08 (DIOGO, 2008), nº 1.281/11 (LIMA, 2011), nº 658/11 (RODRIGUES, 2011) e nº 4.241/12 (KOKAY, 2012).<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Outrossim, a principal proposta legislativa é o Projeto de Lei nº 5.002/13 (WYLLYS; KOKAY, 2013), que tramita na Câmara dos Deputados, estabelecendo o direito à identidade de gênero, concebida como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo

Diante da morosidade dos processos políticos institucionais, o Judiciário tem suprido a lacuna legal. Sob esse aspecto, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* defende que, quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam de forma efetiva, contemplando a terceira dimensão da justiça - a representação - a necessidade de intervenção judicial proeminente minimiza-se; mas, quando a atuação dos órgãos políticos não atende às expectativas normativas de grupos vulneráveis, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a suprir o déficit intrínseco às suas condições de abertura e de participação.

## 5 O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO RE Nº 845779

O Ministro Luís Roberto Barroso introduz seu voto por meio de uma sofisticada diferenciação entre igualdade formal, igualdade material (demandas por distribuição de poder riqueza e bem-estar) e igualdade como reconhecimento. Esta, para o Ministro, sintetiza “o respeito devido às minorias, suas identidades e suas diferenças sejam raciais, religiosas sexuais ou quaisquer outras.” (BRASIL, 2015). Aduz que o papel do Estado e da sociedade, em uma democracia, é o de “[...] assegurar o máximo de igualdade possível a todas as pessoas, dentro de um regime de liberdade.” Ao suscitar a igualdade como reconhecimento, invoca explicitamente - embora, de maneira parcial - o pensamento de Nancy Fraser (2000), quando preconiza que o remédio contra discriminação congloba uma transformação cultural suscetível de inspirar um mundo aberto à diferença.

Diante dessa estrutura conceitual, postula que todos os indivíduos têm direito ao igual valor moral, o qual justifica a igualdade como reconhecimento. Nesse aspecto

---

(art. 2º). Segundo esse projeto, o SUS e os planos de saúde estariam obrigados a custear tratamentos hormonais integrais e cirurgias de transgenitalização a todos os interessados maiores de 18 anos. Estes últimos não estariam obrigados a satisfazer qualquer requisito relativo a um tipo de diagnóstico, tratamento ou autorização judicial. Além disso, o projeto prevê que os maiores de 18 anos podem mudar o prenome independentemente de autorização judicial. E libera também para estes a mudança do *status* sexual nos documentos pessoais com ou sem cirurgia. Sob esse aspecto, permite a manutenção dos números dos documentos, omitindo-se os nomes originais. Nas hipóteses de tratamento hormonal, cirurgia de transgenitalização e de mudança de nome e de sexo nos documentos, se o interessado for menor de dezoito anos, é necessário requerimento dos pais ou representantes legais. Se este se opuser, o adolescente pode recorrer à defensoria pública para requerer a autorização judicial mediante procedimento sumaríssimo.

Até primeiro de janeiro de 2016, o projeto encontrava-se na comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, tendo sido designado como relator o Deputado Luiz Couto.

em particular, aparentemente incorpora uma perspectiva deontológica. Em um primeiro momento, afirma que a perspectiva da igualdade como reconhecimento propugna “[...] combater práticas culturais enraizadas que inferiorizam e estigmatizam certos grupos sociais e que, desse modo, diminuem, ou negam, às pessoas que os integram, seu valor intrínseco como seres humanos.” (BRASIL, 2015). Contudo, posteriormente irá desvelar uma ambiguidade conceitual, desconectando-se do paradigma deontológico em seguida, quando resgata o argumento teleológico da *busca da felicidade*.

O Ministro suscitou também o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo jurídico inclui:

- a) o valor intrínseco de todos os seres humanos;
- b) a autonomia de cada indivíduo;

O valor intrínseco de todo ser humano pressupõe o princípio do imperativo categórico de que cada pessoa é um fim em si mesmo. No plano jurídico, o valor intrínseco está na base de uma série de direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à igualdade.

Já a dignidade como autonomia implica “no planofilosófico, o livre arbítrio das pessoas, a possibilidade legítima de fazerem suas escolhas existenciais e desenvolverem sua personalidade.” (BRASIL, 2015). Em síntese, remete à possibilidade de cada indivíduo escolher sua concepção de vida boa. “Deixar de reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua identidade de gênero em todos seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido à sua existência.” (BRASIL, 2015).

Em relação ao papel contramajoritário do STF, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu uma concepção substantiva de democracia através da qual a Corte deve atuar como guardiã dos direitos fundamentais de minorias contra os riscos da tirania da maioria. (BRASIL, 2015). Sublinhou ser papel do STF garantir que “segmentos alijados do processomajoritário tenham seus direitos fundamentais observados.” (BRASIL, 2015). Consagrou alguns dos pressupostos do *Constitucionalismo Democrático*, que advoga determinadas virtudes ativas das Cortes, as quais devem exercer uma forma distinta e singular de autoridade, declarando e concretizando os direitos das minorias.

No que se refere à ideia de democracia constitucional, Jaramillo (2015, p. 73) salienta que a tensão entre democracia e constitucionalismo “sintetiza-se no conceito de democracia constitucional, que transcende a noção puramente formal de democracia e a concepção estritamente procedimental de Constituição.” Em síntese, a democracia constitucional embora não obstante pressuponha o autogoverno democrático, não pode ser exercida de qualquer maneira, porquanto deve respeitar os direitos fundamentais.

Consoante o pensamento de Post e Siegel (2007), os cidadãos esperam que os tribunais efetivem valores sociais importantes, restringindo a atuação do governo sempre que este ultrapassar as limitações constitucionais. A autoridade constitucional para efetivar a Constituição, em última análise, pressupõe a confiança dos cidadãos. Com efeito, sustenta-se, à luz do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, que, quando o processo político majoritário não cumpre seu papel efetivamente democrático, o Judiciário – diante das reivindicações dos movimentos sociais – pode revelar sensibilidade jurídica face a suas demandas para alcançar a plenitude da paridade de participação, concretizando direitos de minorias vulneráveis, ainda que por meio de mecanismos decisórios com contornos maximalistas.

No momento, é mister frisar que a divergência interpretativa seria, para a corrente do *Constitucionalismo Democrático*, uma condição inerente ao desenvolvimento do direito constitucional, invocando o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na efetivação da Constituição ao mesmo tempo em que preconiza o papel do Judiciário em utilizar o raciocínio jurídico profissional na interpretação da Constituição.

No caso em análise, mesmo antes do voto do Relator, especificamente em março de 2015, Deputados Federais da Bancada Evangélica apresentaram Projetos de Decretos Legislativos pretendendo a cassação da Resolução nº 12 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação dos Direitos de LGBT, que orienta as escolas e as universidades a adotarem os nomes sociais de transexuais e de travestis em crachás e em listas de chamada, garantindo também que a pessoa transgênero tenha a prerrogativa de eleger qual banheiro ou vestiário vai usar.

Portanto, pode-se dizer que o *backlash* vem sendo desenhado há muito tempo. A interpretação de que decisões proeminentes da Corte seriam o único fator responsável pelo *backlash* não corresponde à realidade fática e pode ser

desconstruída por meio de uma investigação histórica. Outrossim, diferentemente do que determina a tese de Sunstein (1999; 2015), os conflitos interpretativos em torno de significados constitucionais controversos são essenciais para garantir a potencialidade do *Constitucionalismo Democrático* em inspirar legitimidade democrática, engajamento político de minorias e articulação dos movimentos sociais em lutas por reconhecimento na esfera pública.

Em suma, a versão específica de *Constitucionalismo* que propõe este estudo para países periféricos - como o Brasil - assume a forma de um *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, que articula os pressupostos do *Constitucionalismo Democrático* às concepções de contrapúblicos subalternose de paridade de participação.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, compreende-se que o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE nº 845779, ao suscitar o papel contramajoritário do STF, consagra os pressupostos do *Constitucionalismo Democrático*, mas sua argumentatividade implícita não satisfaz efetivamente ao paradigma deontológico de Nancy Fraser.

Propugna-se, com base nas contribuições de Siegel (2013), que a efetivação judicial dos valores da igualdade e a concretização de transformações sociais que reconstroem práticas vigentes podem suscitar mudanças de maneira paradoxal: se, por um lado, podem inspirar a polarização de grupos contrários ao sentido das mudanças suscitadas pela atuação proeminente do judiciário, podem também fortalecer a capacidade de luta de minorias estigmatizadas contrariamente às práticas tradicionais conservadoras.

Ao defender o *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, sustenta-se que, precisamente em razão de o Tribunal interpretar a Constituição – e porque os cidadãos se mobilizam em lutas para convencer-se reciprocamente acerca de sentidos constitucionais – tal práxis comunicativa de interpretação constitucional vinculada a um enquadramento Pós-Westfaliano potencializa a paridade de participação de minorias vulneráveis.

Se a paridade de participação congloba a noção de processo, que delimita um padrão procedimental por meio do qual torna-se possível verificar a legitimidade democrática das normas, então essa reflexividade também contempla influxos hermenêuticos de interpretação constitucional. Esse fato específico então se configura porque os movimentos sociais contribuem para modificar o ambiente normativo no qual os princípios constitucionais são interpretados, suscitando mutações constitucionais.

Outrossim, como constatou Steilen (2010), abstração é o *coração da deliberação*. O *Constitucionalismo Democrático-Paritário* pressupõe que, pelo embate de argumentos e pelo fluxo de razões consubstanciados pela norma da paridade de participação, pode-se levar o outro a rever seu posicionamento inicial. Nesse processo, é fundamental a profundidade teórica das decisões, o que se contrapõe ao argumento minimalista de Sunstein (1999). E o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* sintetiza a seguinte indagação: como o *Minimalismo* promove a democracia se, em verdade, enfraquece a paridade de participação relativa à capacidade reflexiva dos cidadãos de desenvolverem influxos hermenêuticos-participativos de interpretação constitucional?

Quando a deliberação democrática estiver desprovida de pressupostos que sintetizem seu valor epistêmico, o Judiciário pode inspirar uma narrativa simbólica, um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* com potencialidade de transformar a imaginação política da sociedade, resultando em um processo de inclusão da diferença em uma cultura constitucional pluralista. É por meio de contrapúblicos subalternos que as minorias LGBT têm inaugurado arenas discursivas paralelas, não somente de tematização das assimetrias da esfera pública oficial, mas fundamentalmente de florescimento de influxos hermenêuticos-paritários sobre a Constituição que desvelam o aspecto positivo do *backlash*.

Contudo, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* contempla como aspecto central a investigação específica dos mecanismos de poder que perpassam os processos deliberativos. Nesse ponto, resgata a perspectiva de Fraser, que confronta diretamente o poder, vislumbrando e tematizando práticas sociais de deliberação que estruturam concepções assimétricas de mundo.

O conceito fundamental de Fraser (2003a; 2010) – o princípio da paridade de – participação – investiga a justiça procedimental do processo discursivo, problematizando as relações de poder intrínsecas à deliberação. Outrossim, problematiza a justiça substantiva dos resultados da discussão democrática. No mesmo sentido, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, incrementando práticas comunicativas de interpretação constitucional dos movimentos sociais e sua interação com o Judiciário, avalia a injustiça procedimental e substantiva, contrapondo-se a assimetrias de poder e mecanismos institucionais que inviabilizam a paridade de participação de grupos estigmatizados.

O *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, ao assumir a perspectiva de uma esfera transnacional dinâmica, inspira o impacto das *conversações transnacionais* em torno da efetividade dos direitos humanos. Desse modo, a efetividade de um direito fundamental pode inspirar a colisão com outro direito fundamental, destacando-se o diálogo transconstitucional, o que suscita “aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas.” (NEVES, 2009, p. 249). Além disso, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* demonstra especial alcance teórico para identificar mecanismos aparentemente neutros por meios dos quais as estruturas de poder dominantes manipulam seus argumentos - como por exemplo, reconhecendo o direito sanitário ao uso dos banheiros por transexuais, mas vinculando-se à matriz binária.

Indivíduos *trans* estão se mobilizando e reivindicando pelo status de parceiros plenos nas interações sociais, em contraposição à subordinação de *status*. De fato, somente a desinstitucionalização de padrões de valores culturais transfóbicos – associados a saberes biomédicos e a concepções normalizadoras de sexo e gênero – pode inspirar a paridade de participação desses grupos. À vista disso, a relevância dos contrapúblicos subalternos, enquanto esferas públicas subversivas nas quais sintetizam-se desde interpretações alternativas de minorias marginalizadas da esfera pública oficial até influxos hermenêuticos-interpretativos dos movimentos sociais que propugnam desinstitucionalizar práticas aparentemente neutras, mas com impacto desproporcional em relação a grupos estigmatizados.

Portanto, em arenas discursivas subalternas que se configuram debates sobre questões como, por exemplo, o uso dos “banheiros neutros”, do ponto de vista de gênero. Essa estratégia tem se desvelado não pertinente, sendo uma prática

estigmatizante, que afronta o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, configura mecanismo aparentemente neutro que resulta em discriminação inconstitucional esubordinação de *status*.

De um lado, pressupõe-se então o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* de Bunchaft, que sustenta um Judiciário atuante na concretização dos direitos fundamentais, a fim de suprir a má representação da política ordinária, que se sintetiza quando os sistemas eleitorais são insensíveis às demandas de grupos LGBT em temas de redistribuição e de reconhecimento, negando-lhes paridade de participação política. De outro lado, assume especial preocupação com as injustiças de enquadramento, problematizando a moldura Keynesiana-Westfaliana.

Os movimentos sociais, invocando o discurso dos princípios constitucionais de abertura argumentativa – mas motivados pela opinião pública, cada vez mais transnacional – tematizam injustiças de metanível por meio da reconfiguração do *quem* da justiça. E o Judiciário revela-se sensível a essas demandas. Com efeito, somente uma nova narrativa simbólica – um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* – pode desconstruir assimetrias de poder decorrentes da própria esfera pública oficial e que se refletem em decisões judiciais conectadas a padrões heteronormativos normalizadores.

A Constituição representa uma construção social e aberta aos influxos hermenêuticos dos movimentos sociais, e não se pode minimizar o papel da opinião pública transnacional e da esfera pública Pós-Westfaliana na influência da postura ativa do STF. É por meio de mobilizações e de contramobilizações em contrapúblicos subalternos – inclusive, em esferas públicas transnacionais – que os movimentos sociais, as minorias e os cidadãos moldam o desenvolvimento do direito constitucional. (BUNCHAFT, 2016).

Fraser (2014) elenca o Fórum Social Mundial como exemplo da atuação de movimentos antissistêmicos que se mobilizam na estratégia de construção de uma contrapublicidade contra-hegemônica que possibilita a formação discursiva da opinião e da vontade, de forma independente das esferas do poder institucionalizado. A Constituição – enquanto construção social permanente – pressupõe que a interpretação dos princípios não deve desconsiderar a centralidade dos *insights* crítico-reflexivos da opinião pública transnacional. Sob essa ótica, o

*Constitucionalismo Democrático-Paritário* compartilha determinados elementos teóricos em relação à ideia de Transconstitucionalismo, defendida por Marcelo Neves. Nesse sentido, é clara a assertiva de Marcelo Neves:

Nesse particular, impõe-se, cada vez mais, uma revisão de paradigmas constitucionais, possibilitando uma conversação transconstitucional mais sólida com ordens normativas entrelaçadas em torno de problemas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal. Isso não deve significar, porém, arroubos ou bravatas internacionalistas, transnacionalistas ou supranacionalistas em detrimento da ordem constitucional brasileira, mas sim a afirmação dessa ordem como parceira na construção de um transnacionalismo multiangular. (NEVES, 2009, p. 249).

O *Constitucionalismo Democrático-Paritário* pressupõe a Constituição como uma construção social sensível aos diálogos transnacionais suscitados por uma esfera pública Pós-Westfaliana, de maneira que as demandas radicais de grupos da sociedade civil nacional e global e do movimento LGBT não serão neutralizadas pelas maiorias políticas parlamentares. A concepção de contrapúblicos subalternos pode inspirar o autogoverno e as práticas emancipatórias de movimentos ativistas da sociedade civil global, com efeito no desenvolvimento do direito constitucional.

Logo, com o propósito de evitar que as instituições formais – se transnacionais ou nacionais – limitem o *imput* dos movimentos sociais, incorporando o último em um processo autopoietico, é fundamental um *Constitucionalismo Democrático-Paritário* capaz de evitar a lógica da cooptação, a qual permeia questões controvertidas como o uso dos *banheiros neutros* ou a necessidade do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero como requisito para acesso gratuito ao Sistema Único de Saúde (SUS). Exemplificativamente, muitos ativistas receiam que, com a despatologização, possa ocorrer a perda de determinados direitos, como a garantia do acesso gratuito ao processo transexualizador do SUS (BENTO; PELÚCIO, 2012). Tais fatos demonstram que uma teoria crítica do reconhecimento deve suscitar uma reflexão sobre a seguinte temática fundamental: como evitar relações de poder político-sociais arbitrárias?

Em síntese, concluiu-se que o potencial crítico-reflexivo da paridade de participação, a legitimidade democrática do *backlash* invocado pelo *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e a atuação dinâmica dos movimentos

sociais desempenham um papel essencial. A tarefa do Constitucionalismo é assegurar o poder de deliberação dos cidadãos e das minorias vulneráveis em relação aos procedimentos e às instituições político-sociais, para que estes sejam desprovidos de assimetrias.

## 7 REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, Practices and Social Movements. **University of Pennsylvania Law Review**. Philadelphia, Vol. 154: 927, p. 927-950, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 845779**. Procuradoria Geral da República. Voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transexuais-RE-845779-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BENJAMIN, Harry. **The Transsexual Phenomenon**. Symposium Publishing, Düsseldorf, 1999. Originalmente publicado por The Julian Press Publishers, New York, 1966. Disponível em: <<http://www.mut23.de/texte/Harry%20Benjamin%20%20The%20Transsexual%20Phenomenon.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. **Estudos Feministas**, 20 (2), Florianópolis, 2012, p. 569-581.

BENTO, Berenice. **ARreinvenção do Corpo: Sexualidade e Gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados**. Filosofia Constitucional do Reconhecimento. Curitiba: Juruá, 2014.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo Judicial e Grupos Estigmatizados**. Filosofia Constitucional do Reconhecimento. Curitiba: Juruá, 2015.

CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual”. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, vol, 21, n. 41, p. 77-111, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbh/v21n41/a05v2141.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

DIOGO, Cida. **Projeto de Lei 2976/08**. Acrescenta o art. 58-A ao texto da Lei 6.015 de 31 de Dezembro de 1973, que dispõe sobre registros públicos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386164>>. Acesso em: 13 out. 2013.

ELKIND, Diana. The Constitutional Implications of Bathroom Access Based on Gender Identity: An examination of Recent Developments Paving the Way for the Next Frontier of Equal Protection. **Journal of Constitutional Law**, vol. 9, n. 3, 2007, p. 895-928. Disponível em: <[https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume9/issue3/Elkind9U.Pa.J.Const.L.895\(2007\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume9/issue3/Elkind9U.Pa.J.Const.L.895(2007).pdf)>. Acesso em: 02 jan. 2016.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Petition for the Writ of Certiorari**. Roe v. Wade. 410 U.S. 113 (1973). Jane Roe, *et al.*, v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County. Opinião Majoritária: Justice Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 de janeiro de 1973.

FASCIOLI, Ana. Justicia Social em clave de capacidades y reconocimiento. **Areté-Revista de Filosofia**, vol. 33, n. 1, p. 53-77, 2011.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia Hoje**. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora UNB, 2001.

FRASER, Nancy. Distorted Beyond all Recognition: A Rejoinder to Axel Honneth. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition?** A Political Philosophical Exchange. London: Verso, 2003b.

FRASER, Nancy. Justice Social in the Age of Identity Politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition?** Political Philosophical Exchange. London: Verso, 2003a.

FRASER, Nancy. Prioritizing Justice as Participatory Parity. A reply to Kompridis and Forst. In: OLSON, Kevin (ed.). **Adding Insult to Injury**: Nancy Fraser debates her critics. London: Verso, 2008.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia. **Teoria Crítica no Século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

FRASER, Nancy. Recognition without Ethics? **Theory, Culture & Society**, vol 18, n. 2-3. London: Sage Publications, 2001.

FRASER, Nancy. Redistribution, Recognition and Participation: Toward an Integrated Conception of Justice. **World Culture Report**, 2000, Cultural Diversity, Conflict and Pluralism. UNESCO Publishing, 2000, p. 48-57.

FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, Craig. **Habermas and the Public Sphere**. Cambridge: Mit Press, 1992.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a Justiça em um Mundo Globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, 77, p. 11-39-2009.

FRASER, Nancy. **Scales of Justice**: Reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2010.

FRASER, Nancy. Transnationalizing the Public Sphere: on the Legitimacy and Efficacy of Public Opinion in a Post-Westphalian World. In: FRASER, Nancy. **Transnationalizing the Public Sphere**. Massachusetts: Polity Press, 2014.

FRASER, Nancy. **Unruly Practices**: Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

FRASER, Nancy. What's Critical about Critical Theory? In: MEEHAN, Johann

(ed.). **Feminist Read Habermas: Gendering the Subject of Discourse.** New York: Routledge, 1995.

GERMANO, Idelva Maria Pires; SAMPAIO, Juliana Vieira. Políticas Públicas e Crítica Queer: algumas reflexes sobre identidade LGBT. **Psicologia e Sociedade**, 26 (2), 290-300, 2014.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Before and After Roe v. Wade: New Questions about Backlash. **Yale Law Journal**, Cambridge, v. 120, 2011. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr120&div=60&id=&page>>. Acesso em: 03 fev. 2012, p. 2031.

HONNETH, Axel. Between Justice and Affection: The Family as a Field of Moral Disputes. *In: **Disrespect: The Normative Foundations of Critical Theory.*** Cambridge: Polity Press, 2007.

HONNETH, Axel. Between Aristotle and Kant. *In: **Disrespect: The Normative Foundations of Critical Theory.*** Cambridge: Polity Press, 2007.

HONNETH, Axel. Democracia como Cooperação Reflexiva. John Dewey e a Teoria Democrática hoje. *In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje - Novos desafios para a teoria democrática contemporânea.*** Brasília: UNB, 2001.

HONNETH, Axel. **El Derecho de La Libertad.** Madrid: Katz, 2012.

HONNETH, Axel. Invisibility: on the epistemology of recognition. *In: Supplement to the Proceedings of the Aristotelian Society*, volume 75, n. 1, 2001.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento.** A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003a.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HONNETH, Axel. Recognition or Redistribution? Changing Perspectives on the Moral Order of Society. **Theory, Culture & Society**, vol 18, n. 2-3. London: Sage Publications, 2001.

HONNETH, Axel. Redistribution as Recognition: a Response to Nancy Fraser. *In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition.*** Londres/New York: Verso, 2003b.

HONNETH, Axel. The Point of Recognition: A rejoinder to the rejoinder. *In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition.*** Londres/New York: Verso, 2003c.

HONNETH, Axel. **The Critique of Power – Reflective Stage in a Critical Social Theory.** Cambridge: MIT Press, 1991.

HONNETH, Axel. The Social Dynamics of Disrespect: On the Location of Critical theory Today. *In: **Disrespect: The Normative Foundations of Critical Theory.*** Cambridge: Polity Press, 2007.

JARAMILLO, Leonardo García. ¿Cómopensar hoy la tension entre Constitucionalismoy Democracia? Uma Perspectiva desde el Constitucionalismo Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR.** Curitiba, vol. 60, n. 2, p.

67-95, 2015. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/41005>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

KOKAY, Erica. **Projeto de Lei da Câmara 4.241/12**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=552237>>. Acesso em: 13 out. 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, João Paulo. Projeto de Lei da Câmara 1.281/11. Dispõe sobre a mudança de prenome da pessoa transexual que realizar cirurgia para troca de sexo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=501425>>. Acesso em: 13 out. 2013.

MONEY, John. Gender: History, theory and usage of the term in Sexology and its Relationship to Nature. **Journal of Sex and Marital Therapy**. 11: 2, p. 71-79, 1985.

MONEY, John. **Hermaphroditism, Gender and Precocity in Hyperadrenocorticism**: Psychologic findings. Department of Psychiatry. The John Hopkins University School of Medicine. Baltimore, 1955.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo; Martins Fontes, 2009.

NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. **Revista de Estudos Feministas**. Santa Catarina, v. 8, n. 2, p. 9-41, 2000.

RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Direitos Humanos, Transexualidade e “Direito dos banheiros”. **Direito & Praxis**, vol. 6, n. 12, p. 196-227, 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16715>>. Acesso em: 01 jan. 2016.

RODRIGUES, Romero. **Projeto de Lei do Senado 658/11**. Reconhece os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=103053](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103053)>. Acesso em: 13 out. 2013.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, Daniella A. Bathroom Bias: Making the Case for Trans Rights under Disability Law. Michigan **Journal Gender & Law**, vol. 155, issue 1, 2013. Disponível em: <<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&contextv=mjgl>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

SOBBOTKA, Emil; SAAVEDRA, Giovani. Justificação, Reconhecimento e Justiça: tecendo Pontes entre Boltanski, Honneth e Walzer. **Civitas**. Porto Alegre, v. 12, n. 1, 2012.

SPADE, Dean. Resisting Medicine, Re/Modeling Gender. **Berkeley Women’s Law Journal**, California, vol. 18, n. 1, p. 34-35, 2003. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bglj/vol18/iss1/2/>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

STEILEN, Matthew. Minimalism and Deliberative Democracy: A Closer Look at the Virtues of “Shallowness”. **Seattle University Law Review**, Seattle, vol. 33, n. 2, p. 391-435, 2010. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1981&context=sulr>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

STEIN, Ernildo. **Sobre a essência do fundamento**. Conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

STOLLER, Robert. **A experiência transexual**. Rio de Janeiro: Imago, 1982.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **Constitutional Personae**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 379.2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 03 fev. 2009.

WERLE, Denilson; Melo, Rúrion. Um déficit político do liberalismo hegeliano? Autonomia e reconhecimento em Honneth. In: MELO, Rúrion. **A Teoria Crítica de Axel Honneth-Reconhecimento, Liberdade e Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WYLLYS, Jean; KOKAY, Erica. **Projeto de Lei 5.002/13**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei 6.015 de 31.12.1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

# CONSTITUCIONALISMO E MEIO AMBIENTE: OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL NO EQUADOR, BOLÍVIA E ISLÂNDIA<sup>1</sup>

CONSTITUTIONALISM AND ENVIRONMENT: THE NEW PARAGONS OF THE AMBINETAL LAW IN ECUADOR, BOLIVIA AND ICELAND

*Milena Petters Melo<sup>2</sup>*

*Thiago Rafael Burckhart<sup>3</sup>*

## Resumo

Tomando em consideração as inovações trazidas para a teoria da Constituição pelos mais recentes textos constitucionais da América Latina, especialmente pelas Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009, e pelo novo projeto de Constituição islandês, este artigo tem por objetivo realizar uma análise comparatística sobre a relação entre direito e meio ambiente no plano constitucional. Nesse sentido, pode-se afirmar que a primorosa proteção ambiental e a salvaguarda dos “direitos da natureza”, voltados para a sustentabilidade socioambiental, apresentam contundentes desafios para a sua efetiva observância, impulsionando uma nova percepção das relações e tensões entre modelos de desenvolvimento, economia, sociedade e cultura, sendo uma evidente contribuição para o patrimônio comum do constitucionalismo democrático.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Meio ambiente. Sustentabilidade socioambiental. Novo constitucionalismo latino-americano. Projeto de Constituição da Islândia. Patrimônio comum do constitucionalismo democrático.

## Abstract

Taking in consideration the innovations for Constitutional Theory brought by the recent Latin American Constitutions, especially the Constitution of Ecuador (2008)

<sup>1</sup> Artigo submetido em 19/02/2016, pareceres de análise em 30/06/2016 e 07/08/2016, aprovação comunicada em 18/08/2016.

<sup>2</sup> Professora de Teoria da Constituição na Universidade de Blumenau – FURB. Professora Associada à Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Coordenadora do Doutorado Interinstitucional DINTER UNISINOS/FURB. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, Internacionalização e Cooperação – CONSTINTER, FURB. Orientadora do Grupo de Estudos da ABDConst na FURB. Professora e Coordenadora para a área lusófona do Centro Didático Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais – CEDEUAMUNISALENTO, Itália. E-mail: <mpettersmelo@gmail.com>.

<sup>3</sup> Monitor do Grupo de Estudos da ABDConst na FURB. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, Internacionalização e Cooperação – CONSTINTER, FURB. Centro Didático Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais – CEDEUAM. E-mail: <thiago.burckhart@outlook.com>.

and Bolivia (2009), and the Constitutional Bill for a new Constitution for the Republic of Iceland, this paper aims to propose a comparative analysis of the interactions between law, rights and environment at the constitutional level. In this perspective, it is possible to sustain that the high environmental protection and the nature's rights safeguard, focusing the social-environmental sustainability, enforce pronounced challengers for the government and the natural resources governance, pushing for a new perception about the connections and reciprocal pressures concerning development models, economy, society and culture, characterizing a robust contribution to the democratic constitutionalism common heritage.

**Keywords:** Constitutionalism. Environment. Socio-environmental sustainability. New Latin-American constitutionalism. Constitutional Bill for a new Constitution for the Republic of Iceland.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O “novo constitucionalismo latino-americano” e a nova perspectiva do meio ambiente; 3. O Direito ao meio ambiente na Constituição equatoriana; 4. As inovações da Constituição Boliviana; 5. A contribuição do projeto de nova constituição islandesa E os novos rumos do constitucionalismo europeu; 6. Considerações finais. 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir dos anos 1980 foram diversos os países latino-americanos que promulgaram novas Constituições, em virtude do processo de redemocratização, na transição dos regimes de exceção ao posterior reestabelecimento das instituições democráticas<sup>4</sup>. Nesse período, com a promulgação dos novos textos constitucionais, é possível identificar a emergência de novos paradigmas que passaram a ser tutelados pelo direito constitucional, e deste modo, a matéria do meio ambiente, que nesta época começa a frequentar de forma assídua a agenda internacional, também passa a assumir um relevante espaço no plano constitucional, sobretudo devido às preocupações concernentes ao desenvolvimento sustentável<sup>5</sup>.

O debate político sobre o desenvolvimento sustentável logo coloca em discussão os modelos de desenvolvimento e a necessidade de investir esforços e recursos para a sustentabilidade socioambiental, na direção de alternativas para o futuro comum: ambientalmente sustentável, socialmente justo e culturalmente rico<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Norberto Bobbio concebe a segunda metade do século XX como a era dos direitos, como bem é definido o título da sua obra clássica, onde se observa a difusão dos direitos humanos a nível planetário. Entretanto, na América Latina, no plano constitucional, as significativas transformações ocorreram a partir dos anos 1980, com a queda de governos autoritários e o reestabelecimento da democracia. Para aprofundamentos, ver: Bobbio, 1990.

<sup>5</sup> Sobre o Desenvolvimento sustentável, ver Sachs, 2002; Sachs, 1993. Editado no Brasil: Sachs, 2000; Melo, 2012, p. 149-172.

<sup>6</sup> A propósito e para aprofundamentos, consultar: Melo, 2011, p. 138-161; Melo, 2013, p. 169-180.

Mais recentemente ganha força a proposta de um diálogo mais efetivo com as diferentes formas de organização social para a construção de alternativas mirando a sustentabilidade socioambiental e a valorização da diversidade cultural neste sentido. Cresce em relevância a necessidade de diálogos interculturais voltados à aprendizagem recíproca e a necessidade de “aprender com o Sul do Mundo”<sup>7</sup> e compreender a mensagem dos “povos originários” (BOFF, 1999).

Nesta perspectiva, as duas últimas Constituições promulgadas na América Latina, Equador (2008) e Bolívia (2009) evidenciam, sobretudo pautando-se na cosmovisão andina, que o meio ambiente assume um papel fundamental na estrutura constitutiva de tais sociedades. A natureza passa a ser reconhecida como sujeito de direitos e a sua proteção passa a ser obrigatória ao Estado e sociedade.

Já na Europa, um caso peculiar é a Islândia, que buscou sair da crise econômica de 2008 dando uma lição de democracia ao mundo ocidental e elaborando um novo projeto de Constituição, pautado na cosmovisão islandesa (com base na tradição *viking*) e mirando à nacionalização dos recursos naturais e incisiva proteção do meio ambiente.

Essas três recentes manifestações de poder constituinte, os dois textos constitucionais andinos e o projeto de Constituição islandês, contribuem para a quebra de paradigmas antepostos ao meio ambiente e aos modelos de desenvolvimento hegemônicos, indo além das propostas até então suscitadas em torno ao desenvolvimento sustentável. Superando a lógica econômica mercantilista e neoliberal e contrapondo-se ao “desenvolvimentismo”, estes documentos propõem uma nova concepção de meio ambiente em nível constitucional e prevêm, portanto, diferentes estratégias de tutela, valorização e proteção da natureza.

Considerando este contexto e privilegiando o âmbito da teoria da Constituição, este artigo tem por objetivo analisar criticamente o direito constitucional ambiental<sup>8</sup> e o que se pode chamar de “novo direito ao meio ambiente”, ou “direitos do meio-ambiente/natureza”, nas Constituições do Equador, da Bolívia, bem como no projeto da nova Constituição islandesa (2010), para afrente disso, prospectar uma nova

<sup>7</sup> Nesse sentido, v. Santos, 1999.

<sup>8</sup> Sobre o conceito de direito constitucional ambiental e para estímulos comparatísticos uma profícua sobre o tema no Brasil e em Portugal, consultar: Canotilho; Leite, 2007.

maneira de conceber a proteção ambiental, a sustentabilidade socioambiental e o uso dos recursos naturais.

Entende-se que o Direito Constitucional é uma ciência de textos e contextos, e, portanto, para analisar proficuamente a repercussão e potencialidades destas Constituições e do projeto de Constituição islandês, seria necessário um estudo das políticas constitucionais nestes países. Entretanto, este estudo restringe a análise ao plano teórico das Constituições e aos textos constitucionais, utilizando o método comparatístico em uma perspectiva dialógica.

Este artigo, resultado das pesquisas desenvolvidas junto ao Grupo de Estudos da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst na Universidade Regional de Blumenau – FURB na sede brasileira do Centro Didático Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais – CEDEUAM (FURB), divide-se em quatro partes: 1. O “novo constitucionalismo latino-americano” e a nova perspectiva do meio ambiente; 2. O Direito ao meio ambiente na Constituição equatoriana; 3. As inovações da Constituição boliviana; e 4. A contribuição do projeto de nova constituição islandesa.

## **2 O “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO” E A NOVA PERSPECTIVA DO MEIO AMBIENTE**

Com a queda dos governos militares na América Latina, sobretudo a partir dos anos 1980, verifica-se a rearticulação institucional e democrática de grande parte dos países da região. Porém é apenas recentemente que se verifica a emergência de um novo modelo, que vem sendo chamado de ‘novo constitucionalismo latino-americano’, fortemente alicerçado na proteção da diversidade cultural e na cosmovisão indígena (ou andina) em que o meio ambiente passa a exercer uma centralidade fundamental, transcendendo a concepção antropocêntrica e afirmando uma perspectiva biocêntrica (MELO, 2013, p. 74-84), diga-se, com a vida e suas diversas manifestações no centro das relações sociais.

Partindo da ótica histórica pode-se afirmar que o constitucionalismo latino-americano encontrou em seu caminho diversas dificuldades político-institucionais para o reconhecimento do direito ao meio ambiente<sup>9</sup>. O reacionismo institucional tornava

<sup>9</sup> Ainda que o movimento ambientalista (ou ambientalismo) seja um movimento recente no plano internacional, o que ficou politicamente evidenciado com a Conferência de Estocolmo (1972), a

difícil e precário o reconhecimento de visões e concepções heterogêneas sobre o meio ambiente no âmbito jurídico.

Nesse sentido, pode-se observar que historicamente a cultura jurídica latino-americana foi se consolidando tendo como modelo Constituições pensadas para outros povos e outras regiões, em particular inspirando-se nas evoluções do constitucionalismo norte-americano e europeu<sup>10</sup>, não reconhecendo prioritariamente as peculiaridades e a pluralidade característica das sociedades latino-americanas.

É somente no período recente que o constitucionalismo latino-americano passa a assumir e reconhecer de forma efetiva sua identidade plural: dedicando-se a por um fim no problema da correspondência<sup>11</sup> e partindo da ideia de um Estado Plurinacional que não se resume à perspectiva de um Estado e uma Nação, mas se pauta no olhar de várias nações em um único Estado. Como observa Luis Tapia (2007):

Si se concibe que el estado es un conjunto de relaciones sociales, y no sólo un conjunto de instituciones en el sentido de un conjunto de normas y aparatos de administración del monopolio del poder, se pueden distinguir varias tendencias de cambio que se han desplegado en estos años.

As Constituições são, portanto, declaradamente comprometidas com o processo de descolonização e de ruptura com o imperialismo, ancoradas na perspectiva de valorização do ser humano nas especificidades das diferentes culturas;

---

preocupação com este tema tem raízes antigas: a cosmovisão indígena possui uma preocupação com essa temática que se alicerça na perspectiva biocêntrica, construída ao longo de milhares de anos. Nesse contexto, pode-se dizer que a história político-constitucional latino-americana negligenciou a cultura indígena e, conseqüentemente, sua cosmovisão, não dando atenção as demandas e o alerta dos povos nativos sobre o necessário cuidado com o meio ambiente, um tema que ganhou relevância na agenda política e jurídica somente no século XX. Sobre a evolução da consciência global ambientalista, ver: Souza, Renato Santos de. *A evolução da consciência global sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cap III)*. In: Souza, 2000.

<sup>10</sup> De acordo com o pensamento de Rosa Luxemburgo (1974), “*es cierto que todo movimiento nuevo, coando empieza a formular su teoria y política, parte de poyarse em el movimiento precedente, aunque encuentre contra dicción directa com el mismo*”. Partindo dessa perspectiva pode-se afirmar que é natural que o constitucionalismo latino-americano, prioritariamente se apoie em bases sólidas do constitucionalismo europeu, e diante disso, construa seu próprio constitucionalismo.

<sup>11</sup> Nas palavras de Luis Tapia(2007) “*Hay, por último, un elemento de crisis, que se podría llamar crisis de correspondencia, que es en lo que quiero poner énfasis. Se trata de una crisis de correspondencia entre el estado boliviano, la configuración de sus poderes, el contenido de sus políticas, por un lado, y, por el otro, el tipo de diversidad cultural desplegada de manera autoorganizada, tanto a nivel de la sociedad civil como de la asamblea de pueblos indígenas y otros espacios de ejercicio de la autoridad política que no forman parte del estado boliviano, sino de otras matrices culturales excluidas por el estado liberal desde su origen colonial y toda su historia posterior*”.

valorizando “o que é do sul”, pautando-se e reforçando o que Boaventura de Sousa Santos vem a chamar de epistemologias do sul:

Entiendo por epistemología del Sur el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no-científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo. (SOUSA SANTOS, 2010, p. 43)

Nesta perspectiva, o Sul global não é um conceito geográfico, ainda que grande maioria destas populações viva em países do hemisfério Sul. O “Sul” no sentido privilegiado por Boaventura de Sousa Santos, é uma metáfora do sofrimento humano causado pelo capitalismo e pelo colonialismo em escala global, e, ao mesmo tempo, o espaço de resistência para supera-lo ou minimiza-lo (SOUSA SANTOS, 2010, p. 43).

Desse modo, tendo como base primordial textos constitucionais elaborados por Assembleias Constituintes participativas<sup>12</sup>, observa-se que no plano jurídico nascem novas concepções e formas de tutela dos bens naturais, compreendidos como bens comuns<sup>13</sup> no paradigma do *bem viver*. Estas novas concepções permitem a reconstrução da identidade cultural e da herança ancestral dos povos que nela habitam, promovendo a sua valorização e tutelando a sua proteção (AUGUSTIN; WOLKMER, 2012, v. 01, p. 47-82).

A natureza é reconhecida como um sujeito de direitos, diga-se de direitos fundamentais, e sua existência, como entidade e espaço imprescindível para a manutenção da vidanas suas diversas manifestações, é protegida e valorizada.

Assim, a concepção de meio ambiente que emerge nas novas Constituições andinas supera a lógica capitalista e mercantil, não permitindo a privatização de recursos naturais, pois estes pertencem a todos. A nacionalização e a gestão pública destes bens passam a constituir abase material do Estado pluralista.

Estas novas Constituições assumem uma forma exacerbadamente analítica e passam a tutelar, detalhadamente, novos direitos concernentes a antigas demandas dos diversos povos, nações, comunidades, coletividades e grupos que constituem a sociedade plural. A Constituição equatoriana de 2008 possui 444 artigos, já a boliviana

<sup>12</sup> Posteriormente os textos constitucionais do Equador e Bolívia foram submetidos a referendo.

<sup>13</sup> Sobre os recursos naturais no quadro dos bens comuns, v. Melo; Gatto, 2014, p. 95-121.

de 2009 possui 411 artigos. A explicação para essa excessiva analiticidade das Constituições é o fato das Assembleias Constituintes terem por objetivo a tutela do maior número possível de direitos em nível constitucional, com o intuito de resguardar estes direitos por meio da supremacia da constituição e os vínculos que esta impõe.

Nesse mesmo sentido, outro caso que vem se mostrando inovador no que tange ao direito ao meio ambiente é a experiência recente islandesa e o projeto de uma nova Constituição para esta República. A Islândia também passou por um processo constituinte no ano de 2010, que resultou em um novo projeto de Constituição, substancialmente pautado na proteção ambiental e na defesa da diversidade e do patrimônio cultural, tutelados a partir de uma perspectiva que vai ao encontro da América latina, inclusive no sentido da nacionalização dos recursos naturais. Este caso também será objeto de análise nos próximos tópicos.

### 3 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA

No ano de 2008 a promulgação da Constituição do Equador trouxe inúmeras inovações para o constitucionalismo latino-americano, que vão desde o reconhecimento da pluralidade e da interculturalidade entre os povos até a incisiva proteção ao meio ambiente e aos recursos naturais. Nessa perspectiva, o preâmbulo da Constituição já menciona a celebração à natureza e a *Pacha Mama (Madre tierra)*, demonstrando a presença da ética biocêntrica como suporte das relações sociais.

Nosotras y nosotros, el pueblo soberano Del Ecuador reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a lanaturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, [...] Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, em diversidad y armonía com La naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumakkawsay; (Trecho do Preâmbulo da Constituição do Equador, de 2008)

No âmbito da teoria da constituição, o preâmbulo pode ser definido como “a constituição da constituição” (HÄBERLE, 1996, p. 165) e pode ser compreendido como a carta de identidade com que a Assembleia Constituinte, no exercício de seu poder representativo, denota e conota as Nações, povos, coletividades, pessoas e grupos que formam o Estado Nacional ou Plurinacional. Dessa forma, tanto na perspectiva jurídico-constitucional quanto no âmbito antropológico e sociocultural, o

Preâmbulo das Constituições representa os valores, ideias e princípios da(s) Nação(ões).

Nesse sentido, partindo da ótica da cosmovisão indígena onde a natureza e os recursos naturais fazem parte essencial da vida e de sua manutenção, a Constituição equatoriana prevê em seu artigo 1, como um princípio fundamental, que os recursos naturais não renováveis consubstanciam um patrimônio inalienável, irrenunciável e imprescritível. Superando, assim, a lógica extrativista, consumista, privatista, depredatória e mercantil da utilização dos recursos naturais que vigorou no país desde a época da “Conquista”.

Pensando no horizonte do desenvolvimento sustentável, que supera a concepção do desenvolvimento somente em âmbito econômico “integrando aos direitos da pessoa e do gênero humano – inclusive às futuras gerações – garantias relativas à qualidade da vida e à preservação do ambiente” (MELO, 2013), a nova constituição equatoriana especifica em seu artigo 3 que é um dever do Estado planificar o desenvolvimento sustentável e a redistribuição equitativa dos recursos e da riqueza, para alcançar, deste modo, o bem-viver<sup>14</sup>.

O paradigma do bem-viver, entretanto, vai além da lógica do desenvolvimento sustentável, propondo uma mudança mais radical na percepção e proteção da natureza como sujeito de direitos. Nesse sentido, de consequência, pode-se observar a emergência de um novo paradigma de Estado, na passagem do *Estado de bem-estar* ao *Estado de bem-viver*, que caracteriza uma evolução aquisitiva do constitucionalismo contemporâneo, permitindo-se falar de uma virada biocêntrica<sup>15</sup> que dá sustentação à refundação do Estado na América Latina<sup>16</sup>.

No que concerne à proteção do meio ambiente saudável, é reconhecido em seu artigo 14 o direito das populações a viver em um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, que garanta a sustentabilidade e o *buen vivir*. Nesse sentido, percebe-se que se trata do reconhecimento do direito ao equilíbrio socioambiental associado à qualidade da vida em comum, que as políticas públicas e demais instrumentos de

<sup>14</sup> Para aprofundamentos, consultar Mamani, 2010.

<sup>15</sup> A propósito e para aprofundamentos, v. Melo, Milena Petters. *O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano*. 2013.

<sup>16</sup> Sobre a refundação do Estado na América Latina, v. Sousa Santos, 2010.

efetivação e regulamentação do texto constitucional devem por em prática, garantindo também um desenvolvimento humano adequado.

A Constituição elenca dentre os direitos de *buen-vivir*, o direito à água, tratando como um direito humano, considerado fundamental e irrenunciável<sup>17</sup>. Neste contexto, a proteção constitucional do direito fundamental à água se apoia em quatro princípios: 1) Água como direito humano; 2) Bem nacional, estratégico, de uso público; 3) Patrimônio da sociedade; e 4) Componente fundamental da natureza<sup>18</sup>, sendo proibida sua privatização.

A preservação e conservação dos ecossistemas, da integridade e do patrimônio genético do país, bem como a prevenção do dano ambiental e a recuperação dos espaços naturais degradados é de interesse público. Assim, cabe à sociedade e ao Estado a promoção, realização e fiscalização de iniciativas, programas, projetos, estratégias, para que se possa garantir a sustentabilidade socioambiental e a integridade e manutenção dos ciclos da Mãe natureza. Além disso, o Estado tem o dever, conforme o artigo 15, de incentivar tanto o setor público quanto o privado ao uso de tecnologias ambientalmente limpas e/ou alternativas que não provoquem contaminação e sejam de baixo impacto, não podendo afetar os direitos à água e à soberania alimentar.

No que concerne aos direitos da natureza, esta é compreendida como o espaço onde se reproduz e realiza a vida, em suas diversificadas manifestações. Neste sentido, percebe-se a desconstrução da ideia, muito cara ao antropocentrismo moderno, de que o homem é um ser “fora” da natureza ou absolutamente autônomo em relação ao meio-ambiente e demais formas de vida. Na cosmovisão andina cada um é parte integrante do ciclo natural e, portanto, integrante da natureza. Logo, toda pessoa, comunidade, coletividade, povo ou nação, poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos preceitos e o respeito dos princípios atinentes aos direitos da natureza, que devem ser aplicados e interpretados de acordo com os princípios e regras estabelecidos na Constituição.

A Constituição também atribui à natureza o direito de restauração, visto que todo dano causado não poderá interferir ou lesar outros direitos que se coadunam na proteção da natureza, como por exemplo, o direito à saúde. Nos casos de impacto

<sup>17</sup> Sobre o Direito fundamental à água, v. Wolkmer; Melo, 2012, v. 1, p. 385-404.

<sup>18</sup> Cf. S. Augustin; Wolkmer, 2012.

ambiental grave ou permanente, incluindo os ocasionados pela exploração dos recursos naturais não renováveis, o Estado estabelecerá os mecanismos mais eficazes para alcançar a restauração e adotará as medidas adequadas para eliminar ou mitigar as consequências ambientais nocivas, de acordo com o artigo 72.

Além disso, conforme o artigo 73, cabe ao Estado aplicar medidas de precaução, evitando as atividades que possam conduzir espécies ameaçadas à extinção, garantindo a preservação da biodiversidade e do equilíbrio biótico. Também é expressamente garantido no artigo 74 às pessoas, comunidades, povos e nacionalidades o benefício do meio ambiente e das riquezas naturais que lhes permitam um *buen vivir*. Entretanto, a apropriação dos recursos é proibida, prevalecendo o princípio de que o meio ambiente é um bem comum, e, portanto, o seu uso não pode exceder ao direito de outrem, e que nesta eventualidade deve haver reparação.

Observa-se, portanto, as oportunas, necessárias e desafiadoras inovações trazidas pela Constituição equatoriana de 2008 para a teoria constitucional, que aportam preciosas contribuições para o patrimônio comum do constitucionalismo democrático nas suas evoluções aquisitivas. A refundação do Estado promovida pelo novo texto constitucional do Equador se estrutura com base fortemente radicada na democracia, na cidadania plural e na proteção à natureza, combatendo a lógica extrativista, privatista, depredatória, violenta e mercantil que regeu os modelos de desenvolvimento do passado e contribuem para a justiça e a sustentabilidade socioambiental no país e na região.

#### 4 AS INOVAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA

No ano de 2009 entrou em vigor um novo texto constitucional na Bolívia. Fortemente fundada na concepção anticolonial, a nova Constituição visa deixar para trás o passado republicano e neoliberal<sup>19</sup>, ao escopo de construir um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário.

<sup>19</sup> Trecho do preâmbulo da Bolívia: “*Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal*”. Como observa Bartolomé Clavero “*En 2009 Bolivia viene no sólo a reconocer constitucionalmente la persistência del colonialismo interno, sino también a poner los médios constitucionales para erradicarlo definitivamente*”, cf. Clavero, 2009, p. 2.

A centralidade do tema meio ambiente é destacado já no Preâmbulo:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces La pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. (Trecho do Preâmbulo da Constituição da Bolívia de 2009).

Como se pode observar na parte do Preâmbulo destacada acima, o meio ambiente ganha proeminência na abertura da Constituição, ganhando destaque também em diversos outros momentos do texto constitucional. Para uma observação em termos meramente quantitativos é interessante destacar que a palavra “*medio ambiente*” é citada 31 vezes nas disposições constitucionais, que também tratam de modo mais específico várias temáticas relacionadas ao meio-ambiente. Na análise qualitativa e substantiva do texto constitucional, pode-se observar que a nova Constituição boliviana refunda o Estado sob a égide do biocentrismo, do pluralismo e da diversidade.

Como a Constituição equatoriana, a elaboração da Constituição boliviana também foi realizada mediante uma Assembleia Constituinte participativa. E visto que a Bolívia possui uma população de maioria indígena (cerca de 62%<sup>20</sup>), a cosmovisão indígena influenciou diretamente o texto constitucional, seu apreço à preservação da natureza e à vida em harmonia e comunhão com o meio ambiente constitui um dos pilares de sustentação da Constituição.

O artigo 33 preceitua que todas as pessoas possuem o direito ao meio ambiente saudável, protegido e equilibrado. Este direito, entretanto, não se restringe somente ao ser humano, estende-se a outras espécies animais, bem como às futuras gerações e demonstra, ao mesmo tempo, vinculação com a ancestralidade e com a manutenção, no tempo, do patrimônio cultural e natural.

É dever do Estado e da população prezar pela conservação, proteção e uso sustentável dos recursos naturais e da biodiversidade, mantendo o equilíbrio do meio ambiente, conforme o artigo 342. É garantida à toda população a participação na gestão ambiental e o direito de ser informada sobre decisões que possam afetar a

<sup>20</sup> Dados do *Instituto Nacional de Estadística de Bolivia* – INE. *Estadísticas Nacionales 2012 – Censo Nacional de Población y Vivienda*. Bolívia: INE, 2012.

qualidade do meio ambiente, como prevê o artigo 343. Assim, as cidadãs e cidadãos podem e devem ser ouvidos e detêm o poder de barrar a exploração, a apropriação indébita e o uso depredatório do meio ambiente e dos recursos naturais. Além disso, a gestão do meio ambiente, prevista no artigo 345, deve ser realizada de modo planejado pelo Estado, com ajuda e intervenção da sociedade civil, devendo ser articulada de modo que não danifique o meio ambiente, de acordo com as normas constitucionais e ambientais.

A Constituição da Bolívia dedica também diversos capítulos a temas específicos que possuem relação direta com o meio ambiente, tais como: recursos naturais, Hidrocarbonetos, Mineração e Metalúrgica, Recursos Hídricos, Energia, Biodiversidade, Coca, Áreas Protegidas, Recursos Florestais, Amazônia, Terra e Território e Desenvolvimento Rural Sustentável.

No que tange à água, a Constituição define que esse é um direito “fundamentalíssimo” para a vida, no marco da soberania popular, como está previsto no artigo 373. O Estado possui o dever de garantir o uso e o acesso à água sobre a base dos princípios da solidariedade, complementaridade, equidade, diversidade e sustentabilidade. Trata-se de uma grande conquista constitucional, pois os direitos à água na Bolívia possuem uma história de lutas e revoltas<sup>21</sup>.

A nacionalização e a proteção constitucional dos recursos naturais foi o caminho que os bolivianos escolheram para tornar os bens e recursos da natureza acessíveis a toda a população. Partindo da cosmovisão andina, que os concebe como bens comuns, e proibindo peremptoriamente a sua privatização.

A biodiversidade recebe especial proteção constitucional e os recursos naturais renováveis devem ser utilizados e usufruídos de maneira sustentável, respeitando as características e o valor de cada ecossistema, conforme o artigo 380.

Para garantir o equilíbrio ecológico, o solo deve ser utilizado de modo que não seja prejudicado para o plantio, levando em consideração as suas características

<sup>21</sup> Recentemente, o evento mais emblemático neste sentido foi o que ocorreu em Cochabamba no ano de 2000, através das contestações e protestos populares contra a privatização da água. Segundo Luis Tapia este evento que ganhou corpo com a organização da sociedade civil representa a primeira vitória contra o neoliberalismo na Bolívia: “En el caso de Cochabamba varias de estas formas de organización, como los comités de los regantes, los sindicatos agrarios, las juntas vecinales y otras asociaciones civiles, se unifican en la Coordinadora del Agua para lograr la primera victoria contra el neoliberalismo en el año 2000”. Cf. Tapia, 2007, p. 2. Em 2003 outra revolta popular eclodiu na Bolívia, desta vez em virtude da nacionalização do gás natural. Esta foi outra vitória do povo contra as grandes cooperações e a lógica capitalista privatista e mercantilista.

biofísicas e socioeconômicas. São considerados patrimônio natural todas as espécies nativas de origem animal e vegetal, e o Estado, para tanto, deve estabelecer as medidas necessárias para sua conservação, aproveitamento e desenvolvimento.

No que tange o desenvolvimento rural em específico, a Constituição prevê em seu artigo 405 que este é parte fundamental das políticas econômicas do Estado, que deve priorizar suas ações para o fomento de empreendimentos econômicos comunitários e do conjunto de atores rurais, com ênfase na segurança e na soberania alimentar.

O desenvolvimento rural comunitário na Bolívia deve garantir, dentre outros aspectos, a soberania alimentar, a produção agrária e o desenvolvimento sustentável rural, conforme estabelece o artigo 407. Logo, o meio rural também deve ser contemplado com políticas constitucionais que visem ao seu desenvolvimento sustentável e envolvimento na economia social, de modo a reduzir as desigualdades regionais e neutralizar a expansão insustentável do ambiente urbano. Dessa forma, ocorre a valorização do espaço rural: o que garante a possibilidade das famílias permanecerem neste meio e em contato com as suas comunidades de pertinência, evitando-se, assim, o êxodo rural e a excessiva concentração nas grandes cidades.

A economia solidária e comunitária<sup>22</sup> é promovida, estimulada e assegurada no plano constitucional, valorizando as relações econômicas solidárias e as redes de gestão pautadas na solidariedade e reciprocidade.

A Constituição boliviana também se pauta no paradigma do “*buen vivir*”. O Estado exerce um papel fundamental na planificação estratégica para o desenvolvimento sustentável na garantia dos direitos sociais e do *buen vivir*, que, ao par da constituição do Equador também transcende a lógica extrativista, depredatória, privatista, mercantil e consumista, hegemônica nas trocas econômicas globais e que historicamente surte seus efeitos nefastos em diferentes cantos do planeta, e, em particular, na América Latina.

Buscando inverter a tendência desta história de violências, o reconhecimento e proteção da pluralidade e da biodiversidade também funcionam como pilares de sustentação do Estado Plurinacional boliviano. Diante desta rearticulação institucional, pode-se afirmar que a Constituição de 2009 e a refundação do Estado

<sup>22</sup> Para aprofundamento sobre a economia solidária, v. Lianza; Henriques, 2012.

boliviano também trazem oportunas inovações e desafios para a teoria da Constituição, para o “patrimônio comum do constitucionalismo democrático” e para a práxis política e constitucional, especialmente no que toca a descolonização e proteção da biodiversidade e da sócio-diversidade, em prol de relações interculturais que miram a reciprocidade, a solidariedade, a harmonia com a natureza e modelos comunitários e alternativos de desenvolvimento, voltados a garantir a sustentabilidade socioambiental para as presentes futuras gerações.

## 5 A CONTRIBUIÇÃO DO PROJETO DE NOVA CONSTITUIÇÃO ISLANDESA E OS NOVOS RUMOS DO CONSTITUCIONALISMO EUROPEU

No ano de 2008, a Europa e grande parte do mundo capitalista adentrou em uma crise econômica sem precedentes desde a quebra da bolsa de valores de 1929. Nesse contexto, um dos primeiros países a ser atingido pela crise financeira se destacou por buscar se reestabelecer reformando os fundamentos da sua ordem social, jurídica e econômica, vislumbrando alternativas às medidas de austeridade governamentais impostas pela União Europeia: este é o caso da Islândia.

Como observa Gylfason ([s.d.], p. 1), “*crises precede constitutions*”, ou seja, os momentos de crise, econômica, política ou social, são também oportunidades, pois impõem a necessidade de reflexão e de construção de novas perspectivas sociais, projetuais e normativas. Neste sentido, tendo em vista a magnitude da crise financeira que atingiu a Islândia e o impacto devastador para o bem-estar social das medidas de austeridade impostas pelos governantes do país e da União Europeia, as contestações e a organização da sociedade civil islandesa buscou promover uma revolução, que ficou conhecida como “*pots and pans revolution*” (GYLFASON, [s.d.], p. 3).

Foi assim que ganhou corpo a composição de uma Assembleia Constituinte democrática e participativa, para dar ensejo a uma nova Constituição para o país. O resultado da Assembleia Constitucional foi um projeto de Constituição inovador e muito interessante para a teoria da Constituição, por vários aspectos que serão tratados aqui de forma breve, mirando o tema da proteção do meio-ambiente e do uso sustentável dos recursos naturais que também ganhou proeminência neste contexto.

Com forte propósito de inverter os rumos socioeconômicos e promover a sustentabilidade socioambiental e a proteção da diversidade cultural, tomando inspiração também nas antigas tradições da cultura *viking*, o novo projeto de constituição islandesa atribui grande centralidade à defesa do meio ambiente, desde o seu Preâmbulo:

We, the people of Iceland, wish to create a just society with equal opportunities for everyone. Our different origins enrich the whole, and together we are responsible for the heritage of the generations, the land and history, nature, language and culture. (...) The government shall work for the welfare of the inhabitants of the country, strengthen their culture and respect the diversity of human life, the land and the biosphere. We wish to promote peace, security, well-being and happiness among ourselves and future generations. We resolve to work with other nations in the interests of peace and respect for the Earth and all Mankind. (Trecho do Preâmbulo do Projeto da nova Constituição Islandesa).

O projeto de Constituição compromete-se, portanto, com o respeito à cultura do povo islandês e com a pluralidade que a constitui, seguindo as tendências hodiernas do constitucionalismo contemporâneo que passou a se caracterizar por um caráter mais marcadamente antropológico e identitário das Magnas Cartas, ao mesmo tempo em que reconhece as identidades plurais.

O projeto de Constituição traz um capítulo sobre direitos humanos e natureza, onde prevê as mudanças a serem introduzidas no âmbito destas relações.

Nessa direção, a Constituição concebe a natureza como a base da vida no país, devendo ser protegida por todos para a garantia do equilíbrio ambiental, a qualidade da água, do ar puro e de uma natureza não devastada, conforme o artigo 33. O mesmo artigo prevê que o uso dos recursos naturais deve ser minimizado, evitando seu esgotamento e pensando nas gerações futuras. Assim, o dano ambiental deve ser reparado para que se garanta o direito ao meio ambiente com equidade intergeracional.

Outra característica que aproxima o projeto de Constituição islandesa das tendências do “novo constitucionalismo latino-americano” é a superação da lógica privatista e mercantil no uso dos recursos naturais, por meio da nacionalização e proteção constitucional destes recursos. O projeto prevê em seu artigo 34 que os recursos naturais são propriedade da nação, e, portanto, ninguém tem o direito de comercializá-los. Identifica-se como recursos naturais a água, as reservas marinhas,

os recursos minerais, a energia geotérmica, entre outros. Este mesmo artigo preconiza como horizonte da utilização dos recursos naturais o respeito aos princípios do desenvolvimento sustentável e interesse público. Além disso, cabe às autoridades públicas o tratamento isonômico no licenciamento de uso dos recursos naturais, de modo que não persistam privilégios para determinada classe social ou grupo econômico.

O artigo 35 regula a publicidade das informações sobre o meio ambiente. Dessa forma, é necessário que as autoridades públicas mantenham a população informada, fornecendo dados atualizados sobre o meio ambiente, obras e empreendimentos que possam causar algum dano ambiental. Os cidadãos têm o direito de participar e opinar sobre a construção de empreendimentos e eventuais embargos a obras. Além disso, no momento de conceder licenças de uso destes recursos ou para a realização de obras e empreendimentos, as autoridades públicas devem fundamentar suas decisões nos princípios e regras estabelecidos para tanto na Constituição.

Além disso, o artigo 36 do projeto de Constituição prevê a proteção aos animais, tanto no que toca a proibição de mau-tratamento quanto a salvaguarda de espécies ameaçadas de extinção.

O projeto de Constituição foi submetido a referendo popular e aprovado por 66% da população. Contudo, aguarda a necessária aprovação no *Althingi* (parlamento islandês) para que a nova Constituição possa entrar em vigor.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seguindo as reivindicações do movimento ambientalista e da sociedade civil organizada em diferentes âmbitos no contexto mundial, a proteção do meio-ambiente e dos bens e recursos naturais, nas suas relações com a diversidade cultural e com a imperativa necessidade de rever os modelos de desenvolvimento, ganha sempre maior projeção e relevância no plano da teoria da Constituição e das políticas constitucionais.

É nesse sentido que o constitucionalismo contemporâneo segue no Equador, na Bolívia e na Islândia, ampliando a proteção, valorização, bonificação e tutela do

meio-ambiente, salvaguardando a integridade e o uso sustentável dos bens naturais comuns e da natureza no seu conjunto; e prevendo, para tanto, mecanismos para coibir as práticas danosas, insustentáveis ou depredatórias.

O projeto de Constituição islandesa, como foi possível observar, ainda necessita do aval do *Althingi* para entrar em vigor. Nesse sentido, as forças conservadoras da sociedade se mobilizaram para tentar impedir sua aprovação, estorvando o processo constituinte. Mesmo assim é inegável que o projeto da nova Constituição representa um marco para o constitucionalismo europeu do século XXI, trazendo inovações oportunas que poderiam se tornar uma nova tendência no constitucionalismo do velho continente, democratizando diferentes aspectos da vida, particularmente voltada a salvaguardar os bens comuns, a sustentabilidade socioambiental, as identidades plurais e as relações interculturais.

Não obstante o fato que as inovações trazidas pelos novos textos constitucionais do Equador e da Bolívia e pelo projeto de Constituição para a Islândia estejam ancoradas nas bases democráticas e participativas dos respectivos processos constituintes e no forte efeito vinculante a que os textos constitucionais se propõem, não se pode perder de vista que, como observado no início deste artigo, o Direito Constitucional é uma ciência de textos e contextos. Assim, será no contexto cotidiano da práxis e das políticas constitucionais que se jogará a força normativa destas Constituições e a aposta ambiciosa da proteção ambiental pleiteada por estes textos constitucionais.

## 7 REFERÊNCIAS

AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima S.; WOLKMER, Antonio Carlos. O "novo" direito à água no constitucionalismo da América Latina. In: Maria de Fátima Schumacher Wolkmer; Milena Petters Melo. (Org.). **Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade**: visões multidisciplinares. Caxias do Sul: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Torino: Einaudi 1990.

BOFF, Leonardo. **Ecologia, grito da terra, grito dos pobres**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gome; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

- CARDUCCI, Michele. **Por um Direito Constitucional Altruísta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CLAVERO, Bartolomé. **Bolívia entre Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo Emancipatorio**. Conferencia presentada em La Vicepresidencia de La Republica. 2009.
- GYLFASON, Thorvaldur. **From collapse to Constitution: the case of Iceland**. CESifoWorkingPaper No. 3770. 2011.
- HÄBERLE, Peter. Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Coord.). **Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Madrid: MarcialPons, 1996.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Contituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA DE BOLIVIA. **INE Estadísticas Nacionales 2012 – Censo Nacional de Población y Vivienda**. Bolívia: INE, 2012.
- LIANZA, Sidney; HENRIQUES, Flávio Chedid (Orgs.). **Economia Solidária na América Latina: realidades nacionais e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão UFRJ, 2012.
- LUXEMBURGO, Rosa. **Reforma o revolución**. Buenos Aires: Papeles Políticos, 1974.
- MAMANI, Fernando Huanacuni. **BuenVivir / VivirBien: Filosofía, política, estrategias y experiencias regionales andinas**. Lima, Perú, 2010.
- MELO, Milena Petters e GATTO, Andrea. A água no quadro dos bens comuns. Algumas reflexões críticas a partir das bases da economia ecológica e sobre a necessidade de um novo direito público, na passagem do público ao comum. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol.19, n. 1, jan./abr., 2014. Itajaí: UNIVALI, pp. 95-121.
- MELO, Milena Petters. “O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do ‘novo’ constitucionalismo latino-americano.” **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol.18, n. 1, jan./abr., 2013. Itajaí, Ed.: UNIVALI, pp. 74-84.
- MELO, Milena Petters Melo e BURCKHART, Thiago Rafael. Direito indígena e inovações constitucionais na América Latina: uma leitura a partir da teoria crítica do direito. **Revista Jurídica Científica do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau**. Vol. 17, n. 34. Blumenau, CCJ – FURB, 2013, pp. 97-120. ISSN 1982-4858. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/4054>>.
- MELO, Milena Petters. A era dos direitos e do desenvolvimento. In: CENCI, Daniel Rubens e BEDIN, Gilmar Antonio. **Direitos Humanos, Relações Internacionais & Meio Ambiente**. Curitiba: Multideia, 2013, pp. 75-91.
- MELO, Milena Petters. Safeguarding Cultural and Natural Heritage: In Order to Keep the Memory of Human Dignity Alive. In: BRUGGER, Winfried; KIRSTE, Stephan. **Human Dignity as a Foundation of Law**. Proceedings of the Special Workshop held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Beijing, 2009. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte (ARSP-B) Band 137. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2013, pp. 169-180.

MELO, Milena Petters. Desenvolvimento sustentável: das Declarações internacionais à planificação estratégica e governance local. In: M. F. WOLKMER. & M. P. MELO (org.). **Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: Visões Multidisciplinares**. Caxias do Sul RS: EDUCS, 2012, pp. 149-172.

MELO, Milena Petters Cultural Heritage preservation and environmental sustainability: sustainable development, human rights and citizenship. In: MATHIS, Klaus (ed.), **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Heidelberg-London-NewYork: Springer, 2011 (pp. 138-161).

ONIDA, Valerio. **La Costituzione ieri e oggi**. Bologna, Il Mulino, 2008.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SACHS, Wolfgang (org.). **The development dictionary – a guide to knowledge as power**. Johannesburg: Witwatersrand University Press, 1993. London & New Jersey: Zed Books Ltd, 1993.

SACHS, Wolfgang. **Dicionário do desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder**. Tradutores: Vera Lúcia M. Josceline, Susana de Gyalokay e Jaime A. Claser. Petrópolis: Vozes, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del Sur**. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.

SOUZA, Renato S. de. **Entendendo a questão ambiental: temas de economia, política e gestão do meio ambiente**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

TAPIA, Luis. Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. **Revista OSAL**, Buenos Aires: CLACSO, Año VIII, Nº 22, septiembre. 2007.

WOLKMER, Maria de Fátima; MELO, Milena Petters. O direito fundamental à água: convergências no plano constitucional e internacional. In: BRAVO, Alvaro Sanchez. **Água y derechos humanos**. Sevilla (Espanha): Arcibel Editores, 2012, v. 1, p. 385-404.

## O ESTADO CONSTITUCIONAL E O PARADIGMA SOCIAL DO RISCO<sup>1</sup>

### THE CONSTITUTIONAL STATE AND THE SOCIAL PARADIGM OF RISK

*Alceu Mauricio Jr.<sup>2</sup>*

#### Resumo

O objetivo deste artigo é identificar o que chamamos de paradigma social do risco: uma base sociológica que permita compreender os riscos contemporâneos e construir uma ponte para sua assimilação teórica no âmbito da teoria do Estado e do direito constitucional. Risco tornou-se um elemento-chave para a compreensão do direito constitucional, mas o direito em si não fornece um significado para o risco na sociedade contemporânea. As ciências sociais, por outro lado, desenvolveram diversos quadros teóricos para lidar com o risco, que, no entanto, podem entrar em conflito uns com os outros. Ao invés de focar nas diferenças que criam pontos de conflitos entre os diversos quadros teóricos do risco, este trabalho concentra-se em mapear os pontos consensuais das abordagens desenvolvidas nas ciências sociais. Nesta ótica, a ausência de uma abordagem homogênea pode ser vista como uma vantagem, fazendo jus à natureza multidimensional dos riscos na sociedade atual.

**Palavras-chave:** Sociologia dos Riscos. Cultura. Globalização. Política. Estado de Direito.

#### Abstract

The purpose of this article is to identify what we call the social paradigm of risk: a sociological basis for understanding the contemporary risks and build a bridge to their theoretical assimilation within the theory of state and constitutional law. Risk has become a key element for the understanding of Constitutional Law, but Law itself does not provide a meaning for risk in contemporary society. Social sciences, on the other hand, have developed various possible frameworks dealing with risk, which, nonetheless, may conflict with each other. Rather than focusing on the differences that create points of conflict between the various theoretical frameworks of risk, this work focus on mapping the consensus points of the approaches developed in the social sciences. In this light, the absence of a homogeneous approach can be seen as an advantage, living up to the multidimensional nature of risk in modern society.

**Keywords:** Sociology of Risk. Culture. Globalization. Politics. Rule of Law.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 09/04/2016, pareceres de análise em 04/07/2016 e 18/07/2016, aprovação comunicada em 19/08/2016.

<sup>2</sup> Professor Universitário - Universidade Vila Velha (UVV-ES) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política e Faculdade de Direito. Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. É Mestre em Direito Público pela UERJ e Bacharel em Direito pela UFBA. Coursou especialização na American University, Washington College of Law. Foi bolsista da Comissão Fulbright e do Departamento de Estado dos EUA (H. Humphrey Fellowship Program). É Juiz Federal na 2ª Região (RJ e ES). Email: <alceu.mauricio@gmail.com>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Conceito e concepções do risco; 3. A dimensão humana dos riscos; 4. A dimensão social dos riscos; 5. A dimensão global dos riscos; 6. A dimensão política dos riscos; 7. A escala epistemológica realista-construtivista do risco; 8. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Ouvimos dizer com frequência que vivemos em uma sociedade de risco. Os riscos assumem um papel importante na sociedade, ao ponto de se afirmar que eles constituem o elemento sobre o qual “as sociedades contemporâneas se questionam, se analisam, buscam seus valores e, talvez, reconheçam seus limites” (EWALD, 2000).

Uma das origens da crescente preocupação com os riscos na sociedade advém das incertezas inerentes às novas tecnologias. A exploração de petróleo em águas profundas, o desenvolvimento de organismos geneticamente modificados, a nanotecnologia, dentre outros marcos do desenvolvimento tecnológico recente são traduzidos como fontes de riscos. Contudo, não somente o novo é fonte de riscos na sociedade. Antigas tecnologias, antes consideradas seguras, são novamente questionadas. A preocupação com terrorismo e criminalidade, além de desastres naturais como furacões, tsunamis e terremotos, e até a alteração do clima no planeta também são reinterpretados sob a ótica do risco. Se praticamente tudo na sociedade contemporânea pode ser um risco, o que, afinal, significa risco?

Por outro lado, os riscos tornam-se, cada vez mais, o objeto de regulação do Estado de direito e de proteção pelo sistema de direitos fundamentais (EWALD, 1986; GIDDENS, 1999; MOSS, 2002; PASCUAL, 2006). A Constituição Federal de 1988, por exemplo, refere-se diretamente à proteção dos cidadãos em face dos riscos no trabalho, dos riscos à saúde e ao meio ambiente, envolvendo, inclusive, atividade financeira do Estado (TORRES, 2000).

O objetivo deste artigo é identificar o que chamamos de paradigma social do risco, ou seja, uma base sociológica que permita compreender o risco e construir uma ponte para sua assimilação teórica no âmbito da teoria do Estado e do direito constitucional. O direito, isoladamente, não permite a construção do significado social do risco. Para o direito, o risco tradicionalmente é apresentado como um fato externo e calculável, seja como um elemento dos contratos de seguro, seja como definidor de

benefícios e contribuições relativos à seguridade social, ou ainda na configuração da responsabilidade civil.

Por outro lado, observam-se nas ciências sociais diversas aproximações teóricas desenvolvidas para a compreensão dos riscos na sociedade contemporânea, as quais, em determinados pontos, são conflitantes e dificultam a descrição de um paradigma no sentido definido por Kuhn (1996). Ao invés de focar nas diferenças que criam pontos de conflitos entre os diversos matizes teóricos do risco, para este trabalho é mais importante navegar entre pontos consensuais que aproximem o direito das abordagens desenvolvidas nas ciências sociais. Para tanto, procuramos agrupar essas compreensões teóricas em dimensões do risco: a dimensão humana, a social, a global e a política. Nesta ótica, a ausência de uma abordagem homogênea pode ser vista como uma vantagem, fazendo jus à natureza multidimensional do risco nas sociedades contemporâneas.

## **2 CONCEITO E CONCEPÇÕES DO RISCO**

Risco está ligado às ideias de perigo, possibilidade, probabilidade, contingência e decisão. Assumir riscos envolve decisão e cálculo sobre uma ação a ser tomada, cujos resultados serão experimentados no futuro e não podem ser perfeitamente determináveis. Os riscos trazem embutida a possibilidade de perda, mas também carregam em si a expectativa de ganho. Partindo dessas ideias, podemos alinhar alguns elementos básicos do risco: resultados que afetam valores humanos, a possibilidade de ocorrência (incerteza), e uma fórmula que combina esses dois elementos em um conceito (RENN, 2008, p. 12).

Risco relaciona-se diretamente ao problema da decisão, no presente, sobre algo que pode acontecer em um futuro incerto. A sociedade moderna experimenta o futuro sob a forma do risco de decisão, e a tomada de decisões, por seu turno, só é possível no presente e somente tem cabimento na medida em que o que vai acontecer é incerto. Daí, como Luhmann anota, que o risco é uma forma de descrição presente do futuro sob o ponto de vista de uma decisão sobre diferentes alternativas. Só há sentido em falarmos de risco quando consequências (no futuro) resultam de decisões (tomadas no presente). O conceito de risco “considera uma diferença temporal, ou seja, a diferença entre um julgamento anterior e um julgamento posterior ao da

ocorrência da perda” (LUHMANN, 1998, p. 67-72), ou, como De Giorgi (1998, p. 197) destaca, o risco “é uma modalidade de relação com o futuro: uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade”.

Talvez não possamos dizer que risco seja um conceito “essencialmente contestado” – como usualmente são considerados os conceitos de justiça, liberdade e democracia –, porém está sujeito a controvérsias. Um conceito “essencialmente contestado”, no sentido originalmente construído por Gallie (1956), qualifica-se por não possuir um uso claramente definido que se possa considerar como correto ou padrão, dada sua carga valorativa, persistindo um desacordo filosófico profundo e assentado. No caso do conceito de risco, sua construção pode ser feita com certo grau de consenso sobre as ideias e elementos que o constituem, mas, a partir desse núcleo, desenvolvem-se diferentes concepções de risco que buscam aprimorá-lo, respondendo às questões básicas levantadas pelo conceito. Nessas diversas concepções é que residem as controvérsias a respeito do risco.

As concepções de risco podem ser posicionadas em uma escala entre dois tipos ideais, ao longo da qual podemos identificar certas posições epistemológicas (LUPTON, 1999). Um destes tipos reflete a visão do conhecimento científico como se fosse composto por fatos objetivos que dariam suporte às decisões sobre os riscos. Risco, segundo esse tipo ideal, seria uma determinada qualidade física das tecnologias modernas, objetivamente quantificável e explicável pela ciência independentemente de valores subjetivos. O segundo tipo ideal, baseado em um argumento social-construtivista, espelha a visão de que os fatos não podem ser separados dos valores no contexto de formulação de políticas relacionadas ao risco. Riscos, por este ponto de vista, seriam socialmente construídos e, portanto, sua identificação e avaliação nunca poderiam ser totalmente objetivas ou isentas de valores (BRADBURY, 1989). Nessa escala, as concepções de risco assumem posições epistemológicas mais realistas ou mais construtivistas, elaborando perguntas mais específicas. Concepções realistas, por exemplo, voltam-se à questão da existência dos riscos e de como as pessoas desenvolvem processos cognitivos relacionados aos riscos. Concepções construtivistas, por outro lado, tentam entender como os discursos sobre risco operam na construção da vida social (LUPTON, 1999, p. 35).

Concepções de risco situadas ao longo da escala realista/construtivista partem do mesmo conceito de risco, mas podem dar ensejo a diferentes significados do risco para o direito, e, conseqüentemente, a justificação de diferentes políticas públicas e formas de atuação do Estado regulatório (BRADBURY, 1989). Em última análise, concepções distintas de risco podem levar a diferentes práticas democráticas e configurações de direitos fundamentais.

### 3 A DIMENSÃO HUMANA DOS RISCOS

Giddens (2002) chama a atenção para um ponto bem interessante: como podemos dizer que o risco assume especial relevância na sociedade contemporânea? A humanidade não foi sempre submetida a riscos os mais diversos? Quando comparamos nossos tempos com a baixa idade média na Europa, por exemplo, em que a vida da maioria das pessoas era encurtada pela fome, por doenças ou morte violenta, não poderíamos dizer que aquela, sim, era uma sociedade de risco?

Certas ideias ligadas ao significado de risco, como incerteza, perigo, medo e fortuna permeiam a história conhecida da civilização ocidental. Os poemas de Homero nos dão um bom exemplo disto. Contudo, há uma diferença entre a forma pela qual os antigos lidavam com o desconhecido e o perigo e o enfoque mais tarde adotado pelos modernos. Para os antigos, o futuro não passava de um capricho dos deuses, um domínio de oráculos e adivinhos, que detinham o monopólio sobre o conhecimento dos eventos vindouros (BERNSTEIN, 1996).

A lógica dos riscos passa a ser o instrumento de redução de complexidade nas decisões somente na virada da idade média para a idade moderna. Antes disso, sequer havia o conceito de risco, como evidenciam, embora sem muita precisão, os registros etimológicos. Giddens (2002) aponta que o termo risco aparece na língua inglesa através do português ou do espanhol, onde era usado em referência à navegação em águas ainda não mapeadas. Bernstein (1996, p. 8) atribui a origem do termo risco à palavra *risicare* do italiano antigo, denotando escolha, e não destino. Luhmann (2006, p. 9) afirma que o termo risco disseminou-se na Europa com o surgimento da imprensa escrita, inicialmente em italiano e espanhol, muito embora o termo latino *risicum* já tivesse sido utilizado anteriormente.

O conceito moderno de risco tem suas raízes no sistema numérico indo-arábico, trazido à Europa por Fibonacci no início do século XIII, que possibilitou o nascimento da ciência das probabilidades. O outro fator é a mudança filosófica e cultural que ocorreu na Europa ao final da idade média – a renascença –, em que as pessoas começaram a se liberar das amarras do passado e desafiar abertamente suas antigas crenças (BERNSTEIN, 1996, p. 28).

Risco, assim, nasce da ideia de empreendimento, do desafio – “quem quer passar além do Bojador, tem que passar além da dor”, escreveu Fernando Pessoa –, mas também da vontade de controlar o futuro, de calcular de forma racional e precisa, e não simplesmente ser deixado à própria sorte.

Aponta-se que uma das primeiras utilizações do conceito de risco surgiu nos contratos de seguros marítimos no final da Idade Média (EWALD, 2000; PERETTI-WATEL, 2001). Os empreendedores precisavam de algum mecanismo que lhes assegurasse o retorno de uma expedição comercial, pois, se o sucesso significava fortuna, o naufrágio era quase sinônimo de ruína. O infortúnio passa a ser compreendido sob a lógica de risco, e não mais através da magia, bruxaria ou religião (LUHMANN, 2006, p. xxviii).

O conceito de risco ficou confinado aos contratos de seguro por um bom tempo, e é somente no século XIX que vai ser associado aos acidentes do trabalho (EWALD, 2000). Com o desenvolvimento tecnológico recente, o tratamento da incerteza não teve mais condições de ser resolvido pelos seguros. A técnica dos seguros necessita de séries históricas de acidentes para a formação de tabelas estatísticas e cálculos de probabilidade e, quando se trata da introdução de uma nova tecnologia, esse passado não está disponível. Surge, assim, o campo para abordagem do risco preocupada com a controlabilidade, segurança e confiabilidade dos sistemas tecnológicos, buscando identificar e eliminar vulnerabilidades nos processos e rotinas para reduzir o risco final a um nível aceitável (ZINN e TAYLOR-GOOPY, 2006).

A tradicional abordagem técnica define o risco como um produto de probabilidades e consequências (magnitude e severidade) de um evento adverso. Esta abordagem, que até recentemente dominou a análise de risco, refletiria a influência dos estudos de engenharia de segurança no surgimento da análise de risco moderna (BRADBURY, 1989). O ponto central da abordagem técnica está na

premissa da calculabilidade dos riscos. O trabalho dos pesquisadores é encontrar e desenvolver rotinas e técnicas que permitam manter os riscos em níveis aceitáveis, através de uma metodologia quantitativa (ZINN e TAYLOR-GOOBY, 2006).

Para os autores que adotam a abordagem técnica do risco, as técnicas analíticas de risco se aproximam da maximização dos benefícios sociais mais do que quaisquer outras. Apesar dessa afirmativa, estes autores reconhecem que a validade dessas técnicas repousa em certo consenso social, e, tratando-se de questões de risco mais controversas, como o uso da energia nuclear, esse consenso só pode ser alcançado através do processo político, e não da análise quantitativa (STARR e WHIPPLE, 1980).

Para Bradbury (1989), A abordagem técnica produz a “reificação” do risco, ou seja, “o risco é tratado como um fato objetivo”, e as análises técnicas representam uma verdade racional e absoluta, baseada em fatores impessoais. Assim, esta concepção de risco não é capaz de dar conta das dimensões inerentes à racionalidade social. Entre as dimensões omitidas estariam, principalmente, a dimensão política – “como proceder em uma democracia quando existe um desacordo ente o que os experts entendem ser mais importante e o que o público demanda de seu governo” – e a dimensão ética – “como fazer aflorar e abordar questões de valores que estão embutidas de forma inerente no julgamento do analista”.

Um passo na direção da ampliação epistemológica da análise dos riscos vem dos estudos psicométricos da percepção dos riscos. O paradigma psicométrico sobre a percepção de riscos e benefícios tecnológicos utiliza “técnicas analíticas para a produção de representações quantitativas ou 'mapas cognitivos' de atitudes e percepções de risco” (SLOVIC, 2000b).

Embora o paradigma psicométrico se utilize de métodos quantitativos, esta abordagem procura ir além da concepção do ser humano como um ente puramente racional. Conforme Slovic, a concepção do homem econômico, que busca a maximização da utilidade, provê apenas uma limitada compreensão do processo mediante o qual as decisões são tomadas. As teorias racionais da escolha são baseadas no “princípio da invariância”, mas as falhas nesse princípio apontadas por pesquisas empíricas têm contribuído para uma nova concepção de julgamento e escolha, na qual “as crenças e preferências são frequentemente construídas – e não

meramente reveladas”, demonstrando uma formidável influência do afeto no processo decisório (SLOVIC, 2000c).

Outra linha de pesquisa desenvolvida através do paradigma psicométrico reflete o papel da confiança nas instituições na percepção de risco dos indivíduos, com reflexos sobre o manejo democrático dos riscos. A confiança, segundo Slovic (2000a), é importante para todas as formas de interação social e humana, porém não vem sendo levada devidamente em consideração no gerenciamento dos riscos. Esta falha epistemológica estaria na raiz de muitas controvérsias entre experts e leigos sobre a análise dos riscos. Experts tendem a categorizar as reações do público como irracionais, mas pesquisas sobre a percepção do risco demonstram que muitas vezes essas reações são fruto de uma modelagem deficiente na avaliação dos riscos tecnológicos. A ausência de participação do público nos processos de avaliação dos riscos gera um déficit democrático e uma quebra de confiança do público em face das corporações e governos. Este quadro, por sua vez, se agrava em razão do princípio da assimetria, segundo o qual é muito mais fácil perder-se confiança do que ganhá-la.

Os estudos psicométricos chamam a atenção para a necessidade de que os afetados pelas decisões de risco sejam ouvidos e traz à tona a questão da comunicação dos riscos. A abordagem da “percepção do risco” revela que para o público em geral os riscos não são um mero produto de probabilidade e magnitude do perigo analisado, como proposto pela abordagem técnica, mas também possuem uma dimensão social e subjetiva (ZINN e TAYLOR-GOUBY, 2006).

#### **4 A DIMENSÃO SOCIAL DOS RISCOS**

A compreensão dos riscos não pode passar ao largo do problema da cultura. Como afirmou Cucho (2002, p. 10), o homem, através da cultura, não só se adapta ao meio, mas também adapta o meio às suas necessidades e projetos: “a cultura torna possível a transformação da natureza”. Por esse motivo, a noção de cultura se revela “o instrumento adequado para acabar com as explicações naturalizantes dos comportamentos humanos”.

A abordagem cultural parte da premissa que risco e tecnologias não existem como entidades independentes do contexto social. Riscos são processos sociais,

avaliados e experimentados por pessoas. Este modelo explicitamente aborda o problema da natureza valorativa das pretensões de conhecimento sobre os riscos, mudando o foco do cálculo probabilístico para as instituições sociais e o contexto cultural em que o risco é analisado e gerenciado. Para a abordagem cultural, as percepções de risco advêm de experiências humanas, porém variam conforme os grupos sociais. As diferentes formas de organização social influenciam a forma pela qual os riscos são percebidos, evitados ou mesmo buscados (BRADBURY, 1989). Risco não é somente a probabilidade de um evento, mas também a provável magnitude de seu resultado compreendida culturalmente. Tudo depende do valor associado a esse resultado, pois essa avaliação não é meramente objetiva, mas uma questão política e moral, dependente do meio cultural. A teoria cultural assume que uma cultura se constitui em um sistema de pessoas que se sustentam e se relacionam através de um esquema que as tornam mutuamente responsáveis. Quando as pessoas tomam decisões sobre riscos, elas o fazem através dos parâmetros de censura e responsabilização inerentes à cultura em que estão inseridos, e não como indivíduos isolados. Daí a futilidade, segundo Douglas (1994, p. 31), de estudar a percepção de riscos sem “sistematicamente levar em conta os preconceitos culturais”.

Outro ponto de interesse para a abordagem cultural está na relação entre risco e culpa. Em diversos grupos culturais, acidentes e desastres são absorvidos através da atribuição de culpa a uma pessoa ou grupo. A culpa pode recair sobre um indivíduo da coletividade que não segue os padrões morais, religiosos ou os tabus; pode ser atribuída à obra de adversários internos, ou ainda a um inimigo externo. Com a ideia de racionalidade individual que permeia a teorização da sociedade industrial moderna, tentamos nos separar das sociedades pré-industriais pelo conhecimento: aquelas sociedades, por ignorância, recorriam a tabus; nossa sociedade seria capaz de dominar a tecnologia e o conhecimento, produzindo explicações científicas para os desastres. Todavia, quando a tecnologia passa também a ser vista como uma fonte de perigo, o conhecimento científico se politiza. Desenvolve-se uma nova preocupação com os riscos, e, sob a bandeira da redução e prevenção de riscos, um novo sistema de culpa se estabelece (DOUGLAS, 1994).

Segundo a teoria cultural, o modelo de análise tradicional de risco, que se resume epistemologicamente à cognição do indivíduo, não dá conta dos problemas de intersubjetividade, construção de consensos ou influências sociais sobre as

decisões. Qualquer tentativa de imaginar uma sociedade em que o discurso sobre o risco não é politizado seria inocente, assim como é inocente a busca pela pretensa neutralidade dos experts. Na busca de corrigir as falhas do modelo tradicional de análise de risco, a teoria cultural se volta a problemas como o da explicação da preocupação contemporânea com os riscos. Esse fenômeno pode ser parcialmente explicado pela revolta do público contra as grandes corporações. O progressivo processo de globalização também é apontado como uma das causas dessa preocupação com os riscos. A evolução do pertencimento a uma comunidade local para o pertencimento a um Estado nacional, e daí para uma sociedade globalizada, provoca uma liberação do indivíduo de constrangimentos morais, porém essa liberação também expõe o indivíduo, fazendo-o sentir-se vulnerável. Juntamente com esses fenômenos, os perigos passam a ser apresentados na linguagem da probabilidade e traduzidos no discurso do risco (DOUGLAS, 1994).

Entre as principais contribuições dos teóricos da abordagem cultural, segundo Bradbury (1989), está a noção de que critérios meramente técnicos são insuficientes para a valoração dos riscos. Os riscos em si são carregados de valores e seu gerenciamento deve levar em conta as diferentes racionalidades e pretensões, enfatizando o papel da participação construtivista dos potencialmente interessados nas políticas regulatórias. Nessa linha de pesquisa, sugere-se, por exemplo, o estudo da relação entre risco e temporalidade, ou como as expectativas sobre os riscos podem ser influenciados pela noção de temporalidade. Ou, ainda, como a percepção do risco pode ser influenciada em razão do grau de individualismo em uma determinada sociedade em um determinado momento.

Além da abordagem cultural, outra corrente que busca compreender a dimensão social do risco é a teoria da sociedade de risco, capitaneada por Ulrich Beck. Sob o contexto do maior acidente nuclear da história, em Chernobyl, Beck (1992) publica sua obra *Sociedade de Risco (Risikogesellschaft)*, procurando dar uma resposta à percepção de que existia uma ruptura no projeto da modernidade, que se liberta do modelo clássico de sociedade industrial. Permeia o livro a ideia de que “assim como a modernização dissolveu a estrutura da sociedade feudal no século dezanove e produziu a sociedade industrial, a modernização hoje está dissolvendo a sociedade industrial e uma nova modernidade está se formando”.

Beck aponta inicialmente para uma mudança de paradigma na lógica da distribuição. Segundo Beck (1992), o conceito de sociedade industrial ou sociedade de classes, no sentido atribuído por Marx e Weber, girava em torno da questão de como a riqueza produzida na sociedade poderia ser distribuída de forma igualitária e legítima. Na modernidade avançada, a questão muda seu foco, pois a produção de riqueza é sistematicamente acompanhada da produção de riscos; o problema agora seria como esses riscos poderiam ser prevenidos, minimizados e canalizados. Essa mudança na lógica de distribuição de riqueza na sociedade da escassez para uma lógica de distribuição de riscos na modernidade tardia estaria conectada historicamente a duas condições: primeiramente, as necessidades materiais genuínas podem ser objetivamente reduzidas e socialmente isoladas através do desenvolvimento da tecnologia produtiva; em segundo lugar, o fato de que o crescimento exponencial da produção e da tecnologia liberou riscos em uma proporção nunca antes vista impõe uma mudança categórica. A modernidade – que no paradigma da sociedade industrial preocupava-se em tornar a natureza útil, libertando a humanidade das amarras da tradição – torna-se reflexiva na sociedade de risco. Nos Estados de bem-estar ocidentais, o processo de modernização começa a perder sua legitimidade, pois, com a luta pela escassez relativamente resolvida, as pessoas não estão mais dispostas a aceitar os efeitos secundários desse processo sem questionamentos. Por outro lado, apesar de a humanidade conviver com a noção de risco pelo menos desde a era dos grandes descobrimentos, os riscos deixam de ser meramente pessoais e alcançam um nível global. Os riscos deixam de ser simplesmente capturáveis pelos sentidos e passam à esfera das fórmulas químicas. Os riscos agora são fruto do próprio processo de modernização, e, por isso, estão diretamente ligados ao conceito de modernização reflexiva: “risco pode ser definido como um modo sistemático de lidar com os perigos e inseguranças introduzidas pela própria modernidade” (BECK, 1992, p. 20-21).

Na modernidade tardia, não é possível proteger-se satisfatoriamente dos riscos através de seguros; os riscos já não são mais calculáveis. Os riscos se tornam invisíveis, existindo em termos do conhecimento a respeito deles, abrindo-se, portanto, para a definição e construção social do seu conteúdo. Com isso, o conhecimento ganha uma nova significância política. Mas ao mesmo tempo em que a sociedade se torna cada vez mais dependente do conhecimento sobre os riscos, sua

construção social rompe o monopólio da ciência sobre a racionalidade. Começam a surgir pluralidades de pretensões de conhecimento e definições de risco, muitas vezes moldadas pelos interesses das partes envolvidas (BECK, 1992, p. 22-28).

A ciência “perde a verdade” – ela perde a “bênção da razão”. A ciência recua de uma pretensão de explicar as coisas para a formulação de hipóteses. A realidade sublimou-se em dados que são produzidos: os fatos nada mais são do que as respostas para as perguntas formuladas, que poderiam ter sido perguntadas de outro modo. Internamente, a ciência recuou de “tomar decisões”; externamente, os riscos proliferam (BECK, 1992, p. 166).

Apesar de críticas oriundas da análise tradicional dos riscos, como, por exemplo, Campbell e Currie (2006), bem como de críticas de posições mais construtivistas analisadas em outras seções deste artigo, a teoria da sociedade de risco lança uma série de novos desafios ao constitucionalismo contemporâneo. Como Giddens (1999) postula, se a natureza mutável da ciência se manteve por longo tempo isolada do público, hoje convivemos com teorias concorrentes para tomarmos decisões sobre questões básicas de nosso dia-a-dia, e não sabemos nem temos como saber qual seria a correta. Quando ampliamos esse problema da órbita do indivíduo para a sociedade, as questões se tornam ainda mais complexas, porque o que está em jogo não é somente qual a melhor decisão a ser tomada, mas também quem – e como – tomará essa decisão. Decerto, surgem problemas com os atuais modelos de democracia representativa (HISKES, 1998) e com a legitimação racional das burocracias especializadas no modelo de Weber (1978), já que estas exercem verdadeiro poder do Estado (JASANOFF, 1994).

Outra forma de compreender os riscos na sociedade é fornecida por Niklas Luhman, especialmente através dos conceitos de complexidade e contingência. A contingência é atributo definidor da sociedade moderna, caracterizando-se por uma dupla negação: algo que nem é necessidade nem impossibilidade (LUHMANN, 1998, p. 44-49).

Luhmann diagnostica a crescente preocupação – e quase fixação – da sociedade contemporânea com os riscos e procura construir uma tese de que este fenômeno está ligado ao problema das decisões sobre os eventos futuros, ligando o conceito de risco a outras categorias de seu quadro teórico, tais como contingência, observações de segunda ordem e comunicações sistêmicas. Nessa empreitada, a

primeira preocupação de Luhmann é apresentar uma definição mais precisa de risco, voltando-se inicialmente para a conceituação desenvolvida no cálculo probabilístico e na ciência econômica. Luhmann observa que essas concepções de risco são baseadas em um modelo do ser humano como um agente que calcula racionalmente para escolher a melhor opção entre várias condutas possíveis, mas esse paradigma vem sendo questionado duramente pela psicologia e pela psicologia social, que sustentam que os riscos não são calculados quantitativamente, “ou pelo menos não do jeito que a teoria convencional da decisão propõe”. Luhmann questiona a utilidade de teorias do risco que determinam seu conceito em termos de mero cálculo quantitativo, mas também alerta que a avaliação do risco e a propensão a aceitá-lo não se constituem problemas psicológicos somente, mas acima de tudo problemas sociológicos. Para Luhmann, é importante levantar as questões de quem ou o quê decide se um risco deve ser levado em conta ou não. Aos problemas de percepção e avaliação do risco agora soma-se a questão da seleção dos riscos que devem ser considerados ou ignorados (LUHMANN, 2006).

Estes desdobramentos levam ao ponto central da concepção de risco em Luhmann, que é a decisão. Os métodos racionalistas tradicionais falham não porque deixam de enxergar certos problemas ligados ao risco, mas porque não têm condições de observá-los; para tanto, é necessário trazer a teoria para um nível de observações de segunda ordem. O risco, como fenômeno, deve ser compreendido em uma relação de contingência, isto é, algo que poderia ser evitado através de uma decisão. A questão se volta ao problema da decisão. O que pode ocorrer no futuro está sempre ligado às decisões feitas no presente e só podemos falar de risco se houver a possibilidade de identificar uma decisão sem a qual a perda não teria ocorrido. Luhmann expõe a distinção entre risco e perigo, esclarecendo que este último não é visto como resultado de uma escolha, mas atribuído a um fator externo. Risco, por outro lado, estaria sempre atribuído a uma decisão, como a possível consequência de uma escolha entre diversas oportunidades (LUHMANN, 2006).

Tal distinção expõe claramente a opção de Luhmann de compreender o risco como um fenômeno comunicativo, já que objetivamente um mesmo fato pode ser percebido simultaneamente como risco e como perigo. Segundo Pidgeon, Kasperon & Slovic (2003, p. 15), os “eventos de risco” no marco teórico de Luhmann poderão ser largamente considerados irrelevantes ou localizados a não ser que seres humanos

os observem e comuniquem esses riscos a outras pessoas: “a experiência de risco, portanto, não é somente uma experiência de dano físico, mas o resultado de processos pelos quais grupos e indivíduos aprendem a adquirir ou criar interpretações de risco”.

A dinâmica entre risco e perigo torna-se relevante quando surge a necessidade de regular as relações entre os tomadores de decisões e os afetados por essas decisões. Na ótica dos primeiros, as consequências das ações se manifestam como riscos, pois são resultados de decisões. Já quanto aos afetados pelas decisões – mas que não tomaram parte delas – as consequências são perigo. Para Luhmann, essa peculiaridade exige da sociedade maior atenção e simpatia com relação aos atingidos por decisões de que não participaram, pois enquanto frente aos riscos pode-se admitir uma dose de auto-regulação racional, a posição dos atingidos por decisões alheias deve ser protegida pelo direito. Não obstante, a complexidade da sociedade contemporânea não permite que todos tomem parte de todas as decisões; haverá sempre um razoável número de pessoas que serão atingidas por decisões de outras pessoas e organizações. Além disso, o grau de envolvimento dos afetados será objeto de construção social, definindo caso a caso as fronteiras e o equacionamento do dualismo entre tomadores de decisões e afetados (LUHMANN, 2006).

A partir do quadro teórico de Luhmann, podemos encontrar linhas de pesquisa como a de De Giorgi. Tomando o termo risco como a “a probabilidade de que se verifique um dano futuro que outra ação teria podido evitar”, De Giorgi postula que “o risco descreve uma condição estrutural da ação dos sistemas da sociedade moderna”. Frente aos riscos não funcionam modelos da racionalidade ou da escolha racional. Por outro lado, a análise do risco no modelo proposto por De Giorgi permitiria observar como os sistemas sociais tentam absorver a incerteza. O risco é um vínculo com o futuro, e, nesta ótica, ele impõe um limite ao direito. A alternativa ao risco não é a segurança, mas outro risco, e o direito não dá conta de juridicizá-lo completamente (DE GIORGI, 1998).

De Giorgi diagnostica um esgotamento das grandes descrições da sociedade. Na complexa sociedade contemporânea, essas auto-descrições buscavam criar esquemas de simplificação que conferissem previsibilidade e plausibilidade às decisões. A estabilização de expectativas também era alcançada através de distinções caracterizadas por valores positivos e negativos – de um lado, excluídos,

terceiro mundo, países em desenvolvimento, guerra; de outro lado, o capitalismo, o Norte, a burguesia, a democracia e o direito. Da tensão derivada dessas distinções reforçava-se a expectativa de normalidade, além da qual se entrava no campo de desvio. Na busca da segurança, recorria-se à calculabilidade, estabilizando-se um princípio de racionalidade. Todavia, segundo De Giorgi, essa auto-descrição da sociedade se esgotou e, com ela, o potencial descritivo das distinções. A sociedade contemporânea convive com o paradoxo da contingência. Da sua grande capacidade de controlar indeterminações surgem outras indeterminações. O agir para garantir proteção e segurança cria novas formas de insegurança: “percebe-se que toda decisão também poderia ter sido tomada de maneira diversa: percebe-se, então, que a decisão é contingente”. Convivem, ao mesmo tempo, mais desigualdade e mais igualdade, mais democracia e menos democracia, mais riqueza e mais pobreza, e, paradoxalmente, “na sociedade contemporânea, há mais pobreza, exatamente porque há mais riqueza, há insegurança por que há mais segurança, etc.” Risco é “uma modalidade de relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade”. O risco se traduz em uma condição estrutural de auto-reprodução para os sistemas diferenciados da sociedade moderna (DE GIORGI, 1998).

Outra corrente de pesquisa social do risco pode ser ainda derivada dos estudos sobre governamentalidade (FOUCAULT, 1991, 2008). Embora Foucault não tenha se dedicado especificamente sobre a temática dos riscos, sua abordagem do controle da sociedade através do rótulo da governamentalidade inspirou vários outros pesquisadores (LUPTON, 1999).

A percepção da problemática da população, proporcionada pelo avanço da técnica da estatística, provocará o que Foucault chama de “desbloqueio da arte de governar”. A estatística mostra que a população tem suas regularidades próprias que são irredutíveis aos fenômenos da família (grandes epidemias, o trabalho, a riqueza). A população torna-se o fim e o instrumento do governo: “sujeito de necessidades e aspirações, mas também como objeto nas mãos do governo”. Foucault não quer dizer com isso que os problemas da soberania e da disciplina tenham desaparecido. Estes problemas persistem e se tornam agudos, formando um triângulo com a gestão governamental. O que este autor procura destacar é o movimento “que faz a população aparecer como um dado, como um campo de intervenção, como a

finalidade das técnicas de governo” (FOUCAULT, 2008). Daí vem o conceito de governamentalidade:

Por esta palavra, “governamentalidade”, entendo o conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento teórico essencial os dispositivos de segurança (FOUCAULT, 2008).

No quadro teórico da governamentalidade, risco e segurança são compreendidos como elementos de poder e dominação, configurando estratégias de governo. Riscos representam meios específicos de apreensão e controle da realidade, não resultando diretamente de fatos objetivos. A objetivação dos riscos promovidas por certas abordagens econômicas e psicológicas é interpretada, segundo o enfoque da governamentalidade, como um programa normativo social ligado à ascensão de estilos neoliberais de governo (ZINN e TAYLOR-GOOBY, 2006).

Partindo do quadro teórico da governamentalidade, e através da investigação do “seguro”, Ewald procura demonstrar o papel do risco nas sociedades contemporâneas. Segundo Ewald, “seguro” é um termo carregado de equivocidade, podendo significar tanto as instituições de seguro – aí incluídas as companhias privadas de seguro, os fundos mútuos ou esquemas de seguridade social – como também uma tecnologia abstrata, baseada na estatística, nas ciências atuárias e combinatórias. Haveria, no entanto, um terceiro significado, que Ewald chama de “forma de seguro” (*insurance form*). Neste terceiro significado, a atenção se volta ao problema de por que em certos momentos as instituições de seguros tomam uma forma ao invés de outra, e por que utilizam uma determinada técnica de risco. A forma particular de tecnologia de seguro que se toma em uma dada instituição em um dado momento depende do que Ewald denomina “imaginário securatório” (*insurantal imaginary*), como, por exemplo, no nascimento da seguridade social ao final do século XIX (EWALD, 1991).

O seguro, para Ewald, pode ser definido como tecnologia do risco. A teoria do seguro e sua compreensão jurídica estão baseadas na noção de risco. Risco é um neologismo do seguro e não possui um significado preciso fora dessa tecnologia, associando-se à linguagem corrente à ideia de perigo ou eventos danosos. Para o seguro, risco é um tratamento específico de determinados eventos capazes de ocorrer a certo grupo de indivíduos. Nesta perspectiva, “nada é um risco em si mesmo” e “não

há risco na realidade”, ao mesmo tempo em que “qualquer coisa pode ser um risco”. Risco é uma “categoria de compreensão”, um “esquema de racionalidade”. O seguro, então, não é uma prática de compensação e reparação, mas a prática de um certo tipo de racionalidade formalizada por cálculos de probabilidades. O segurador não se limita a identificar riscos; ele “produz riscos”, “faz riscos aparecerem” (EWALD, 1991).

Sob o significado do seguro, risco teria, conforme Ewald, três grandes características. Em primeiro lugar, o risco é calculável, baseado em uma probabilidade objetiva de um acidente. Em segundo lugar, o risco é coletivo. Acidentes e infortúnios ocorrem individualmente, mas o risco se torna algo calculável quando recai sobre uma população, ou seja, o risco é uma característica de uma dada população. Em contrapartida, o pertencimento a uma dada população equaliza os indivíduos em termos de riscos: “cada pessoa é um fator de risco, cada pessoa está exposta a riscos”. A característica de coletividade do risco dá um tom especial às mutualidades geradas pelos seguros. Enquanto as mutualidades da família, da corporação, da comunidade ou do sindicato são qualitativas (moralizam, educam, conscientizam), as mutualidades do seguro são abstratas, deixando as pessoas livres para gozar as vantagens da associação enquanto mantêm sua existência como indivíduos: “o seguro provê uma forma de associação que combina um máximo de socialização com um máximo de individualização”. Por fim, risco seria um capital, pois o que se garante não é ausência do dano ou do infortúnio, mas uma compensação financeira à pessoa segurada. O risco, com isso, pode se tornar uma fonte de lucro e de especulação. A estas características adiciona-se um elemento essencial, que é a justiça. O seguro não somente distribui o ônus de danos individuais sobre um grupo. Mais do que isto, ele efetua essa distribuição por um princípio de justiça, uma regra de direito, e não por caridade. O seguro troca a ideia de causa – presente nas ações judiciais de responsabilidade civil – pela noção de justiça distributiva, uma ideia de justiça social de redistribuição dos encargos (EWALD, 1991).

Para Ewald, o seguro, como prática de um certo tipo de racionalidade, provê princípios para a objetificação de coisas, pessoas e suas relações, possuindo dimensões econômicas, morais e reparatórias. Estas dimensões tornam o seguro uma “tecnologia política” que contribui substancialmente em direção a uma “solidarização de interesses”. Sob a “filosofia do risco”, a sociedade se torna o árbitro de seu futuro, acentuando-se o processo de laicização através da liberação do destino social do

controle de uma figura divina. O seguro passa a ser social não apenas porque novos riscos começam a ser garantidos, mas também porque as sociedades passaram a se analisar através de uma tecnologia do risco. Nesta racionalidade do risco, surge um novo papel para o Estado, pois o seguro pode contribuir para tornar o contrato social mais do que um mito e permitir visualizar o problema da pobreza e da insegurança da classe trabalhadora. Com o seguro social, o Estado concretiza o ideal laico de solidariedade da Revolução Francesa, ao mesmo tempo em que justifica a continuidade de sua própria existência (EWALD, 1991).

Não obstante a visão um tanto otimista de Ewald sobre o papel da racionalidade do risco no seguro social estatal, estudos como o de Castel apresentam o monitoramento do risco nas populações como uma nova forma de vigilância. Castel, ao analisar a transição do conceito de periculosidade para o conceito de risco na medicina psiquiátrica norte-americana, diagnostica novas formas de controle populacional nas sociedades “neoliberais” através do rótulo “prevenção de riscos” (CASTEL, 1991).

Os estudos do risco através do quadro da governamentalidade chamam a atenção para problemas não abordados na tese da “sociedade de risco” de Beck e Giddens. Os desafios contemporâneos do risco vão além da sua menor calculabilidade e da globalização. Os estudos sobre a governamentalidade apontam que os riscos também se apresentam como uma nova racionalidade e uma técnica de controle da população e de distribuições dos encargos e riquezas sociais no Estado (LUPTON, 1999).

## 5 A DIMENSÃO GLOBAL DOS RISCOS

Na teoria do risco de Beck, a globalização tem reservado um papel significativo. Beck faz uma interessante distinção entre globalismo, globalização e globalidade. Por globalismo se entende “a visão de que o mercado mundial elimina ou suplanta a ação política – ou seja, o controle pelo mercado global, a ideologia do neoliberalismo”. O globalismo procura reduzir a complexidade multidimensional da globalização (ecologia, cultura, política, sociedade civil) em uma simples dimensão econômica, como se todo esse processo estivesse limitado aos mercados globais livres. Globalidade significa que “temos vivido em uma sociedade mundial por um longo tempo”, tornando-se ilusória a noção de espaços fechados. Globalidade

também implica que de daqui em diante nada neste planeta está limitado a um efeito simplesmente local. Qualquer invenção, descoberta ou catástrofe terá efeitos por todo o planeta, tornando necessário orientar nossas ações, organizações e instituições em um eixo “local-global”. Globalização, por seu turno, significa “os processos através dos quais estados nacionais soberanos são atravessados e enfraquecidos por atores transnacionais com variados esquemas de poder, orientação, identidades e ligações”. Diferentemente da primeira modernidade, na segunda modernidade a globalidade não pode ser revertida. Esta irreversibilidade encontra explicação em oito causas: a expansão e densificação do comércio internacional, com redes globais de mercados financeiros e corporações transnacionais; a contínua revolução das comunicações; as demandas universais por direitos humanos e democracia; a indústria cultural global; a emergência de uma política pós-nacional e policêntrica, em que atores transnacionais crescem em poder frente aos governos; a questão da pobreza mundial; o problema da destruição ambiental global; e os conflitos transculturais (BECK, 2000).

Assumindo a ideia de globalidade, a sociedade de risco torna-se necessariamente uma sociedade de risco global. Os desafios e perigos produzidos pela civilização não são passíveis de delimitação no tempo e no espaço (BECK, 1999). A sociedade de risco global, para Beck, vem até o momento se desenvolvendo através de quatro grandes atos. O primeiro grande ato foi Chernobyl; o segundo, a ameaça de uma catástrofe climática; o terceiro, os ataques terroristas de 11 de setembro; o quarto, os riscos financeiros globais expostos pela crise deflagrada em 2008. Entre eles, há muitas semelhanças, pois “frente aos riscos globais, os métodos tradicionais de controle e contenção resultam ineficazes”, além do que é “manifesto o potencial destrutivo no social e no político dos riscos que se entranham no mercado global” (BECK, 2008).

## 6 A DIMENSÃO POLÍTICA DOS RISCOS

De acordo com Beck (1992), as sociedades atuais são “politicamente reflexivas”. Na sociedade de risco, “o conceito, o lugar e o medium” da política vão ser alterados. O diagnóstico da alteração da política na sociedade de risco, segundo Beck, está assentado em quatro teses. A primeira se baseia no modelo de “cidadão dividido”, concebido no projeto de sociedade industrial. Segundo esse modelo, por um lado o

cidadão atuaria como *citoyen*, exercendo seus direitos de participação nas arenas de formação de vontade política, e, por outro lado, como *bourgeois*, defendendo seus interesses particulares nas relações de trabalho e econômicas. Com isso, provoca-se uma diferenciação entre os sistemas político-econômico e o tecno-econômico. Na esfera política, o princípio axial é a participação dos cidadãos em instituições da democracia representativa (partidos, parlamentos etc.), enquanto a ação do *bourgeois* na esfera tecno-econômica é considerada “não-política”.

Como os benefícios da inovação tecnológica superavam eventuais problemas, esse processo foi excluído da política normal e deixado à discricionariedade dos desenvolvimentos empresariais e científicos. Assim, apenas uma parte das decisões com impactos sobre a sociedade é colocada sob o escrutínio do processo democrático. Com a globalização, esses dois sistemas começam a se interpenetrar e a se condicionar mutuamente. Dessa constatação surge a segunda tese, pela qual os conceitos de político e não-político perdem sua nitidez e demandam revisão. Em terceiro lugar, a ação tecno-científica passa a se situar em um campo intermediário entre a política e a não política, ou como Beck denomina, um campo de “sub-política”, adquirindo uma nova dimensão moral e política em razão do aumento do escopo de seu potencial de mudança e criação de perigo. Por fim, com o desenvolvimento do Estado de bem-estar e o aumento do intervencionismo estatal, bem como o aumento dos riscos produzidos pela industrialização e as inovações tecnológicas, ocorre uma reversão entre os papéis do político e do não-político. Como a constituição política não se altera, o sistema político se vê como condutor de um processo de desenvolvimento que não planejou e para o qual não estava preparado, enquanto o sistema científico e empresarial recebe uma carga política sem ter legitimação para tanto. O resultado é que decisões com grande impacto para a sociedade se tornam anônimas e não-publicizadas (BECK, 1992, p. 183-187).

## 7 A ESCALA EPISTEMOLÓGICA REALISTA-CONSTRUTIVISTA DO RISCO

Nas teorias do risco apresentadas neste artigo, segundo quadro elaborado por Lupton (1999), é possível identificar, um continuum de posições epistemológicas, variando de modelos realistas a construtivistas fortes. A cada posição epistemológica haveria correspondentes abordagens teóricas e questões relevantes.

No início da escala epistemológica se encontra a posição realista. Para esta posição epistemológica, risco é um perigo (*hazard, threat, danger*) objetivo que existe e pode ser aferido independentemente de processos culturais e sociais. Em um ponto intermediário da escala encontramos a posição construtivista fraca. Para esta posição, risco também é um perigo objetivo, porém é inevitavelmente mediado através de processos culturais e sociais e jamais pode ser conhecido isoladamente a esses processos. Podem ser considerados construtivistas fracos os enfoques da teoria da sociedade de risco, o estruturalismo crítico e alguns enfoques psicológicos. Neste grupo teórico, identificam-se, como questões-chave, o relacionamento entre risco e as estruturas e processos da modernidade tardia e a forma como o risco é entendido em diferentes contextos socioculturais. Ainda na posição construtivista fraca, Lupton (1999) enquadra as perspectivas no campo “cultural/simbólico”, bem como os estudos no campo do estruturalismo funcional, da psicanálise e da fenomenologia. Para este grupo, as questões-chave ligadas ao risco seriam o motivo por que alguns perigos são selecionados como riscos e outros não são, de que forma o risco opera como fronteira simbólica, qual é a psicodinâmica de nossas respostas ao risco e qual é o contexto situado do risco. No outro extremo da escala epistemológica se encontra a posição construtivista forte, para a qual nada é um risco em si mesmo. Nesta posição, o risco é compreendido como um produto de pontos de vista histórico-social-politicamente contingentes. As perspectivas pós-estruturalistas, e em especial os estudos na linha da “governamentalidade” poderiam ser considerados construtivistas fortes, associando-se à questão-chave de como os discursos e práticas em torno do risco operam na construção da subjetividade e vida social.

A escala realismo-construtivismo é interessante porque permite a identificação dos principais problemas enfocados pelas diversas teorias do risco, muito embora, como Lupton (1999) reconhece, a formulação de tais esquemas pode gerar simplificação excessiva. Ademais, é preciso levar em conta a fluidez da distinção realismo-construtivismo quando temos em mente posições intermediárias como a da teoria da sociedade de risco.

Especificamente quanto este debate, Beck (1999) ressaltou a natureza mista da teoria da sociedade de risco global, que poderia tanto ser amparada por uma visão realista, quanto por uma visão construtivista. No lado realista, a teoria da sociedade de risco global se ampara em dados históricos concretos, como o desastre de

Chernobyl, a destruição da camada de ozônio, os ataques terroristas e as crises financeiras globais. Falar de uma sociedade de risco nesta perspectiva, para Beck, reflete a socialização global devida aos perigos criados pela própria civilização. No entanto, é preciso reconhecer que boa parte do discurso ecológico e da percepção pública do risco é construída socialmente, sendo relevante o papel das mídias de massa e dos novos atores e redes globais.

De qualquer modo, para Beck, realistas e construtivistas chegam a diagnósticos parecidos, destacando a proeminência dos riscos na sociedade. Seria uma resposta ingênua considerar que as visões construtivistas e realistas são mutuamente exclusivas. Entrincheirar-se em uma posição em que natureza e realidade simplesmente existem como tal ou em uma posição em que tudo é construído não viabilizará o entendimento do potencial interpretativo de um “realismo reflexivo”, que investiga como auto-evidências são produzidas e interpretações alternativas são trancadas em caixas-pretas, transformando em realidade a ideia de que “a realidade constrói” (BECK, 1999, p. 25-26).

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UM MODELO TEÓRICO DO RISCO PARA O ESTADO DE DIREITO**

Após a apresentação diversos enfoques teóricos sobre o risco – alguns certamente concorrentes e excludentes entre si – voltamos inevitavelmente à questão básica: qual o modelo mais apropriado para abordar o problema do risco no Estado de direito?

Como alguns autores advertem, parecem inadequadas as tentativas de explicar o fenômeno do risco através de apenas uma das disciplinas das ciências sociais, porém as tentativas de combinar diferentes abordagens sociais do risco podem resultar em deficiência metodológica e falta de previsibilidade.<sup>3</sup> Este, sem trocadilhos, é o risco da transdisciplinaridade.

Os riscos contemporâneos se revelam como um fenômeno relacionado a várias áreas do conhecimento – estatística, atuária, economia, psicologia, sociologia, antropologia – e, enfim, à teoria do Estado do direito constitucional. Se o direito precisa

<sup>3</sup> Neste sentido, Zinn e Taylor-Gooby (2006).

lidar com os riscos contemporâneos, ele não pode se furtar ao diálogo com o complexo arcabouço epistemológico do risco.

O próprio diálogo entre os pesquisadores do risco confirma a suspeita de que um purismo teórico radical não é indicado. Observe-se que, nos trabalhos mais recentes, Ewald faz referência à Beck (EWALD, 1999, 2000), assim como Beck busca suporte nos estudos sobre risco de Ewald, Douglas, e até de Luhmann (BECK, 1999, 2009).

Em defesa de um marco teórico plural, destaca-se que as perspectivas socioculturais, construtivistas fortes ou fracas, possuem vários pontos em comum. Estas abordagens compartilham as premissas de que o risco se tornou um conceito cada vez mais onipresente nas sociedades ocidentais e de que o risco se tornou um conceito político e cultural central pelo qual indivíduos, grupos sociais e instituições são organizados, monitorados e regulados. As correntes socioculturais compartilham, ou pelo menos não rejeitam, que o risco é um aspecto central da subjetividade humana, que o risco é visto como algo que pode ser gerenciado através da intervenção humana, e que o risco é associado com as noções de escolha, responsabilidade e culpa. O risco não pode ser plenamente conhecível ou objetivável fora de um sistema de crenças e posições morais – o que mensuramos, gerenciamos e identificamos como riscos são sempre constituídos via conhecimentos e discursos preexistentes. O conhecimento sobre risco está bitolado por contextos socioculturais, e o conhecimento científico ou qualquer outro conhecimento nunca é livre de valores, mas, ao contrário, é sempre um produto do ponto de vista de uma determinada comunidade. Também parece ser consenso que o julgamento dos experts não é neutro, livre de preconceitos ou objetivo, mas é igualmente construído através de processos culturais e sociais implícitos como os julgamentos dos leigos.

Com base nesses pontos de consenso, podemos tentar traçar o paradigma social do risco através de alguns postulados. Em primeiro lugar, os riscos são humanos. Os riscos contemporâneos são duplamente humanos, porque não só existem em face de uma ideia criada pelo ser humano para lidar com os desafios da natureza e da incerteza a respeito do futuro, mas também porque, dessa ideia, e das ações tomadas para concretizá-la, surgem novos riscos, os riscos tecnológicos. Os riscos também são humanos porque são percebidos, comunicados, avaliados e gerenciados por seres humanos, com suas racionalidades e irracionalidades, e não por máquinas desprovidas de emoções e afetos.

Os riscos são sociais. A percepção, avaliação e comunicação do risco são processos sociais, que podem ser amplificados ou reduzidos conforme o meio cultural e social. A sociedade cria riscos e reage em face deles sinergeticamente, e não apenas como o somatório das visões e reações individuais. Os riscos também são sociais porque se encontram na base da distribuição dos encargos e benefícios sociais. A solidariedade, no paradigma do risco, tende a ser construída como a justa distribuição da segurança, seja esta alimentar, do trabalho, do meio ambiente, ou da integridade física.

Os riscos são globais. Os riscos contemporâneos tendem a alcançar uma dimensão global, não se restringindo geograficamente. A abertura de mercados financeiros internacionais, a ameaça terrorista, as pandemias e o desenvolvimento de novas tecnologias são exemplos de que os riscos podem atingir uma escala mundial, alcançando diferentes pontos do planeta em questão de dias, ou mesmo de horas. A globalidade dos riscos projeta os problemas da sociedade para um nível mundial, abrindo o campo para novas instituições e atores globais.

Os riscos são políticos. Os riscos tecnológicos colocaram em xeque o poder legitimador da ciência. Os riscos já não são apenas um objeto quantificável, mas o produto de decisões. Experts, corporações e entidades regulatórias baseadas exclusivamente na técnica são vistos com desconfiança. A definição dos riscos aceitáveis torna-se política, exigindo a participação dos potencialmente afetados pelas decisões. O gerenciamento dos riscos passa a demandar legitimação democrática.

Sobre estas bases, podemos então começar a repensar o significado do risco na Constituição e na configuração dos direitos fundamentais.

## 9 REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **De la fe en el mercado a la fe en el Estado**. El País, 15 Abr 2008. Disponível em: <[http://elpais.com/diario/2008/04/15/opinion/1208210411\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2008/04/15/opinion/1208210411_850215.html)>. Acesso em: 16 mar. 2016.

BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. London: Sage, 1992.

BECK, Ulrich. **What is globalization?** Cambridge: Polity, 2000.

BECK, Ulrich. **World at risk**. Cambridge: Polity, 2009.

BECK, Ulrich. **World risk society**. Cambridge: Polity, 1999.

- BERNSTEIN, Peter L. **Against the gods: the remarkable story of risk.** New York: Wiley, 1996.
- BRADBURY, Judith. **The policy implications of differing concepts of risk.** Science Technology & Human Values, v. 14, n. 4, p. 380-399, 1989.
- CAMPBELL, Scott e CURRIE, Greg. **Against Beck: in defence of risk analysis.** Philosophy of Social Sciences, v. 6, n. 2, p. 149-172, 2006.
- CASTEL, Robert. From dangerousness to risk. BURCHELL, G.; GORDON, C.; MILLER, P. (Org.). **The Foucault effect: studies in governmentality.** Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 281-298.
- CUCHE, Dennys. **A noção de cultura nas ciências sociais.** Tradução V. Ribeiro. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2002.
- DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro.** Tradução Juliana N. Magalhães; Menelick De Carvalho Netto. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- DOUGLAS, Mary. **Risk and blame: essays in cultural theory.** London: Routledge, 1994.
- EWALD, François. Insurance and risk. BURCHELL, G.; GORDON, C.; MILLER, P. (Org.). **The Foucault effect: studies in governmentality.** Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 197-210.
- EWALD, François. **L'Etat providence.** Paris: Grasset, 1986.
- EWALD, François. Risk in contemporary society. **Connecticut Insurance Law Journal**, v. 6, n. 2, p. 365-379, 2000.
- EWALD, François. The return of the crafty genius: an outline of a philosophy of precaution. **Connecticut Insurance Law Journal**, v. 6, n. 1, p. 47-79, 1999.
- FOUCAULT, Michel. Governmentality. BURCHELL, G.; GORDON, C.; MILLER, P. (Org.). **The Foucault effect: studies in governmentality: with two lectures by and an interview with Michel Foucault.** Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 87-104.
- FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978).** Tradução E. Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GALLIE, Walter Bryce. Essentially contested concepts. **Proceedings of the Aristotelian Society: New series**, v. 56, p. 167-198, 1956.
- GIDDENS, Anthony. Risk and responsibility. **The Modern Law Review**, v. 62, n. 1, p. 1-10, 1999.
- GIDDENS, Anthony. **Runaway world: how globalization is reshaping our lives.** New York: Routledge, 2002.
- HISKES, Richard P. **Democracy, risk, and community: technological hazards and the evolution of liberalism.** New York: Oxford University Press US, 1998.
- JASANOFF, Sheila. **The fifth branch: science advisers as policymakers.** Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- KUHN, Thomas. **The structure of scientific revolutions.** 3. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

- LUHMANN, Niklas. **Observations on modernity**. Tradução William Whobrey. Stanford: Stanford University Press, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New Brunswick: Aldine Transaction, 2006.
- LUPTON, Deborah. **Risk**. New York: Routledge, 1999.
- MOSS, David. A. **When all else fails: government as the ultimate risk manager**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- PASCUAL, Gabriel Doménech. **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- PERETTI-WATEL, Patrick. **La société du risque**. Paris: La Découverte, 2001.
- PIDGEON, Nick e KASPERON, Roger e SLOVIC, Paul. **The social amplification of risk**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- RENN, Ortwin. **Risk governance**. London: Earthsan, 2008.
- SLOVIC, Paul. Perceived risk, trust and democracy. SLOVIC, P. (Org.). **The perception of risk**. London: Earthscan Publications, 2000a. p. 316-326.
- SLOVIC, Paul. Perception of risk. SLOVIC, P. (Org.). **The perception of risk**. London: Earthscan Publications, 2000b. p. 220-231.
- SLOVIC, Paul. Rational actors and rational fools: the influence of affect on judgment and decision-making. **Roger Williams University Law Review**, n. 6, p. 163-212, 2000c.
- STARR, Chauncey e WHIPPLE, Chris. Risks of risks decisions. **Science**, v. 208, n. 6, p. 1114-1119, 1980.
- TORRES, Ricardo Lobo. Legalidade tributária e os riscos sociais. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 59, p. 95-112, 2000.
- WEBER, Max. **Economy and society: an outline of interpretive sociology**. Berkeley: University of California Press, 1978.
- ZINN, Jens e TAYLOR-GOOBY, Peter. Risk as an interdisciplinary research area. TAYLOR-GOOBY, P.; ZINN, J. (Org.). **Risk in social science**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 20-53.

# O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E O IMPACTO DA TRIBUTAÇÃO INDIRETA NA BUSCA PELA REDUÇÃO DA DESIGUALDADE NA SAÚDE DOS CIDADÃOS COM ENFOQUE NO DIREITO À ALIMENTAÇÃO<sup>1</sup>

THE BRAZILIAN TRIBUTARY SYSTEM AND THE IMPACT OF THE INDIRECT TAXATION IN THE PURSUIT ON REDUCTION OF THE INEQUALITIES OF CITIZENS HEALTH WITH FOCUS ON FEEDING

*Antônio de Pádua Faria Junior<sup>2</sup>*

*Ana Carolina de Pádua Faria<sup>3</sup>*

## Resumo

O termo saúde é bastante comentado nos dias atuais, sobretudo quando se trata do tema Políticas Públicas. Entretanto, na grande maioria das vezes o que se vê são discussões reducionistas acerca do que realmente significa a realização do direito à saúde e quais medidas o Poder Público poderia adotar para conseguir promovê-lo entre os cidadãos brasileiros, pois muito se tem denominado o direito de tratamento de doenças como direito à saúde, e não como espécie do gênero. O presente trabalho abordará o direito à saúde sob o prisma do direito social à alimentação e sua consecução, analisando o impacto direto que a tributação indireta no Brasil tem sobre os preços dos gêneros alimentares, o que acaba por prejudicar a busca eficaz pela saúde, aquela preventiva e não apenas corretiva. Uma metodologia predominantemente analítica será utilizada.

**Palavras-chave:** Saúde. Políticas Públicas. Alimentos. Tributação Indireta.

## Abstract

Nowadays, the word health is very commented, especially when the theme is Public Policies. However, in most of the time, reductionist discussions is what is

<sup>1</sup> Artigo submetido em 07/10/2015, pareceres de análise em 01/02/2016 e 11/08/2016, aprovação comunicada em 18/08/2016.

<sup>2</sup> Advogado. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (FCHS/UNESP).  
Endereço do CV: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8752106J7>. E-mail: <antoniofariajr@paduafariaadvogados.com.br>.

<sup>3</sup> Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).  
Endereço do CV: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8578722T5>>. E-mail: <anacarolinadepaduafracia@gmail.com>.

seen about the real meaning of health and which actions the government should have to reach the promotion of health among the Brazilian citizens, because the right to treat diseases has been treated as the meaning of the right to health, and not as specie of genre. This essay will study the right to health by the prism of feeding and the access to food, analyzing the direct impact that the indirect taxation in Brazil has by the price of food genres, what harms the pursuit for a better and preventive health. A prevalent analytic methodology will be used.

**Keywords:** Health. Public Policies. Food. Indirect Taxation.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Alimentação Adequada Como Fator Fundamental para a Redução da Desigualdade na Saúde; 3. Dificuldade de Aquisição de Alimentos Saudáveis em Razão dos Altos Preços Aplicados no Brasil; 4. Sistema Tributário Brasileiro na Contramão da Busca Pela Redução da Desigualdade na Saúde; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Em que pese a relativa novidade das Políticas Públicas no ordenamento jurídico pátrio, há tempos foi reconhecida a sua importância na vida de todos os cidadãos brasileiros; o que vem gerando sérios avanços em áreas fundamentais ao desenvolvimento sustentável do país.

A saúde, consagrada entre os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Republicana de 1.988, por exemplo, é tema da mais alta importância e deve ser uma constante preocupação das Políticas Públicas. Contudo, para que se atinja o sucesso almejado na promoção da saúde efetiva para a população, faz-se essencial o entendimento do que realmente significa saúde, tomando-se os devidos cuidados com o reducionismo na abordagem do que está envolvido dentro deste termo.

O presente trabalho não tem por escopo o esgotamento de tudo que envolve o termo saúde, mas sim enfatizar a importância que a realização do direito à alimentação traz à população brasileira, contrapondo a isto a dificuldade que os cidadãos têm em ter acesso a alimentos nutricionalmente adequados em razão do hodierno sistema tributário utilizado no Brasil, que prefere a tributação de produtos (dentre eles, os alimentos) e serviços à taxaço de renda e propriedade.

Através de uma metodologia analítica, com métodos predominantemente indutivo e dedutivo, buscar-se-á demonstrar que o sistema tributário pode interferir (e interfere) com bastante ênfase na busca pela igualdade na saúde, direito este que

todos os cidadãos são titulares, analisando os pontos que prejudicam o acesso da população mais hipossuficiente (economicamente falando) a alimentos adequados em razão dos seus elevados preços, que são compostos por uma alta carga tributária.

## **2 ALIMENTAÇÃO ADEQUADA COMO FATOR FUNDAMENTAL PARA A REDUÇÃO DA DESIGUALDADE NA SAÚDE**

Segundo análises feitas pela Organização Mundial da Saúde - OMS em sua recomendação para a redução das desigualdades na saúde pelo período de uma geração, vários são os fatores a serem analisados para a consecução de seu fim, consistentes na redução, e por que não erradicação, das desigualdades na saúde, dentre eles a adoção de políticas públicas coerentes e inclusivas pelos governos.<sup>4</sup>

Sendo assim, o incentivo à produção e consumo de alimentos saudáveis, ricos em vitaminas e nutrientes necessários ao desenvolvimento equilibrado do organismo humano encontra-se inserido no texto da recomendação sobre a diminuição da desigualdade na saúde no planeta.

O tema alimentação, digno de ainda maior relevo após a sua inclusão no texto constitucional como um direito social, através da Emenda Constitucional 64, do ano de 2010, que alterou a redação do artigo 6º, não se esgota em si mesmo, possuindo vital ligação com diversos outros direitos fundamentais, seja como meio ou mesmo fim destes, como, por exemplo, o direito à saúde, e, desta forma, à vida; respeito à dignidade da pessoa humana e a um salário mínimo, entre tantos mais, uma vez que alimentar-se adequadamente significa não apenas colaborar com a redução de doenças e problemas de saúde em geral, afetando a longevidade, mas, principalmente, permitir uma vida digna, saudável e com todas as possibilidades que lhe são inerentes (LISBOA, 2013).

O vocábulo saúde utilizado pelo legislador constituinte como Direito Fundamental de todo cidadão brasileiro (artigo 6º, *caput*, da CF/88) é composto por vários fatores, o que inclusive foi ressaltado na recomendação da OMS do ano 2010, tais como o planejamento urbano das cidades; prática e incentivo de esportes;

<sup>4</sup> Vide CDSS (2010). Redução das desigualdades no período de uma geração. Igualdade na saúde através da ação sobre os seus determinantes sociais. Relatório Final da Comissão para os Determinantes Sociais da Saúde. Portugal, Organização Mundial da Saúde.

segurança e bem-estar no trabalho; alimentação e até mesmo o financiamento das políticas inclusivas, dentre outros tantos mais. Portanto, promover o direito à saúde é muito mais do que fornecer medicamentos e leitos hospitalares aos cidadãos, pois isto deve ser evitado através de políticas preventivas de doenças, já que onera em demasia o Estado e nem sempre apresenta a eficácia desejada.

Estudos comprovam que pessoas que vivem em ambientes sustentáveis; mantêm-se ativas física e mentalmente; têm hábitos alimentares saudáveis; não possuem vícios e valorizam o estudo, por exemplo, tendem a ser longevas e a viverem consideravelmente mais do que a parcela da população que não tem hábitos de vida tão saudáveis assim (PATRICIO *et. al.*, 2008, p. 1189-1198).

Acontece que, muitas pessoas que não têm hábitos de vida tão saudáveis quanto descrito, não os têm por circunstâncias que definitivamente não dependem delas, pois alguns comportamentos saudáveis ou, mesmo, adequados, conforme necessidades nutricionais, apresentam custos elevados e que não podem ser suportados por qualquer pessoa.

Esta é a realidade do Brasil, país de extensão territorial continental e extremamente desigual nos quesitos economia e distribuição de renda, onde a parcela da população que goza de boas condições financeiras consegue (embora não sem dificuldades) custear hábitos saudáveis, enquanto a parcela menos favorecida dos brasileiros tem sérias dificuldades para conseguir o mesmo.

Alimentar-se adequadamente, por exemplo, é um fator de extrema importância para aquele que deseja ter uma boa qualidade de vida e viver por muitos anos, pois somente com uma dieta balanceada e rica em vitaminas e nutrientes, o organismo humano estará abastecido de tudo aquilo que necessita para manter-se funcionando de maneira regular.

Neste cenário, a preocupação com a alimentação da população deve estar constantemente na pauta de discussões das autoridades governamentais no Brasil, permitindo assim que se estude formas de conscientização para hábitos alimentares mais saudáveis e, principalmente, para que sejam criadas e executadas políticas públicas que permitam o acesso da totalidade da população a alimentos mais saudáveis, auxiliando consideravelmente na redução da desigualdade na saúde coletiva.

### **3 DIFICULDADE DE AQUISIÇÃO DE ALIMENTOS SAUDÁVEIS EM RAZÃO DOS ALTOS PREÇOS APLICADOS NO BRASIL**

Ingerir alimentos saudáveis e ter uma dieta balanceada e rica em nutrientes e vitaminas não é tarefa fácil para a grande maioria da população brasileira, sendo que nem sempre a causa é a falta de vontade e empenho na mudança de seus hábitos alimentares, mas, muitas vezes, o que impede essa acessibilidade e consecução do direito à alimentação adequada e, conseqüentemente, à saúde, são as condições financeiras insuficientes para a aquisição desses produtos.

Estudos apontam que no Brasil a população vem se alimentando cada vez mais de maneira errada, ingerindo alimentos pobres em nutrientes bons e ricos em gordura trans; açúcares em excesso; glúten; sódio, entre outros mais, fazendo com que a obesidade e o sobrepeso tenham tido um salto alarmante nos últimos anos, o que causa um encurtamento da expectativa de vida dos brasileiros, já que o excesso de gordura corporal facilita a aquisição de doenças crônicas não transmissíveis (STECK, 2013).

A obesidade populacional é problema sério em muitos países ao redor do mundo, e no Brasil se agravou nos últimos anos, ocasionado por uma série de fatores, dentre eles e mais importante de todos, a alimentação.

No Brasil, a obesidade e o sobrepeso crescem entre todas as classes sociais. Porém, enquanto entre as classes sociais mais avantajadas o principal motivo para seu aumento é a falta de conscientização das pessoas, nas classes menos favorecidas esta falta de consciência ganha um forte aliado, consistente no fator econômico.

Entretanto, enquanto os mais ricos gozam de condições financeiras boas o suficiente para tratarem doenças ocasionadas pela obesidade através de assistência médica particular, bem como para recorrerem a outros tratamentos mais para se livrarem de eventuais patologias, os mais pobres ficam à mercê da saúde pública, que no Brasil é escassa e incapaz de atender a demanda desta grande parcela da população, o que resulta em uma diferença considerável na expectativa de vida dos mais ricos em relação aos mais pobres, de acordo com os números do último Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), do ano 2014.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Vide PNUD. Atlas do desenvolvimento humano dos municípios. Disponível em: <<http://www.atlasbrasil.org.br/2013/>>.

Em geral, os alimentos no mercado brasileiro apresentam-se com altos preços ao consumidor (cidadão) em razão de diversos fatores, como a precariedade do transporte de cargas; falta de qualificação profissional e principalmente a alta carga tributária aplicada a mercadorias e serviços.

Os brasileiros que vão periodicamente aos supermercados fazer compras de alimentos destinam boa parte de seus orçamentos ao pagamento de tributos embutidos nos preços destes, o que reflete consideravelmente no preço final daqueles bens de consumo, comprometendo os rendimentos do cidadão, sobretudo daquele que possui renda baixa.

Portanto, as famílias de baixa renda – que infelizmente são bastante numerosas no Brasil – destinam à alimentação grande parte de seus orçamentos mensais, sendo obrigadas a privar-se de outros gastos necessários para poderem se alimentar, o que significa dizer que muitas famílias brasileiras consomem o que auferem como renda basicamente em alimentos.

Para os fins da Lei Federal n. 8.212/91, são consideradas famílias de baixa renda aquelas que recebem até dois salários mínimos mensais (também utilizaremos este conceito de baixa renda para fins deste trabalho), e segundo o inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal brasileira de 1.988, salário mínimo deve ser a quantia mínima paga mensalmente ao trabalhador capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Levando-se em conta as definições legal e constitucional do que se entende por famílias de baixa renda e por salário mínimo, tem-se primeiramente um desajuste de conceitos, já que se a renda mínima deverá ser capaz de prover a subsistência sustentável do trabalhador e sua família, uma família que auferir como renda mensal a importância de dois salários mínimos mensais jamais poderia ser considerada como sendo de baixa renda. Entretanto, infelizmente é essa a realidade do Brasil, onde o salário mínimo é incapaz sequer de garantir uma alimentação básica saudável à uma família.

Segundo dados obtidos pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) referentes ao ano de 2013, o brasileiro comprometeu naquele ano aproximadamente 46% do valor do salário mínimo da

época (R\$ 678,00) para a compra de itens da cesta básica, o que em valores corresponde a R\$ 312,00.<sup>6</sup>

O Brasil é um país de profundas desigualdades sociais, onde mais de 50% das famílias vivem com até um salário mínimo mensal<sup>7</sup>, o que significa dizer que mais da metade da população enfrenta sérias dificuldades em adquirir itens de alimentação básica que compõem a cesta básica. Aliás, muitas famílias sequer têm condições de adquirir estes produtos, o que causa sérios problemas de saúde aos menos favorecidos economicamente, que não conseguem se desenvolver da forma necessária.

Levantamentos apontam que do valor total da cesta básica, cerca de 20% (ou aproximadamente R\$ 62,00) correspondem a tributos (ICMS, PIS/COFINS, IPI entre outros), nos fazendo concluir que o brasileiro recolhe mensalmente aos cofres públicos cerca de 8% do valor do salário mínimo a título de encargos tributários incidentes sobre itens da cesta básica. Enquanto isto, estes mesmos levantamentos indicam que em países como Estados Unidos e Japão a carga tributária incidente sobre itens da cesta básica chegam a 8% e 6% respectivamente, menos da metade do que se aplica por aqui (SCRIVANO, 2012).

Portanto, é nítido o impacto negativo que a tributação sobre gêneros alimentícios básicos causa na vida da população brasileira.

Os itens que compõem a cesta básica foram determinados pelo Decreto Lei n. 399 de 1.938, após estudos realizados por Comissões formadas à época, onde se concluiu que aqueles alimentos básicos eram suficientes para o sustento e bem-estar de um trabalhador em idade adulta e sua respectiva família, pois continham quantidades balanceadas de proteínas, calorias, ferro, cálcio e fósforo.<sup>8</sup>

Entretanto, ao longo das décadas e após muitos estudos, os conceitos nutricionais foram sendo aperfeiçoados e atualizados, sendo que pesquisas mais recentes afirmam que a alimentação proporcionada somente pela ingestão dos itens

<sup>6</sup> Vide DIEESE. Valor da cesta básica aumenta em todas as capitais em 2013. São Paulo, 9, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2013/201312cestabasica.pdf>>.

<sup>7</sup> Vide IBGE. Uma análise das condições de vida da população brasileira 2013. 2013. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores\\_Sociais/Sintese\\_de\\_Indicadores\\_Sociais\\_2013/pdf/padrao\\_vida\\_pdf.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2013/pdf/padrao_vida_pdf.pdf)>.

<sup>8</sup> Vide DIEESE. A desoneração dos produtos da cesta básica. **Nota Técnica, n. 120**. São Paulo, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2013/notaTec120DesoneracaoCestaBasica.pdf>>.

que compõem a cesta básica não mais atendem o conceito de alimentação adequada, o que se pode verificar pelo aumento da obesidade e do sobrepeso entre a população que se alimenta basicamente destes itens (PASSOS *et. al.*, 2014, p. 1.626-1.628).

Assim, os itens que atualmente compõem a cesta básica brasileira e que foram assim definidos há cerca de setenta e seis anos, não mais conseguem garantir ao cidadão a alimentação que este necessita para manter o sustento saudável de seu organismo, uma vez que ao longo dos anos muitas descobertas foram feitas.

Ainda, o que se tem observado hodiernamente é que as famílias brasileiras de mais baixa renda não se restringem ao consumo dos itens que compõem a cesta básica, complementando a alimentação com outros produtos. Entretanto, a escolha por estes produtos é feita, geralmente levando-se em consideração o lado financeiro – uma vez que grande parte do orçamento familiar já fora destinado a aquisição da cesta básica – o que acaba por resultar no consumo de alimentos industrializados e de baixo custo, mas com alto valor calórico e de gordura, sódio e de baixa quantidade de vitaminas e sais minerais (PASSOS *et. al.*, 2014, p. 1.626-1.628).

Portanto, o cidadão médio brasileiro não mais se contenta em consumir somente os itens que fazem parte da cesta básica, e tampouco estes são suficientes para prover tudo aquilo que o organismo humano médio necessita, sendo necessário que se consuma alimentos com maiores valores nutritivos e que vão além destes itens.

Ocorre que, como já analisado, os alimentos básicos da alimentação das famílias brasileiras não são mais capazes de fornecer ao cidadão minimamente o que este necessita, muito pelo contrário, o consumo destes alimentos tem trazido para a população mais humilde, sérios problemas de saúde, a exemplo da obesidade, sobrepeso e outras doenças crônicas não transmissíveis, em virtude da mudança de hábitos das pessoas nas últimas décadas (êxodo rural; urbanização; redução do trabalho braçal e atividades físicas etc), revelando a necessidade de inclusão de outros alimentos na dieta básica do brasileiro, a depender das necessidades de cada um e também dos hábitos de vida (PASSOS *et. al.*, 2014, p. 1626-1628).

Entretanto, como já abordado anteriormente, grande parte da renda do trabalhador médio brasileiro já é destinada à aquisição da cesta básica e, mais do que isso, grande parcela do que é gasto com a compra dos itens da cesta básica destina-se ao Estado, através do recolhimento dos tributos embutidos nos preços dos produtos. Desta forma, o cidadão de baixa renda no Brasil não consegue adquirir

grandes quantidades de alimentos saudáveis além dos itens da cesta básica, pois os alimentos em nosso país não são baratos, sobretudo aqueles que possuem altos valores nutritivos.

Conforme apresentado, somente com a compra dos itens da cesta básica o cidadão brasileiro já sofre um impacto muito grande em suas finanças, já que cerca de 20% do valor total da cesta corresponde a tributos. Contudo, a dificuldade é ainda maior quando se trata da aquisição de alimentos saudáveis e que não compõem a cesta básica, isto porque por serem estes produtos básicos para alimentação de toda pessoa, gozam de consideráveis incentivos fiscais por parte dos estados da federação e também da União, o que lhes reduz o custo final, não sendo esta a realidade dos demais produtos, que são compostos por uma carga tributária consideravelmente superior, fazendo-se mais caros ao consumidor.

A carga tributária média sobre alimentos consumidos pelos brasileiros é de cerca de 32% do valor destes, o que representa grande perda salarial por parte do consumidor.<sup>9</sup>

Significa dizer, portanto, que os produtos alimentícios que não fazem parte da cesta básica brasileira, mas que são fundamentais para uma dieta adequada para qualquer cidadão, são ainda mais atingidos pelo fenômeno da tributação, causando impacto ainda maior às finanças das famílias de baixa renda do Brasil.

Portanto, a simples conscientização da população brasileira acerca de hábitos alimentares mais saudáveis é insuficiente para garantir mais saúde aos brasileiros através da alimentação, pois parcela considerável das famílias brasileiras não tem acesso a estes produtos em razão dos preços elevados destes, gerados em grande parte, pela alta carga tributária aplicada em nosso país, tornando as famílias de baixa renda mais suscetíveis à obesidade, sobrepeso e à contração de doenças crônicas não transmissíveis (diabetes; hipertensão; colesterol entre outras), causando um grande e negativo impacto na saúde dos brasileiros, o que colabora com a manutenção da desigualdade entre os mais ricos e os mais pobres em relação a este quesito tão fundamental.

<sup>9</sup> Vide Campanha nacional conscientiza sobre a alta carga tributária brasileira. **Associação dos Jovens Empresários de Fortaleza**. Fortaleza, 23, mai. 2013. Notícias. Disponível em: <<http://www.aje.com.br/campanha-nacional-conscientiza-sobre-a-alta-carga-tributaria-brasileira/>>

#### 4 SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO NA CONTRAMÃO DA BUSCA PELA REDUÇÃO DA DESIGUALDADE NA SAÚDE

Não é novidade alguma o fato de que o Brasil apresenta uma das maiores cargas tributárias do planeta, ocupando atualmente a 2ª colocação neste quesito dentre todos os países da América Latina, com uma carga que corresponde a cerca de 36,3% do Produto Interno Bruto do país, ficando muito acima da média do continente americano e somente atrás da Argentina, com 37,3% (FERNANDES, 2014).

Portanto, nota-se claramente que o brasileiro em geral compromete grande parte de sua renda com o pagamento de tributos, trabalhando cerca de 151 dias por ano apenas para o pagamento das exações (AMARAL *et. al.*, 2014).

A arrecadação de tributos no Brasil é de fato muito boa, a despeito das manobras fiscais engendradas por uma considerável parcela da população, o que permite que ano após ano se bata recordes de arrecadação aos cofres públicos<sup>10</sup>.

Entretanto, em que pese a satisfatória arrecadação tributária brasileira, que supera a de muitos países desenvolvidos, esta não é feita de maneira equilibrada, pois onera em demasia produtos e serviços (tributação indireta), enquanto a renda e a propriedade são claramente favorecidas e pouco tributadas (tributação direta).

Quando da elaboração da Carta Republicana brasileira, no final da década de 1.980, houve muita preocupação dos legisladores constituintes em garantir ao cidadão brasileiro um Estado social e democrático, capaz de garantir a dignidade da pessoa humana, e para isso instituiu pilares rígidos no texto constitucional, dando ênfase aos Direitos Fundamentais e Sociais.

Estes pilares são essenciais para o desenvolvimento sustentável e igualitário do país, e neste aspecto, os trabalhos constituintes trouxeram inovação bastante positiva, pois não são muitas as Constituições que tratam de tais direitos em seu texto.

Entretanto, os dispositivos constitucionais que introduziram a previsão a tais direitos necessitavam de outros dispositivos, constitucionais e/ou infraconstitucionais,

<sup>10</sup> Vide: Arrecadação federal bate recorde com R\$ 293,42 bilhões no 1º trimestre, informa Receita. **Portal Brasil**. Brasília, 28, abr. 2014. Economia e Emprego. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/04/arrecadacao-federal-bate-recorde-com-r-293-42-bilhoes-no-1o-trimestre-informa-receita>>

que os regulamentasse e desse efetividade aos mesmos, inserindo-os no plano prático.

Criaram-se, assim, alguns instrumentos para garantir que os direitos fundamentais e sociais pudessem ser efetivamente exercidos, de modo a permitir que o Estado brasileiro conseguisse atingir os objetivos traçados no próprio texto constitucional, tais como a erradicação da pobreza; diminuição das desigualdades; direito à saúde; alimentação adequada dentre outras mais.

Não foi diferente quanto ao Sistema Tributário criado pelo texto constitucional, já que este fora elaborado minuciosamente para coexistir em harmonia com os direitos fundamentais e sociais.

Para tanto, fora criado um conjunto de princípios tributários que constituem uma base importante para a criação de uma justiça fiscal e social no Brasil, que caso aplicado, muito provavelmente garantiria aos cidadãos brasileiros e ao próprio Estado a consecução dos fins almejados pela Constituição da República.

São princípios tributários como os da isonomia entre os contribuintes; universalidade; capacidade contributiva; progressividade e seletividade, que estabelecidos no texto constitucional, consistem em importantes ferramentas para a promoção da justiça social no Brasil, devendo ser respeitados pelas legislações infraconstitucionais e também pelos operadores do Direito.

Entretanto, todo o avanço trazido pelo texto constitucional em termos de promoção de uma justiça fiscal e social, que contribua com a formação de um país menos desigual e socialmente forte, acabou sucumbindo diante da ordem neoliberal aqui instalada durante a década de 1.990 (cuja continuidade foi dada nas décadas seguintes) e também da comodidade das administrações fiscais da União; Estados; Distrito Federal e Municípios.

Em resumo, os legisladores infraconstitucionais e os administradores fiscais tiveram o “cuidado” de mitigar alguns dos princípios delineadores e basilares que compõem o Sistema Tributário brasileiro, criando uma nova ordem tributária, alheia aos pilares criados pela Constituição Federal de 1.988.

A capacidade contributiva dos cidadãos brasileiros, por exemplo, restou enfraquecida desde o início da década de 1.990, pois houve nítida opção do legislador infraconstitucional pela tributação por intermédio de tributos indiretos, que são aqueles

incidentes sobre mercadorias e serviços, tais como o IPI; ICMS; ISS; PIS/COFINS entre outros de menor importância, e que, portanto, não medem a capacidade econômica subjetiva do contribuinte, sendo indiferente a renda que o mesmo tenha, já que a carga tributária do produto, por exemplo, será a mesma para todos que o adquirirem, independente se fulano auferir renda mensal no valor de R\$ 150.000,00 e beltrano tem rendimentos no valor de R\$ 800,00.

Com a opção pela tributação de produtos e serviços no Brasil, passou-se a tributar igualmente contribuintes desiguais, seja esta desigualdade em termos de renda ou ainda em razão da necessidade em relação ao produto ou serviço em específico (MORAES, 2013, p. 193-213).

Assim, a pessoalidade da tributação, instituída pela §1º do artigo 145 da CF/88, foi deixada de lado pelo legislador infraconstitucional, pois ao contrário do que propõe a Carta Magna vigente, a condição particular de cada cidadão brasileiro tornou-se pouco relevante para fins de incidência tributária, já que quando vai às compras o cidadão de baixa renda se depara com produtos e serviços com a mesma carga tributária apresentada aos mais ricos, o que por óbvio significa um impacto financeiro muito maior na renda e nos hábitos de vida do mais pobre.

É fato que tributar diferenciadamente os produtos e serviços em razão da subjetividade é algo pouco viável e também não recomendável, haja vista as dificuldades que isto traria no sentido de se aferir a real condição econômica de cada cidadão quando este fosse ao mercado adquirir tais bens, entretanto, existem outros meios de se fazer valer a pessoalidade e por consequência a capacidade contributiva na arrecadação de tributos, fazendo assim valer os princípios constitucionais clamados pela justiça fiscal e social.

Também é verdade que o texto constitucional pátrio abre brechas para a criação de tributos sem a observância da pessoalidade ao dispor que “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...” (art. 145, §1º CF/88), criando inclusive, alternativas para tanto, como o princípio da seletividade em razão da essencialidade daquele bem de consumo.

Porém, a pessoalidade somente poderá ser deixada em segundo plano no Sistema Tributário brasileiro quando realmente não restar alternativa, já que a ausência de sua aplicação transfere para o cidadão elevado ônus. Entretanto, no

Brasil, a pessoalidade na tributação vem sendo “menosprezada” pelo legislador infraconstitucional sem a existência de motivos relevantes, já que a opção pela arrecadação de exações objetivas (aquelas incidentes sobre mercadorias e serviços) vem ocorrendo em larga escala por mera comodidade do Fisco, que vislumbra dificuldades na implantação de um Sistema Tributário justo e igualitário.

Governo e por extensão o Fisco, taxam mais a produção e o consumo em razão da maior facilidade em fiscalizar os tributos incidentes sobre estes em comparação com a fiscalização de tributos incidentes sobre a renda, por exemplo. A preocupação, portanto, consiste em dificultar a sonegação de tributos.

Estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apontam que da carga tributária total verificada no país, cerca de 40% corresponde a tributos indiretos, enquanto apenas 28% dizem respeito a tributos diretos (SCHREIBER, 2014).

Conseqüentemente, a preferência pela tributação de produtos e serviços causa reflexos negativos no combate às desigualdades sociais no Brasil, pois proporcionalmente o mais rico paga menos tributo do que o mais pobre, ou seja, além de o mais rico auferir renda superior a do mais pobre, tem sobre esta menor incidência de tributos, ficando ao final dos recolhimentos tributários, com maior parcela de seus rendimentos livre de exações em comparação com a população mais carente.

A última Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) realizada pelo Instituto Brasileira de Geografia e Estatística (IBGE) entre os anos de 2002/2003 aponta dados que confirmam a desigualdade de distribuição da carga tributária entre os mais ricos e os mais pobres, mostrando que no Brasil o Sistema Tributário traça o caminho contrário do estabelecido pela Carta Republicana, uma vez que a tributação mostra-se regressiva.

Segundo a pesquisa mencionada, enquanto a carga tributária gerada por tributos diretos onera a faixa mais pobre da população em cerca de 2,22% da renda desta, a fração mais favorecida dos brasileiros (economicamente falando) é onerada em 9,27%, enquanto a média geral do país ficou em cerca de 6,83%. Isto mostra que os tributos diretos, assim entendidos o Imposto sobre a Renda (IR); Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA); Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU); Imposto sobre Propriedade Territorial Rural (ITR) entre outros, são efetivamente capazes de promover a justiça fiscal e social, uma vez que levam em conta a capacidade contributiva e a pessoalidade para destacarem parcela

da renda do cidadão, onerando mais os mais ricos, o que gera redução na desigualdade social do país (IBGE, 2004).

Contudo, a tributação direta no Brasil se mostra muito tímida, incapaz de realizar os fins almejados pelos pilares constitucionais, o que é demonstrado neste mesmo estudo, onde foi constatado que os tributos indiretos “mordem” cerca de 25,07% da renda das famílias mais pobres, ao passo que somente 9,33% é retirado a este título das famílias mais ricas, sendo a média nacional de 14,1% (IBGE, 2004).

Sendo assim, ao final das contas tem-se sobre a renda da parcela mais pobre da população brasileira uma carga tributária total de 26,78%, enquanto os mais ricos recolhem aos cofres públicos somente 16,5% do todo que auferem a título de renda (IBGE, 2004).

É importante destacar que o estudo a que se faz referência neste artigo para a apresentação destes dados é o mais completo realizado no Brasil no tocante a renda, orçamento e consumo familiares, sendo também o último realizado.

É notório, portanto, que os princípios instituídos constitucionalmente foram consideravelmente pervertidos e o Sistema Tributário nacional virou-se contra o desenvolvimento sustentável da nação, dificultando demasiadamente o processo de redução das desigualdades sociais e também em relação à saúde.

Processo contrário ao que ocorre no Brasil é o que vem acontecendo nos países membros da OCDE, tidos como desenvolvidos, pois enquanto por aqui somente 23% da arrecadação total do Estado vem do Imposto sobre a Renda e cerca de 3% provém da propriedade, naqueles países a média é de 34% oriundos do Imposto sobre a Renda e por volta de 5% que se originam de tributos sobre a propriedade, o que nos permite dizer que a capacidade contributiva nestes países é mais valiosa para o legislador tributário do que em nosso país (OCDE, 2011).

As legislações tributárias e a prática fiscal no Brasil estão, na realidade, prestando um desserviço a sociedade brasileira, dificultando ainda mais a situação econômica daqueles menos favorecidos, tudo isto apenas para não terem de aperfeiçoar os procedimentos e sistemas fiscais, já que a aferição de renda e dos reais valores de propriedades é bastante complexa, o que demandaria altos investimentos e algum tempo de treinamento por parte dos administradores e fiscais de renda.

Desta forma, conforme demonstrado anteriormente neste trabalho, as famílias de baixa renda comprometem em demasia seus orçamentos, muito disto por conta das obrigações tributárias e isto apenas para prover o mínimo existencial para a subsistência, como no caso da alimentação.

Portanto, o Brasil ainda tem muito que melhorar para alcançar os objetivos traçados pela Constituição Federal de 1.988 em relação à construção da justiça fiscal e social, pois os princípios criados pela Carta Magna para possibilitar isto não vêm sendo aplicados como deveriam, pois a opção dos legisladores infraconstitucionais foi pela comodidade na arrecadação e não pela promoção da justiça tributária.

## 5 CONCLUSÃO

O direito a uma alimentação adequada é reconhecidamente importante para o desenvolvimento sustentável de um país, pois dele dependem outros direitos igualmente importantes, tais como o direito à saúde; direito à vida; dignidade da pessoa humana, tanto é assim que desde a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 64 de 4 de fevereiro de 2010, reconheceu-se inclusive sua autonomia dentre os direitos fundamentais e sociais, que são os pilares da Carta Magna brasileira, pois incluiu esta prerrogativa dentre outros previstos no artigo 6º do diploma constitucional.

Entretanto, mesmo com a previsão constitucional garantista no que tange o direito a alimentação adequada, o que se observa no Brasil é a piora na alimentação da população, sobretudo daquela considerada de baixa renda, ocasionando o crescimento da obesidade e do sobrepeso, além de doenças crônicas não transmissíveis, criando sérios problemas de saúde pública para o Governo brasileiro em todos os seus estratos.

Ocorre que, como visto no texto desta pesquisa, a simples adoção de políticas públicas de conscientização da população brasileira acerca dos benefícios de uma alimentação adequada as necessidades de cada um, conforme indicado pelos estudos científicos mais recentes, não é suficiente, já que grande parte da população não tem condições financeiras de adquirir alimentos compatíveis com suas necessidades, pois os alimentos no Brasil custam muito caro e estes preços elevados,

em grande parte são constituídos por tributos, que comprometem em demasia a renda das famílias mais humildes.

Não basta, por exemplo, que se erradique a fome para eliminar as desigualdades na saúde e na alimentação, isto é apenas o começo, pois é preciso muito mais a ser feito pelo Poder Público para que o país possa um dia sonhar com as igualdades objetivadas na Carta Republicana de 1988.

Foi visto também que o texto constitucional é absolutamente compatível com uma justiça fiscal e social, pois estabelece princípios criados justamente para promoverem a redução nas desigualdades no país, dentre estas a desigualdade em relação à saúde, da qual a alimentação desempenha um papel fundamental.

Entretanto, os governos que sobrevieram à promulgação da Constituição Federal de 1988 optaram pelo caminho da comodidade no tocante à tributação, visando somente à arrecadação a qualquer custo, de modo a evitar a sonegação fiscal da maneira que lhes é mais conveniente, sem olhar para o lado social e pior, sem se preocupar com a qualidade de vida dos mais necessitados, que são quem custeia a “máquina pública” brasileira.

Sendo assim, é necessário que sejam feitos esforços, por parte dos legisladores e dos administradores públicos, no sentido de aproximar o sistema tributário vigente no Brasil com aquele criado pela Constituição Federal de 1988, que é mais justo e tem o poder de realmente promover um crescimento sustentável da população em relação à economia, reduzindo gradativa e eficazmente as gritantes desigualdades existentes no Brasil.

A consideração da personalidade e da capacidade contributiva na arrecadação de tributos faz-se mais do que nunca essencial, pois a parcela mais carente da população já não consegue mais financiar os governos brasileiros (federal; estaduais; distrital e municipais), uma vez que isto vem lhes causando sérias privações, dentre elas as mais importantes de todas, que correspondem à saúde e à dignidade.

Observamos, por fim, que somente com a consecução do fornecimento de uma alimentação adequada e saudável para a totalidade da população brasileira será possível a erradicação das desigualdades na saúde, de modo que sem esta conquista dificilmente o Brasil figurará dentre os países desenvolvidos e com baixo nível de desigualdade, no entanto, sem uma reforma tributária eficaz isto jamais será

alcançado e continuaremos a presenciar a desigualdade acentuada entre os mais ricos e os mais pobres, em que aqueles vivem consideravelmente mais e com mais qualidade do que estes.

## 6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Gilberto do; OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia Mary Fernandes do; YAZBEK, Cristiano Lisboa. **No ano de 2014 o brasileiro trabalhará até o dia 31 de maio só para pagar tributos.** Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação [online]. 2014. Disponível em: <<https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/1691/ESTUDODIASTRABALHADOSEDICAO2014ATUALIZADO.pdf>>.

Acesso em: nov. 2014.

Arrecadação federal bate recorde com R\$ 293,42 bilhões no 1º trimestre, informa Receita. **Portal Brasil**. Brasília, 28, abr. 2014. Economia e Emprego. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/04/arrecadacao-federal-bate-recorde-com-r-293-42-bilhoes-no-1o-trimestre-informa-receita>> Acesso em: dez. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Acesso em: nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei n. 399 de 30 de abril de 1938. Aprova o regulamento para execução da lei n. 185, de 14 de janeiro de 1936, que institui as Comissões de Salário Mínimo. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 30 abr. 1938. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=12746>>. Acesso em: nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.212 de 24 de julho de 1.991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências, **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24, jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: nov. 2014

Campanha nacional conscientiza sobre a alta carga tributária brasileira. **Associação dos Jovens Empresários de Fortaleza**. Fortaleza, 23, mai. 2013. Notícias. Disponível em: <<http://www.aje.com.br/campanha-nacional-conscientiza-sobre-a-alta-carga-tributaria-brasileira/>> Acesso em: dez. 2014.

CDSS (2010). Redução das desigualdades no período de uma geração. Igualdade na saúde através da ação sobre os seus determinantes sociais. Relatório Final da Comissão para os Determinantes Sociais da Saúde. Portugal, Organização Mundial da Saúde.

DIEESE. A desoneração dos produtos da cesta básica. **Nota Técnica, n. 120**. São Paulo, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2013/notaTec120DesoneracaoCestaBasica.pdf>> Acesso em: nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Valor da cesta básica aumenta em todas as capitais em 2013. São Paulo, 9, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasic/2013/201312cestabasic.pdf>>. Acesso em: out. 2014

FERNANDES, Talita. Carga tributária brasileira cresce 9,33% em dois anos. **Revista Veja**. São Paulo, 20, jan. 2014. Impostos. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/carga-tributaria-brasileira-cresce-933-em-dois-anos>>. Acesso em: nov. 2014.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa de Orçamentos Familiares 2002-2003**: microdados. Rio de Janeiro, 2004. 1 CD-ROM.

IBGE. Uma análise das condições de vida da população brasileira 2013. 2013. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores\\_Sociais/Sintese\\_de\\_Indicadores\\_Sociais\\_2013/pdf/padrao\\_vida\\_pdf.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2013/pdf/padrao_vida_pdf.pdf)> Acesso em: dez. 2014.

LISBOA. Renata Cardoso. Direito Humano à Alimentação Adequada. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva** [online]. 2013, n. 21. ISSN 1678-8729.

MORAES, Eduardo de Abreu. A Tributação Indireta Sob a Ótica da Teoria da Justiça de John Rawls. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UNINOVE, n. 22, 2013, Florianópolis. **Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do Direito na contemporaneidade**. São Paulo, 2013. p. 193-213.

OCDE-Organisation for Economic Co-operation and Development. **Revenue statistics in Latin America 1990-2009**. Paris: OECD, 2011.

PASSOS, Kelly Estrela dos; BERNARDI, Juliana RombaldiandMENDES, Karina Giane. **Análise da composição nutricional da Cesta Básica brasileira**. Ciênc. saúde coletiva [online]. 2014, vol.19, n.5, pp. 1626-1628. ISSN 1413-8123.

PATRICIO, Karina Pavão; RIBEIRO, Helena; HOSHINO, KatsumasaandBOCCHI, Silvia Cristina Mangini. O segredo da longevidade segundo as percepções dos próprios longevos. **Ciênc. saúde coletiva** [online]. 2008, vol.13, n.4, pp. 1189-1198. ISSN 1413-8123.

PNUD. **Atlas do desenvolvimento humano dos municípios**. Disponível em: <<http://www.atlasbrasil.org.br/2013/>>. Acesso em: dez. 2014

SCHREIBER, Mariana. Rico é menos taxado no Brasil do que na maioria do G20. **BBC Brasil** [online]. Londres, 14, mar. 2014. Brasil. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/03/140313\\_impostos\\_ricos\\_ms.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/03/140313_impostos_ricos_ms.shtml)>. Acesso em: dez. 2014.

SCRIVANO, Roberta. Imposto da cesta básica no país supera valor de EUA e Japão. **O Globo**. São Paulo, 19, nov. 2012. Economia. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/imposto-da-cesta-basica-no-pais-supera-valor-de-eua-japao-6776184>>. Acesso em: dez. 2014.

STECK, Juliana. Obesidade cresce rapidamente no Brasil e no mundo. **Jornal do Senado**, Brasília, 12, mar. 2013. Cidadania. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/03/12/obesidade-cresce-rapidamente-no-brasil-e-no-mundo#>>. Acesso em: out. 2014.

# O MINIMALISMO JUDICIAL DE CASS SUNSTEIN E A RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA<sup>1</sup>

THE JUDICIAL MINIMALISM OF CASS SUNSTEIN AND A RESOLUTION OF FEDERAL SENATE IN CONSTITUTIONALITY CONTROL: JUDICIAL ATIVISM AND DEMOCRACY LEGITIMACY

*Claudio Ladeira de Oliveira<sup>2</sup>*

*Suellen Patrícia Moura<sup>3</sup>*

## Resumo

O presente artigo propõe-se a explorar uma postura judicial denominada minimalismo judicial, apresentando-a como um caminho democrático de atuação jurisprudencial que congrega elementos capazes de articular corretamente os distintos papéis dos poderes Judiciário e Legislativo. Assinala que, enquanto “procedimento”, o minimalismo sugere que no julgamento de casos controversos os juizes deixem de se pronunciar acerca de questões que não são imprescindíveis à resolução do caso concreto, recomendando que a argumentação que enseja o resultado seja estreita e superficial, mantendo as divergências sobre razões filosóficas e/ou moralmente controvertidas sobre os resultados concretos. Destaca que, enquanto “substância”, o minimalismo busca promover a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. Por fim, elucida o tema analisando, sob a ótica do minimalismo judicial, a Reclamação Constitucional 4335, da qual emergiu a discussão sobre a Resolução do Senado Federal no âmbito do controle de constitucionalidade.

**Palavras-chave:** Minimalismo Judicial. Ativismo Judicial. Controle de Constitucionalidade. Democracia Deliberativa.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 14/06/2016, pareceres de análise em 27/06/2016 e 22/07/2016, aprovação comunicada em 18/08/2016.

<sup>2</sup> Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Ex-professor da Faculdade de Direito na Universidade de Brasília (UnB), da faculdade de direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Possui doutorado e mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006), tendo realizado estágio de doutoramento (2004) na Universidade de Lisboa, e graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (1995). E-mail: <claudioladeira@hotmail.com>.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Possui pós-graduação em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Assessora acadêmica na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). E-mail: <spmoura14@gmail.com>.

## Abstract

The present article aims to explore a judicial stance referred to as judicial minimalism, presenting it as a democratic path of jurisprudential action that gathers elements capable of rightfully articulating the distinct roles of the Judiciary and Legislative powers. It signs out that, as a “procedure”, minimalism suggests that, in controversial cases, the judges should not pronounce on matters that are not essential to resolve the specific case, recommending that the argumentation leading towards the decision should be narrow and superficial, maintaining the divergences about philosophical and/or morally controversial reasons about specific cases. It also highlights that, as “substance”, minimalism seeks to promote democratic deliberations in the responsible political institutions. Finally, it enlightens the theme by analysing, under the optic of the judicial minimalism, the Constitutional Reclamation nº 4335, from which emerged the discussion about the Federal Senate’s Resolution in the scope of the constitutionality control.

**Keywords:** Judicial Minimalism. Judicial Activism. Constitutionality Control. Deliberative Democracy.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Teoria do Minimalismo Judicial. 2.1. Aspectos procedimental e substancial. 2.2. Acordos Teóricos Incompletos. 2.3. Fundamentação superficial e estreita. 2.4. Promoção da democracia deliberativa. 3. Minimalismo judicial aplicado à Reclamação Constitucional nº 4335. 4. Considerações finais. 5. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

São necessários alguns critérios de avaliação da atividade do tribunal constitucional a fim de balizar as nuances de uma interpretação constitucional, principalmente quando a hermenêutica versa sobre questões de alta carga política e/ou moral. Ronald Dworkin elabora inúmeros questionamentos sobre a atividade de um tribunal, evidenciando que o ponto crucial é saber como a Corte deve exercer o poder atribuído a ela (DWORKIN, 1999, p. 427).

No que se refere às posturas judiciais de interpretação constitucional, é possível destacar dois modos sobre como os juízes decidem seus casos, sobretudo quando o cerne da atividade interpretativa se pauta na realização de determinados juízos de ordem política e moral relativamente controversos. As doutrinas apresentam modelos antagônicos de atuação de tribunais, especialmente com relação à interpretação constitucional, denominados “ativismo judicial” e “moderação judicial”.

De acordo com Ronald Dworkin (2002, p. 216):

[...] o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios

exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

No modelo de “autorrestrição” judicial (ou “moderação” judicial), os tribunais deveriam permitir que decisões de instituições políticas mantenham-se igualmente válidas sem o crivo de interferência interpretativa dos juízes. Dworkin esclarece que a manutenção dessas decisões provenientes de outros setores do governo deve ocorrer ainda que venham a conflitar com a percepção que os intérpretes jurídicos possuem no tocante aos princípios constitucionais.

Segundo Dworkin, há dois fundamentos distintos sob os quais essa teoria pode estar baseada: ceticismo político; e, deferência judicial. A teoria do ceticismo político enuncia que os cidadãos não possuem direitos morais<sup>4</sup> contra o Estado. O argumento em prol do ceticismo destaca que a tarefa do legislativo consiste em decidir quais preferências são importantes. Dessa forma, como este Poder representa a maioria, seria mais condizente com o princípio democrático, no viés da moderação judicial baseada no ceticismo, que as decisões moral e/ou politicamente controversas estejam a cargo de competência decisiva de outras instituições políticas que não os tribunais, ainda que essas escolhas afrontem o juízo de valor dos juízes.

Já a teoria da deferência judicial enfatiza que os cidadãos possuem direitos morais contra o Estado além daqueles expressamente garantidos no ordenamento jurídico. Entretanto, assinala que esses direitos morais possuem carga normativa discutível, ou seja, são as instituições políticas que decidirão qual direito moral deve ser reconhecido como tal. Dessa forma, pressupõe que as questões morais e políticas não resolvidas devem ficar a cargo de instituições políticas, cuja responsabilidade de decisão lhe é atribuída.

Esse argumento pode se enveredar em dois campos distintos de fundamentação. O primeiro diz respeito à pseudo aptidão do poder legislativo em tomar decisões mais bem fundadas na resolução de casos que tratam de problemas subjacentes aos casos apresentados constitucionalmente, ou seja, os relativos aos

<sup>4</sup> “O sentido de direitos que me proponho utilizar não pressupõe hipóteses ontológicas dessa natureza: ele mostra simplesmente que a reivindicação de um direito é, no sentido restrito, um tipo de juízo sobre o que é certo ou errado que os governos façam”. (DWORKIN, 2002, p. 218).

direitos morais de indivíduos contra o Estado. O segundo refere-se à questão de ser mais justo que uma instituição democrática, ao invés dos tribunais, tome para si a resolução dos referidos casos, pois é sempre mais justo que uma maioria, ao invés de uma minoria, decida o rumo de um problema.

Entretanto, a referida postura “ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria” (DWORKIN, 2002, p. 222). Dessa forma, “o argumento a partir da democracia pede que os detentores de poder político sejam convidados a ser os únicos juízes de suas próprias decisões”. (DWORKIN, 2002, p. 225)

Outra é a perspectiva adotada pelo modelo do ativismo judicial. De acordo com Dworkin (2002, p. 215):

[...] o programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.

O ativismo judicial se coloca como uma espécie de pragmatismo jurídico, no sentido de que as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser a decisão judicial que, ao final, se revelar a melhor para a comunidade como um todo, sem considerar nenhuma decisão política tomada no passado<sup>5</sup>.

Observa-se que essa abordagem apresenta uma forma ativa e ousada com que juízes exercem a atividade interpretativa. O autor esclarece que um juiz ativista desconsidera várias questões que emanam da interpretação constitucional como a história de sua promulgação, as decisões anteriores que buscaram interpretá-las e as duradouras tradições da cultura política. Ao prescindir dessas questões, juízes

<sup>5</sup> “O pragmatismo adota uma atividade cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si só, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche pela coerência”. (DWORKIN, 1999, p. 185).

impõem suas concepções sobre o que é justo, ou qual a teoria de justiça que eles entendem ser a melhor. Ainda, acham-se na competência de revisar atos de outros setores do estado se constatarem que o entendimento proferido por essas instituições políticas divergem da percepção de justiça que eles possuem.

Assim, o “ativismo” exige que os juízes sejam atuantes em dois aspectos: no sentido de cumprimento da lei; e, na assunção de uma postura entendida como audaciosa na seara constitucional. De fato, eles interpretam princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão”, reclamando para si a competência e a capacidade para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios” (OLIVEIRA, 2008, p. 5).

Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática na medida em que os membros do Poder Judiciário não são eleitos para se sobreponem a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular. Assim, diante desta dificuldade contramajoritária, onde reside a legitimidade do STF para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular e foram escolhidos pelo povo?

Afora isso, acrescente-se a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias, ideias que podem ser delineadas, segundo Cass Sunstein e Adrian Vermeulle (1996, 2002) como: a de capacidades institucionais (determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria) e a de efeitos sistêmicos (posição de cautela e deferência por parte do Judiciário).

Dessa forma, é necessário um modelo de atuação jurisprudencial que oriente democraticamente a atuação dos tribunais com competências constitucionais, limitando-se a guardar a qualidade do processo democrático e a remover os obstáculos que impedem seu adequado funcionamento ao invés de assumir o espaço destinado à formação da vontade democrática.

## 2 A TEORIA DO MINIMALISMO JUDICIAL

As posturas denominadas “ativismo” e “autorrestrrição” demonstram que da adoção desta pode decorrer um judiciário indiferente às manifestações da legitimidade democrática quando não puderem sofrer uma avaliação pautada em critérios exclusivamente formais. Isso ocorre quando os tribunais permitem aos agentes políticos ocupantes dos cargos do legislativo e do executivo “governar de modo a impor a grupos socialmente minoritários (e, portanto, potencialmente derrotados nos processos políticos majoritários) obrigações desproporcionais, não equitativas” (DWORKIN, 2000, p. 105-152). Por outro lado, do “ativismo judicial” pode ocasionar um tribunal “paternalista”, o qual ocupa “o lugar dos processos políticos democráticos ao invés de promovê-los, assumindo as competências de instância suprema de decisão sobre questões moralmente controversas”. (OLIVEIRA, 2008, p. 10). Logo, é necessário um modelo equilibrado e democrático que oriente democraticamente a atuação dos tribunais com competências constitucionais.

Cass Sunstein, para responder a este problema, desenvolveu uma postura judicial que ele denomina “minimalismo judicial”. O minimalismo judicial pode ser caracterizado como uma forma de limitação judicial na medida em que, na resolução de casos concretos controversos, deixa questões fundamentais sem decidir. O método propulsor dessa forma de interpretação judicial é justificar o resultado de um caso concreto com argumentos menos abrangentes possíveis, descrevendo o fenômeno analisado não mais que o necessário para sustentar o processo final resultante. Sob essa orientação, o minimalismo de decisão possui duas características que são processualmente atraentes: “First, it is likely to reduce the burdens of judicial decision. Second, and more fundamentally, minimalism is likely to make judicial errors less frequent and (above all) less damaging”<sup>6</sup>.

O autor aponta duas circunstâncias pelas quais o minimalismo judicial se torna uma postura mais vantajosa na interpretação jurídica. Primeiramente, ressalta que certas formas de minimalismo podem promover a democracia não apenas no sentido de que procedem deixando questões filosóficas, políticas e/ou morais controvertidas

<sup>6</sup> “Minimalismo de decisão tem duas características atraentes. Primeiro, é como reduzir os encargos da decisão judicial. Segundo, e mais fundamentalmente, minimalismo é provavelmente fazer erros judiciais menos frequentes e (acima de tudo) menos prejudiciais”. (SUNSTEIN, 1999, p. 4, tradução nossa).

sem decidir para a deliberação democrática, mas também, e mais fundamentalmente, no sentido de que promove sensatez e garante que decisões importantes sejam realizadas pelos atores politicamente responsáveis. A segunda vantagem é que um caminho usualmente minimalista oferece uma boa dose de bom senso quando a Corte está lidando com uma questão constitucional de alta complexidade<sup>7</sup>. Assim, o minimalismo faz sentido primeiro porque as Cortes podem resolver aquelas questões incorretamente, e segundo porque podem criar sérios problemas mesmo se suas respostas estiverem certas.

## 2.1 Aspectos “Procedimental” e “Substancial”

O minimalismo enquanto procedimento constitui o papel institucional do judiciário, caracterizado como um conjunto de recomendações formais aos juristas. A postura minimalista sugere que os juízes evitem utilizar argumentos profundos e controversos ao expor suas decisões nos casos concretos. A formalidade consiste no cuidado apenas com o nível de abstração da argumentação utilizada para suportar decisões de casos políticos, filosóficos ou moralmente controversos. Dessa forma, um juiz minimalista, na formulação de suas decisões judiciais, deixa muitas coisas sem decidir, mantendo-se sempre alerta para a manifestação de razoáveis divergências dentro de uma sociedade heterogênea.

O tribunal minimalista está intensivamente consciente de suas próprias limitações e procura decidir casos em um terreno estreito. Evita regras claras e resoluções finais, mantendo-se em alerta para o problema de consequências imprevistas, enxergando o próprio conjunto de membros atuantes de um tribunal como uma parte do sistema de deliberação democrática. O tribunal minimalista também está atento no objetivo de promover ideias de participação democrática, deliberação e capacidade de resposta, bem como permite a continuidade do espaço para a reflexão democrática de outras instituições. Esforça-se no sentido de acomodar novos julgamentos sobre fatos e valores. E, na medida em que pode, procura fornecer decisões que podem atrair o apoio de pessoas com diversos comprometimentos teóricos (SUNSTEIN, 1999, p. ix-x, tradução nossa).

<sup>7</sup> A referida complexidade pode vir de “carência de informação, de mudanças circunstanciais ou de incertezas morais (relativamente relevantes)”. (SUNSTEIN, 1999, p. 5, tradução nossa).

O aspecto substancial diz respeito ao conteúdo que uma decisão minimalista deve promover na resolução de casos concretos: as “pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional” (SUNSTEIN, 1999, p. x-xi, tradução nossa). Estas constituem a “moralidade interna da democracia” a qual exige “igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política [accountability] (no sentido de que deve responder às múltiplas vozes do público)” (SUNSTEIN, 1999, p. x-xi, tradução nossa). Nesse sentido, um juiz que endossa uma postura minimalista, na medida em que procura deixar coisas sem decidir, está provavelmente apto a aceitar uma ampla gama de coisas as quais constituem o núcleo da convergência sobre fundamentos constitucionais.

No direito constitucional americano, um distinto conjunto de ideais substantivos agora forma esse núcleo. Sunstein explica que todos os membros da cultura constitucional concordam, por exemplo, que a Constituição protege amplos direitos de se envolver em divergências políticas: ser livre de discriminação ou mau tratamento em razão de convicções religiosas de cada um; ser protegido contra tortura ou abuso físico pela polícia; ser regulado por leis que tenham um grau de clareza; ter acesso ao tribunal para garantir que os direitos têm sido precisamente aplicados; ser livre da subordinação nas bases de raça e de sexo (SUNSTEIN, 1999, p. x-xi, tradução nossa). A substância do minimalismo pode ser capturada nessas ideias centrais, os quais operam como pontos fixos no plano de fundo de debates constitucionais.

Dessa forma, um dos objetivos do minimalismo é elaborar um particular conjunto de ideias que serão tomadas como pré-condições de um bom funcionamento da democracia constitucional. O ideal da democracia vem com sua própria moralidade interna – e existe uma grande diferença entre democracia e o que quer que certa maioria tenha optado a fazer em certo tempo. Afirma-se, destarte, que Cortes devem adotar formas de minimalismo que podem aprimorar e fortificar o processo democrático, atentando-se para as regras de Direito Constitucional que promovem a responsabilidade e deliberação políticas. Importa frisar, contudo, que “Minimalism is not by any means democracy promoting by its nature; but it is most interesting when it is democracy promoting in this way” (SUNSTEIN, 1999, p. 6, tradução nossa).

## 2.2 Acordos Teóricos Incompletos

Cass Sunstein defende a postura do minimalismo judicial a partir da utilização de um recurso interpretativo que ele denomina de acordos teóricos incompletos. O autor enuncia que acordo teórico incompleto é, pelo próprio nome, inespecífico na medida em que não define nem especifica provisões jurídicas no momento da elaboração, previsão e descrição de direitos básicos. A incompletude se perfaz quando pessoas que concordam sobre um princípio geral não necessariamente estão de acordo sobre o que esse princípio geral ocasiona nos casos concretos, pois o processo resultante do julgamento de um caso particular pode ocasionar muitos desacordos quando se pauta em uma teoria geral, na qual discute princípios abstratos e gerais e, sobretudo, as concepções sobre a melhor teoria para a manifestação desses princípios.

O autor aponta dois papéis muito importantes desempenhados por acordos não completamente específicos. O primeiro constitui o *uso social* dessa teoria, pois possibilita que as pessoas sejam capazes de concordar sobre abstrações políticas, como, por exemplo, liberdade de expressão, e assumirem que estão entrando em um ambiente de projeções compartilhadas. Esse movimento produz solidariedade social e compromisso compartilhado, auxiliando na construção de uma cultura democrática.

Outra característica importante na utilização desse recurso consiste no desenvolvimento do respeito mútuo, no sentido de que as pessoas participantes do debate jurídico dilapidam o entendimento de concepções de justiça, pois assumem que se pode chegar a um consenso em casos concretos moral ou politicamente controversos ainda que as concepções de cada um sobre os princípios gerais que os sustentam estejam em completo desacordo. “By refusing to settle concrete cases that raise fundamental issues of conscience, they permit citizens to announce to one another that society shall not take sides on such issues until it is required to do so” (SUNSTEIN, 1996, p. 36, tradução nossa).

De acordo com Cass Sunstein (1999, p. 14, tradução nossa):

[...] acordos teóricos incompletos sobre resultados particulares são um importante meio pelos quais diversos cidadãos são capazes de constituir-se como uma sociedade. Esses acordos permitem que as pessoas vivam juntas em uma maneira produtiva, mas também mostre uma forma de respeito mútuo. Isso é especialmente verdade quando as pessoas se apegam rápido

ou insistentemente às suas crenças mais abstratas (considere compromissos teológicos ou compromissos sobre a liberdade ou igualdade).

O Segundo fenômeno apresentado por Sunstein delinea-se no seguinte: pessoas que concordam com um princípio de nível médio, mas discordam sobre o princípio geral e o caso particular. Nas palavras do autor, “incompletely theorized agreements on particular outcomes<sup>8</sup>, accompanied by agreements on the narrow or low-level principles that account for them”.<sup>9</sup>Nesse sentido, pessoas que divergem em uma proposição de alto nível de abstração podem ser capazes de concordar quando diminuem o nível de abstração. “Thus a key social function of rules is to allow people to agree on the meaning, authority, and even the soundness of a governing provision in the face of disagreements about much else” (SUNSTEIN, 1996, p. 38, tradução nossa).

Um exemplo apresentado pelo autor é o pensamento analógico: um grupo de pessoas concorda que o caso A é similar ao caso B pelo mesmo princípio de baixo nível de abstração, sem estar de acordo em uma teoria geral para explicar porque o princípio de baixo nível é sólido. Dessa forma, as pessoas concordam na importância da similaridade, sem concordar sobre o que faz com que duas coisas sejam similares (SUNSTEIN, 1996, p. 38, tradução nossa).

Acordos teóricos incompletos têm a aptidão de tornar o Direito possível. Essa possibilidade envolve, sobretudo, o que Sunstein denomina de “o uso construtivo do silêncio” (SUNSTEIN, 1996, p. 39, tradução nossa) como um importante fenômeno social e legal. “Silence – on something that may prove false, obtuse, or excessively contentious – can help minimize conflict, allow the present to learn from the future, and save a great deal of time and expense. In law, as elsewhere, what is said is no more important than what is left unsaid”<sup>10</sup>.

Ressalta, portanto, que em temas sensíveis nos quais o desacordo é manifesto, o uso do silêncio constitui importante ferramenta interpretativa, pois, além

<sup>8</sup> “By the term “particular outcomes”, I mean the judgment about who wins and who loses a case. By the term “low-level principles” I refer to something relative”. (SUNSTEIN, 1996, p. 37, tradução nossa).

<sup>9</sup> “Acordos teóricos incompletos em resultados particulares, acompanhados de acordos estreitos ou de baixo nível sobre os princípios que dão conta deles”. (SUNSTEIN, 1996, p. 37, tradução nossa).

<sup>10</sup> “Silêncio - em algo que pode revelar-se falso, obtuso, ou excessivamente contencioso - pode ajudar a minimizar conflitos, permitir o presente aprender com o futuro, e salvar uma grande quantidade de tempo e dinheiro. Na lei, como em outros lugares, o que é dito não é mais importante do que aquilo que não é dito.” (SUNSTEIN, 1996, p. 39, tradução nossa).

de orientar uma hermenêutica mais “vantajosa” no sentido de custos de erros de decisão, permite a construção progressiva do que o autor denomina de respeito mútuo, solidariedade e compromisso compartilhado.

Utilizando-se do recurso contrário – acordos completos sobre determinadas teorias – levantando o nível de abstração do debate, ou seja, tornando o debate mais abstrato e genérico, ocorre uma espécie de revelação de preconceitos, confusões ou inconsistências, de acordo com Sunstein. Isso porque, quando elevamos o nível de abstração iniciamos o debate sobre as convicções particulares de cada um; sobre o que cada cidadão concebe como justo, igual ou livre. Assim também ocorre em um tribunal, com membros dotados de variadas concepções sobre o Direito, sobre princípios, sobre interpretações dos motivos que tornam aquela concepção a melhor, a eleita dentre outras concepções jurídicas.

Evidenciou-se que acordos teóricos incompletos permitem que as pessoas estejam de acordo com resultados sem concordar com os princípios gerais que os fundamentam. Essa vantagem, de acordo com Sunstein, não diz respeito somente no tocante à atividade de decidir casos concretos, à mecanicidade da interpretação constitucional realizada pelos tribunais. Diz respeito, sobretudo, à estabilidade social. O autor atenta para o fato de que esse equilíbrio social pode não existir se desacordos fundamentais eclodirem em cada caso objeto de interpretação, seja em disputas públicas ou privadas.

Em segundo lugar, Sunstein destaca que o uso de princípios de baixa abstração pode promover dois objetivos da democracia liberal e de um sistema legal liberal: capacitar as pessoas a viverem juntas e permitir que elas mostrem uma a outra a graduação do respeito mútuo. “The use of low-level principles or rules generally allows judges on multimember bodies and hence citizens to find commonality and thus a common way of life without producing unnecessary antagonism” (SUNSTEIN, 1996, p. 39, tradução nossa).

O sentido atribuído pelo autor para delinear o que seria a noção de respeito mútuo, civilização ou reciprocidade, engendrados pela utilização de acordos incompletos inespecíficos, repousa na seguinte questão: muitas vezes pessoas discordam de modo profundo sobre algumas questões – por exemplo, a maioria penal e o casamento entre homossexuais – mas estão de acordo em não discutir demasiado sobre esse mesmo assunto. Esse fenômeno, de acordo com Sunstein, é

uma forma de deferimento às convicções mais fortes de cada um, mostrando que, ainda que não haja acordo entre concepções do que seria a melhor interpretação para cada princípio geral, ou ainda, o que seria a convicção particular de cada um, existe respeito e reciprocidade justamente nesse “acato” ao outro.

Nesse sentido:

[...] Institutional arguments in law – especially those involving judicial restraint – are typically designed to bracket fundamental questions and to say that however those questions might be resolved in principle, courts should stand to one side. The allocation of certain roles has an important function of allowing outcomes to be reached without forcing courts to make decisions on fundamental issues. Those issues are resolved by reference to institutional competence, not on their merits. (SUNSTEIN, 1996, p. 40, tradução nossa).

Quatro considerações são ressaltadas por Cass Sunstein sobre acordos incompletos. A primeira aponta para a função de reduzir os custos políticos dos contínuos desacordos, evidenciando que o repúdio às teorias de larga escala proporciona menos “perdas” para as partes, tendo em vista que podem ganhar em outra ocasião.

A segunda diz respeito à moralidade alcançada pelo uso desse recurso, destacando que a completude dos acordos referentes, por exemplo, ao princípio da igualdade, sofrerá mudanças no âmbito dos valores e dos fatos, pois, no decorrer do tempo, cada fato adquire uma valoração distinta, com reflexos sociais também distintos e, sobretudo, com mudanças institucionais e jurídicas<sup>11</sup>.

A terceira razão é de âmbito prático: acordos incompletos podem ser o melhor discurso válido para pessoas de tempo e capacidade limitados (SUNSTEIN, 1996, p. 42, tradução nossa). Considerando um tribunal de vários membros, cada qual com seus paradigmas interpretativos, é evidente a dificuldade de se chegar a um consenso sobre o caso concreto, pois o enfrentamento sobre conceitos e concepções de justiça no caso em mãos passa por dois crivos hermenêuticos: o juízo de valor de um juiz considerado singularmente; e, o juízo de um intérprete comparado com o de outros

<sup>11</sup> “Consider ordinary life. At a certain time, you may well refuse to make decisions that seem foundational character – for example, whether to get married within the next year, whether to have two, three, or four children, or whether to live in San Francisco or New York. Part of the reason for this refusal is knowledge that your understandings of both facts and values may well change. Indeed, your identity may itself change in important and relevant ways and for this reason a set of commitments in advance – something like a fully theorized conception of your life course – would make no sense”. (SUNSTEIN, 1996, p. 42, tradução nossa).

membros, resultando na decisão. Nesse sentido, Sunstein destaca que a teorização incompleta confere a vantagem de produzir um sentimento de humildade e modéstia entre os operadores do direito.

A quarta e última reflexão é que acordos incompletos são muito bem adaptados para um sistema que deve ou pode tomar os precedentes como pontos fixos. Essa fixação como uma espécie de paradigma para a decisão de outros casos não é imutável. Sunstein explica que os precedentes podem e são revisados, mas somente em circunstâncias extraordinárias (SUNSTEIN, 1996, p. 42, tradução nossa), advertindo que “if a judge or a lawyer were to attempt to reach full theorization, precedents would have at most the status of considered judgments about particular cases, and these might be revised when they run into conflict with something else that he believes and that is general or particular” (SUNSTEIN, 1996, p. 42-43, tradução nossa).

Assim, teorias completas forjariam o objetivo que constitui a ideia central dos precedentes, causando instabilidade e insegurança jurídica. Ademais, há um ponto mais abstrato aqui: “Moralidade humana reconhece bens irreduzivelmente diferentes, que não podem ser subsumidos sob um único valor de ‘mestre’”. (SUNSTEIN, 1996, p. 43, tradução nossa). Assim, não se coaduna com a teoria apresentada nem com os valores morais refletidos no direito a organização de julgamentos legais através de uma única concepção de valor. Isso se explica porque é improvável que sejamos capazes de apreciar os diversos valores em jogo, e descrevê-los com a especificidade que eles merecem, a menos que investiguemos os detalhes das disputas particulares. Ademais, entraríamos em um importante fato prático: “divergências sociais sobre a melhor forma de descrever ou especificar os valores relevantes” (SUNSTEIN, 1996, p. 44, tradução nossa).

### 2.3 Fundamentação superficial e estreita

A prática minimalista envolve duas principais características: estreiteza e superficialidade. Nesse caminho, um juiz minimalista procura decidir o caso em mãos ao invés de estabelecer regras amplas que fundamentem tais decisões. A estreiteza (“*narrowness*”) de uma decisão, portanto, está exatamente na prática de evitar teorizações excessivamente amplas para os casos morais ou politicamente controversos. Assim, “they decide the case at hand; they do not decide other cases

too, except to the extent that one decision necessarily bears on other cases, and unless they are pretty much forced to do so” (SUNSTEIN, 1996, p. 44, tradução nossa).

Estreiteza se relaciona com a postura minimalista quando se procura proferir decisões que não são mais amplas do que o necessário para apoiar o resultado (SUNSTEIN, 1999, p. 11, tradução nossa). Dessa forma, é mais estreita uma decisão que propõe que a discriminação contra retardados mentais enfrentará uma revisão de bases racionais e, normalmente, será mantida, do que uma decisão que enuncia que a discriminação em todos os outros motivos que não a raça enfrentará revisão de base racional<sup>12</sup>.

A segunda característica apresentada sugere a fundamentação rasa no sentido de preferir uma decisão que preze pela superficialidade (“*shallowness*”) do que pela profundidade (“*depth*”). “Minimalistas geralmente tentam evitar questões de princípio básico. Eles querem permitir que pessoas que discordem em questões profundas, convirjam” (SUNSTEIN, 1999, p. 10, tradução nossa).

Em uma decisão rasa ao invés de profunda, há a possibilidade de julgamentos de casos concretos em casos particulares, desacompanhados por participações abstratas sobre o que embasa aqueles julgamentos. Assim, o resultado de casos concretos é apoiado não por teorias abstratas, mas pelo raciocínio não ambicioso nos quais as pessoas podem convergir mesmo com diversos fundamentos, ou pelo menos com incertezas sobre os fundamentos apropriados<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Exemplos de decisão estreita são apresentados pelo autor, o qual relembra em seus escritos a decisão do tribunal para derrubar o programa do machismo no Instituto Militar da Virgínia. A decisão foi apertada e referente à argumentação oferecida para suportar o resultado da decisão o tribunal não disse muito sobre a legitimidade da segregação sexual na educação. Sobre a decisão da Corte referente ao tema do suicídio assistido por médico, “uma decisão que, por um vazio de cinco a quatro da maioria, deixou em aberto a possibilidade de que um paciente competente tenha o direito de morrer, quando a morte é iminente e a dor física é grave”. (SUNSTEIN, 1999, p. 10, tradução nossa). No caso *Romer v. Evans* (1996), em que a decisão do tribunal invalidou uma lei aparentemente discriminatória contra homossexuais e, nesse caso, o tribunal falou pouco e não disse algo sobre a gama de possíveis casos de discriminação contra os homossexuais, como a exclusão do militar ou uma proibição de casamento de mesmo sexo. “the Court’s 1996 decision in *Romer v. Evans*, invalidating a Law apparently discriminating against homosexuals; in that case the Court spoke narrowly and Said nothing about the range of possible cases involving discrimination against homosexuals, such a exclusion from the military or a ban on same-sex marriage”. Ibidem. p. 10, tradução nossa. No entanto, explica Sunstein que dentro da justiça federal americana não há de forma alguma um consenso sobre se o minimalismo na sua forma de regras estreitas constitua o modo certo para um tribunal proceder. Exemplos dessas posturas podem ser encontradas em juízes como Scalia, Thomas, Marshall e Warren, cujas linhas de atuação jurisprudenciais constroem um panorama que favorece julgamentos amplos e orientações mais claras possíveis.

<sup>13</sup> Um exemplo apontado pelo autor são os debates filosóficos que incluem reflexões sobre a lei. Esse tipo de debate opera com alto grau de abstração. Todavia, os participantes do debate podem ser

Sunstein elucida que juízes que divergem ou estão incertos sobre os fundamentos de direitos tidos como constitucionais, ou sobre o método constitucional apropriado, quando do julgamento de casos controversos, poderiam muito bem ser aptos a convergir sobre como os referidos casos particulares devem ser manuseados (SUNSTEIN, 1999, p. 13, tradução nossa).

Exemplificando, juízes que possuem diferentes concepções sobre, por exemplo, o princípio da liberdade de expressão, endossando cada qual seus fundamentos sobre o referido princípio, podem entrar em um acordo em uma gama de casos específicos que, diferentemente, versem sobre o princípio básico. Igualmente, pessoas que possuem desacordos sobre questões fundamentais como a manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana, podem, em um debate estreito e superficial, convergirem para a máxima de que a tortura é inconstitucional.

Em razão da simplicidade de raciocínio quando da utilização dessas técnicas interpretativas, as quais buscam, na resolução de casos concretos, a estreiteza e a superficialidade, características pertencentes aos acordos teóricos incompletos, recurso interpretativo da teoria do minimalismo judicial, o que se desvela é uma falsa compreensão de que tais decisões são desacompanhadas de razões.

O fenômeno é justamente o contrário: decisões minimalistas não excluem as razões da decisão, apenas recusam-se a oferecer teorias completas e ambiciosas para um resultado. Dessa maneira, “existe uma grande diferença entre recusar-se a dar um argumento ambicioso para um resultado e recusar-se a dar alguma razão para tudo” (SUNSTEIN, 1999, p. 13, tradução nossa). Às vezes, a ambição de estipular uma razão completa sobre tudo é simplesmente desnecessário, e, ao contrário, explanações com um baixo grau de abstração, comandando acordos de diversas pessoas, são inteiramente suficientes (SUNSTEIN, 1999, p. 14, tradução nossa).

Desse modo, juízes minimalistas tentam elaborar decisões que sejam superficiais ao invés de profundas. Eles tentam evitar questões fundamentais na medida em que possam e assim promover um objetivo crucial do sistema político liberal: “tornar possível para as pessoas convergirem quando o acordo é necessário,

---

trazidos para dentro de um acordo quando questões concretas são levantadas sobre qual seria a lei apropriada. Assim, “kantians and utilitarians might well agree, for example, that speed-limit laws of a certain kind make sense, or that the Law of negligence points in proper directions, or that there is no right to kill infants”. (SUNSTEIN, 1999, p. 10, tradução nossa).

e tornar desnecessário para as pessoas convergirem quando o acordo é impossível. Minimalismo judicial é bem adequado para esse objetivo” (*Ibid*).

## 2.4 Promoção da Democracia Deliberativa

No sistema da democracia deliberativa os representantes do povo são participações do público na medida em que, dentro da esfera do cargo e função atribuídos, respondem, perante a comunidade eleitoral, sobre, por exemplo, quais os tipos de decisões estão tomando enquanto atores políticos representantes do povo. A doutrina constitucional pode ajudar nesse tipo de controle eleitoral, assegurando que a participação dos cidadãos esteja efetivamente realizando-se de forma democrática.

O aspecto deliberativo da democracia constrói-se no pano da diversidade. A deliberação é fruto de razões conectadas por pessoas diferentes, com informações e perspectivas distintas. Em uma sociedade heterogênea, a deliberação é um fenômeno de acolhida enaltecida em razão do pluralismo social. Sem pluralismo a deliberação tornaria sem propósito, pois, se todos pensassem de forma similar, com desejos, perspectivas e limitações similares, não haveria motivo para fomentar o debate, já que todos se colocariam de acordo sobre a maior parte dos assuntos políticos, morais ou filosóficos. Assim, “em uma sociedade pluralista, as divergências podem ser uma força produtiva, ajudando a isolar divergências factuais e mostrando como as diferenças, no que diz respeito aos valores que regem, podem ser esclarecidas” (SUNSTEIN, 1999, p. 25, tradução nossa).

Na democracia deliberativa as razões que as suportam não podem estabelecer-se por força ou interesse próprio, pois a democracia constitui muito mais que um mero assunto estatístico, se expressa como compromisso com a igualdade política. E, as razões oferecidas ao público, participantes supremos, devem obedecer a raciocínios válidos para toda a comunidade política.

Nesse sentido, a legislação não pode ser suportada por motivos puramente religiosos; legislação enraizada somente em convicções religiosas não poderia contar como válida para os cidadãos que rejeitam estas razões como justificativa. Pautando-se em critérios da vida pública, a legislação também não pode ser justificada “por motivos que negam a igualdade fundamental dos seres humanos, ou que reflitam

desprezo para concidadãos, ou que tentam humilhá-los” (SUNSTEIN, 1999, p. 25, tradução nossa).

A disposição de razões que possam valer para toda a comunidade é parte da concepção liberal de legitimação política de acordo com Sunstein. As ideias embutidas expressam um ideal de reciprocidade, no qual os cidadãos estão cientes da responsabilidade de um com os interesses e reivindicações dos outros. Essa exposição de razões relevantes deve ser oferecida publicamente e deve constituir a substância para o processo da deliberação democrática:

[...] O sistema político constitui um sistema parcial, especializado em decisões que obrigam coletivamente, ao passo que as estruturas comunicativas da esfera pública formam uma rede ampla de sensores que reagem à pressão de situações problemáticas da sociedade como um todo e estimulam opiniões influentes. A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode “dominar” por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo. (HABERMAS, 1997, p. 23)

Existe uma forte conexão entre minimalismo judicial e democracia no tocante ao objetivo exato de tal postura judicial: “promover o controle eleitoral, ajudando a garantir que os atores políticos responsáveis “tomem decisões importantes” (SUNSTEIN, 1999, p. 24, tradução nossa). Para evitar atrasos e permitir que os órgãos democraticamente responsáveis funcionem, juízes podem recusar-se a ouvir tudo de um caso ou regular de forma estreita ao invés de ampla, tendo em vista que as formas de minimalismo de promoção da democracia, destinadas a promover tanto a responsabilidade quanto a razão oferecida, são adequadas e salutares para as funções judiciais, pois elas promovem os ideais constitucionais sem o risco de intervenção judicial excessiva em domínios políticos (SUNSTEIN, 1999, p. 28, tradução nossa).

Entre outros, os seguintes princípios exemplificam a postura minimalista, que recomendam ao judiciário:

1) “invalidar leis vagas precisamente porque elas permitem que funcionários da administração pública, ao invés de representantes eleitos, determinem o conteúdo do direito.”

2) “utilizar a doutrina da «não delegação» [nondelegation doctrine] para exigir o juízo do poder legislativo ao invés do poder executivo”

3) “invocar a doutrina da desuetude, a qual proíbe o uso de leis muito antigas que carecem de apoio público atual, para exigir maior apoio pela via da accountability e deliberação”

4) “exigir que a discriminação seja justificada por referência a propósitos atuais ao invés de meramente hipotéticos, mantendo aberta assim a questão se justificações seriam adequadas no momento em que oferecidas e fundamentadas de modo persuasivo na política.”

5) “tentar assegurar que todas as decisões sejam apoiadas por justificações aceitáveis publicamente ao invés do resultado exclusivo de posições, poder e auto-interesse; (...). (SUNSTEIN, 1999, p. 27, tradução nossa).

Cass Sunstein enumera alguns exemplos<sup>14</sup> os quais podem ser considerados como decisões que se comprometeram com a promoção da democracia no minimalismo no direito norte-americano, bem como compara estes exemplos com mais três precedentes<sup>15</sup> os quais rejeitam a postura minimalista.

Os exemplos expostos como promoção da democracia no minimalismo possuem muito em comum. Eles envolvem julgamentos estreitos que deixam as maiores questões para outro dia. Eles também envolvem julgamentos sobre os quais diversas pessoas podem convergir, ainda que não precisem. Todos eles têm funções democráticas reforçadas. E isso é mais evidente para *Kent v. Dulles* e *Hampton v. Mow Sun Wong*. “Nesses dois casos o julgamento da Corte foi expressivamente fundado sob a ideia de que organismos responsáveis publicamente devem formular uma decisão que foi desafiada no caso em mãos” (SUNSTEIN, 1999, p. 35, tradução nossa).

Em suma, a teoria do minimalismo judicial em sua forma procedimental consiste no constante esforço em afastar das razões oferecidas para cada decisão a amplitude e a profundidade dos argumentos. Em uma sociedade heterogênea, a qual, frequentemente, pessoas razoáveis divergem, o minimalismo possui distintas virtudes.

Inicialmente, revela-se como uma forma de mostrar respeito mútuo uns aos outros. O minimalismo também mantém a flexibilidade para o futuro, uma virtude especialmente grande quando fatos e valores estão em fluxo, pois recusa a congelar os ideais e concepções existentes e, desse modo, mantém uma considerável quantidade de espaço para deliberações futuras. Essa postura desencadeada pelo

<sup>14</sup> Vide *Kent v. Dulles*; *Griswold v. Connecticut*; *Bakke case*, do Juiz Lewis Powell; *Hampton v. Mow Sun Wong*; (SUNSTEIN, 1999, p. 32-36).

<sup>15</sup> Vide *Fred Scott*; *Roe v. Wade*; *Brown*. (SUNSTEIN, 1999, p. 37-38)

uso de acordos teóricos incompletos é especialmente importante para juízes que, naturalmente, não têm certeza se seus juízos sobre o assunto controvertido estão corretos.

Ademais, certas formas de minimalismo podem promover fins democráticos, não simplesmente deixando questões sem decidir, mas também por permitir a opinião de aderir ao longo do tempo e por estimular processos de deliberação democrática. “When the Court strikes down a statute as vague, for example, it effectively requires the legislature to make crucial judgments, rather than leaving those judgments to others” (SUNSTEIN, 1999, p. 259, tradução nossa).

Objetivos democráticos conectam uma ampla gama de características aparentemente díspares do direito constitucional:

[...] o vazio de imprecisão e a não delegação de doutrinas, a exigência de que o Congresso fale com clareza sobre certas questões, a revisão da racionalidade, a preocupação ocasional com o desuso, e a exigência de que certas formas de discriminação sejam justificadas por atuais ao invés de hipotéticos fins. (SUNSTEIN, 1999, p. 260, tradução nossa).

Em sua forma substancial, a teoria do minimalismo judicial consiste no conteúdo substantivo advindo, certamente, de ideias substantivas, independente do julgamento sobre largura e profundidade adequadas. O direito americano tem convergido sobre um impressionante conjunto mínimo de comprometimentos substanciais. Estes incluem o direito da livre dissidência política, a proteção contra a discriminação nas bases de suas crenças religiosas, proibição da tortura e do abuso policial, proibição de subordinação nas bases de raça e de sexo.

O minimalismo também atenta para um núcleo mais amplo de ideais substantivos que um tribunal minimalista deve endossar. Esses ideais crescem dos compromissos da Constituição com a deliberação democrática e a igualdade política. Assim, o princípio da liberdade de expressão deve operar primeiramente para providenciar um amplo espaço de respiro para as expressões políticas e para garantir que o Congresso legisle com clareza e precisão quando procurar regular expressões de textos normativos. A par disso, segue-se que alguns esforços de regular o mercado do discurso, no interesse da promoção do bom funcionamento do sistema de liberdade de expressão, são constitucionalmente irrepreensíveis.

No tocante à compreensão particular do princípio da igualdade da Constituição, esse princípio opera como uma proibição na criação de castas e sobre

expressões do governo para cidadãos americanos. O princípio da igualdade deve ser forçado mais agressivamente do que qualquer outro direito constitucional à privacidade. Assim, uma corte minimalista faria bem em adotar um entendimento particular tanto de liberdade de expressão quanto de igualdade civil, um entendimento que pode fornecer uma base segura para exploração de novas áreas de disputas constitucionais.

Com os olhos para os objetivos democráticos, tribunais podem proceder de forma minimalista com respeito à ação afirmativa, o direito de morrer, discriminação nas bases de sexo e orientação sexual, e supostamente o discurso prejudicial realizado por novas tecnologias de comunicação. Em todas essas áreas a Corte faria bem em evitar regras amplas e proceder de um modo que complemente e não substitua o processo democrático.

Isso será possível com a combinação da conscientização dos limites institucionais com o sentido do ponto básico das garantias constitucionais subjacentes, através da insistência de que o núcleo da garantia da liberdade de expressão é um direito político sem censura dentro do contexto da igualdade política, e através do entendimento de que o núcleo da garantia de igual proteção é uma proibição sobre os esforços governamentais de criar segunda-classe de cidadãos.

### **3 MINIMALISMO JUDICIAL APLICADO À RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4335/AC**

É sabido que no julgamento do HC 82.959-SP, em sessão plenária de 23.2.2006, de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 ("Lei dos Crimes Hediondos"), que vedava a progressão de regime em casos de crimes hediondos. Após essa declaração, a Lei 11.464/07 modificou a Lei de Crimes Hediondos, sendo que em 28/02/2011 o STJ editou a Súmula nº 471, com a seguinte redação: "Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no artigo 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional".

Na Reclamação Constitucional nº 4335 alegou o reclamante que, em 02/03/2006, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio

Branco, ora reclamado, fez afixar comunicado em vários pontos das dependências do Fórum de Rio Branco - Acre, informando que a decisão no HC 82.959/SP somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Para apreciar a dimensão constitucional do tema, cujo âmago consistia na aplicação de dispositivo declarado inconstitucional, o relator Min. Gilmar Mendes construiu reflexões sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, defendendo a mutação da competência do órgão (art. 52, X, CF) e ampliando sua competência através desse instrumento – já que o cerne do debate era a aplicação da eficácia *erga omnes* no controle difuso sem a intervenção do Senado.

Inicialmente, elencam-se no voto várias teorias e posicionamentos sobre a natureza do ato do Senado. As conclusões assentadas consentem que o Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto; cuida-se, na verdade, de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Ainda, não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não obstante, não pode a Alta Casa do Congresso restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Após, o relator pondera que essas reflexões e práticas parecem recomendar uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade, sugerindo uma mutação constitucional no tocante à suspensão de execução da lei pelo Senado. Destacou que com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente, operando-se uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Inicialmente, cumpre esclarecer que após longo período de maturação o assunto foi resolvido contra a possibilidade cogitada de mutação constitucional. A tendência expansiva dos efeitos de decisões no controle difuso foi reconhecida, mas, no caso, a Reclamação foi conhecida e deferida, na prática, simplesmente, porque houve a superveniência de um enunciado de súmula vinculante (Súmula n. 26) sobre o assunto de fundo agitado na Reclamação.

Constata-se que o referido Ministro do STF se utilizou de teorias abstratas, apresentando fundamentação extremamente ampla e demasiadamente profunda, a qual pode gerar desacordos desnecessários na resolução do caso concreto. Considerando que decisões minimalistas prezam pela fundamentação incompleta propondo que para sustentar o caso controverso é aconselhável a utilização apenas de raciocínios necessários para a resolução do mesmo, é possível, primeiramente, analisar a completude dos argumentos expostos e, após, apresentar possíveis diretivas argumentativas as quais ensejariam uma decisão mais minimalista.

Cabe sublinhar que o debate sobre a competência do Senado disposta no art. 52, X, da CF, seus limites e possibilidades, sua evolução histórica e possível mudança de compreensão sobre sua “prestabilidade” no controle de constitucionalidade concreto brasileiro não foi aventado na Reclamação 4.335-5/AC. O cerne do caso era a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, letra “I” da CF/88) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, letra “f” da CF/88), haja vista que o reclamante, condenado por crime hediondo, não obteve o benefício da progressão de regime em razão de o dispositivo que autorizava a concessão de tal benesse ter sido declarado inconstitucional em sede de controle difuso, sem atribuição de efeito *erga omnes* por ausência de Resolução do Senado.

Contudo, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação *supra*, ao invés de resolver o caso em análise construiu teorias sobre as razões pelas quais o caso concreto merecia este ou aquele caminho. Nesse sentido, considerou a possibilidade de atribuir eficácia *erga omnes* a decisões em controle incidental, independentemente de o Senado Federal haver exercido a sua competência privativa de suspender a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo.

Ora, esta postura pode obstruir a promoção da democracia deliberativa não apenas no sentido de que procede resolvendo por completo questões políticas e jurídicas controvertidas, mas também, e mais fundamentalmente, no sentido de que não garante que decisões importantes sejam realizadas pelos atores politicamente responsáveis.

Diante do exposto, é possível afirmar que uma leitura minimalista do caso em cotejo pode ser construída sob dois aspectos: procedimental e substancial.

Sob o prisma procedimental argumenta-se que não há previsão no texto constitucional, expressa ou tácita, de controle de constitucionalidade incidental com atribuição de efeitos *erga omnes*. No controle difuso, a arguição de inconstitucionalidade se dá de modo incidental, constituindo questão prejudicial. Por outro lado, no controle concentrado a declaração se implementa de modo principal, constituindo o objeto do julgamento.

O Professor Pedro Lenza salienta que a doutrina sempre sustentou, com Buzaid e Grinover, que “se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo inter partes — fora do processo no qual foi proferida” (Controle da constitucionalidade, RePro 90/11) (LENZA, 2014).

O efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e na hipótese de edição de súmula vinculante (EC n. 45/2004). No que tange ao controle difuso, nos termos da regra do art. 52, X, da CF/88, o efeito somente pode ser atribuído após atuação discricionária e política do Senado Federal, mediante a aprovação de projeto de resolução. Logo, não havendo suspensão da lei pelo Senado Federal no controle difuso, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão de sua não aplicação. Os juízes e tribunais do Brasil poderão continuar aplicando a lei, sem estarem vinculados à decisão do caso concreto.

À vista disso, e considerando que o Senado Federal não está vinculado à decisão do STF no controle de constitucionalidade, à Corte caberia exercer novamente o controle incidental de constitucionalidade na oportunidade do julgamento da Reclamação Constitucional e, como prevê a Carta, notificar o Senado Federal

sobre a decisão para que, querendo, expeça Resolução, suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional. Esta é a previsão constitucional.

No que se refere ao aspecto substancial, vale destacar que uma posição minimalista se dedicaria à, por meio do controle incidental de constitucionalidade, aventar novamente os fundamentos que ensejaram a declaração que julgou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 ("Lei dos Crimes Hediondos") que vedava a progressão de regime em casos de crimes hediondos, podendo, inclusive, referir-se ao precedente objeto de controle.

Ou seja, o Supremo poderia ter se limitado a resolver a controvérsia objeto da Reclamação Constitucional, deixando o debate sobre a aplicabilidade da Resolução do Senado Federal sem decidir e, portanto, fornecendo um acordo teórico incompleto, de forma a promover os ideais constitucionais sem o risco de intervenção judicial excessiva em domínios políticos (SUNSTEIN, 1999, p. 28, tradução nossa).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do professor Cass Robert Sunstein apresenta um modelo de atuação jurisprudencial minimalista, formulando dois caminhos interpretativos. O primeiro refere-se ao papel institucional do judiciário, caracterizado como um conjunto de recomendações formais aos juristas, sugerindo que juízes evitem utilizar argumentos profundos e controversos ao expor suas decisões nos casos concretos. Formula para tal objetivo o recurso à utilização de acordos teóricos incompletos, recomendando que a argumentação que enseja o resultado seja estreita e superficial, mantendo as divergências sobre razões filosóficas e/ou moralmente controversas sobre os resultados concretos, sobre os quais há acordo efetivo.

O segundo caminho, complementar e consequente, refere-se ao conteúdo que uma decisão minimalista deve promover na resolução de casos concretos: as pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional. Estas constituem a moralidade interna da democracia a qual exige igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política [accountability].

Em algumas áreas, regras amplas podem oferecer uma boa dose de bom senso, e em alguns casos diversos juízes podem e devem convergir em abstrações

ambiciosas teoricamente, envolvendo liberdade e igualdade por exemplo. Esses são os momentos mais gloriosos na cultura jurídica em qualquer nação.

No entanto, Cass Sunstein ressalta outro ponto: quando a democracia está em estado de incertezas éticas ou políticas, Cortes podem não ter a melhor ou final resposta, bem como tais respostas judiciais podem estar incorretas e os tribunais podem ser contraproduativos mesmo se estiverem certos. Nessa ocasião, um tribunal faz o melhor ao proceder de um modo mais catalítico do que preclusivo, sendo que essa postura está intimamente sintonizada com o fato de que os tribunais são participantes de um elaborado sistema de deliberação democrática.

A teoria do minimalismo judicial está longe de ser uma fórmula mágica de solução de casos políticos, morais ou filosoficamente controversos. Como toda linha de reflexão, apresenta suas fragilidades e limitações, as quais devem ser analisadas e tomadas como referência em cada caso concreto. No entanto, diante das variadas teorizações e posturas judiciais interpretativas, o minimalismo judicial apresenta-se como uma postura muito coerente com o propósito civilizatório da incansável busca de uma sociedade cada vez mais livre e democrática. “Minimalism is not always the best way to proceed. But it has distinctive uses in constitutional law, where judges, well aware of their own limitations, know that sometimes the best decision is to leave thing undecided” (SUNSTEIN, 1999, p. 263, tradução nossa).

## 5 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional 4.335 Acre**. Brasília, DF, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 31 jan. 2016.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LENZA, Pedro. Abstrativização do controle difuso? O Senado transformou-se em um mero "menino de recado"? O STF reconheceu a mutação constitucional do art. 52, X? **Carta Forense**, 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/abstrativizacao-do-controle-difuso-o-senado-transformou-se-em-um-mero->

menino-de-recado-o-stf-reconheceu-a-mutacao-constitucional-do-art-52-x/13769>.

Acesso em: 15 fev. 2016.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Ativismo Judicial, Autorrestrrição Judicial e o “Minimalismo” de Cass Sunstein**. Londrina: Diritto & Diritti, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo Jurídico**: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Havard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Chicago, 2002.

SUNSTEIN, Cass. **Acuerdos Carentes de Una Teoría Completa en Derecho Constitucional**. Cali: Universidad Icesi, 2007.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

## ORIGENS E FUNDAMENTOS DA *JUDICIAL REVIEW*: UM BERÇO AMERICANO<sup>1</sup>

THE ORIGINS AND FUNDAMENTS OF THE JUDICIAL REVIEW: AN AMERICAN CONSTRUCTION

*Alessandra Garcia Marques*<sup>2</sup>

*Amir Barroso Khodr*<sup>3</sup>

### Resumo

O presente trabalho pretende abordar a origem e os fundamentos da *judicial review*, com o objetivo de desmistificar a relevância excessiva dada ao caso Bonham e à doutrina de Edward Coke, tendo em vista que foi determinante para que o controle de constitucionalidade fosse instituído nos Estados Unidos os fatos históricos que produziram a independência do país e o apego à ideia de rigidez e de supremacia da constituição. Para tanto, foi apreciada a doutrina tradicional sobre o tema, à qual foi contraposta a doutrina minoritária que nega de forma justificada a importância extrema do caso Bonham e da doutrina Coke. O trabalho leva em consideração o fato de que, mesmo na doutrina tradicional, já se pode observar autores mencionando casos anteriores ao *Marbury v. Madison* em que foi apreciado pela Suprema Corte americana o controle de constitucionalidade. Como resultado, foi possível comprovar que mais de trinta casos de controle de constitucionalidade antecederam o caso Bonham, e que a doutrina Coke não foi relevantíssima para a *judicial review* americana, sendo que o caso *Marbury v. Madison* tornou-se importante para quem estuda a *judicial review* mais em razão das circunstâncias em que esteve envolto do que pela real significação do caso propriamente.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Controle de constitucionalidade. Independência americana. Rigidez constitucional. Supremacia da Constituição.

### Abstract

This article aims to address the origins and foundations of the judicial review, intending to demystify the excessive importance given to the Bonham case and the doctrine of Edward Coke, given that was crucial to the constitutionality control were instituted in the United States historical the facts that produced the country's independence and attachment to the idea of rigidity and supremacy of the constitution. Therefore, by the analysis of the traditional judicial review authors it was possible to demonstrate a palpable conflict between a minority of authors that justifiably denied the relevance of Bonham's case and the doctrine of Edward Coke. The work takes

<sup>1</sup> Artigo submetido em 30/10/2015, pareceres de análise em 26/01/2016 e 18/08/2016, aprovação comunicada em 22/08/2016.

<sup>2</sup> Promotora de Justiça no Estado do Acre e Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. E-mail: <amarques@mpac.mp.br>.

<sup>3</sup> Advogado e Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. E-mail: <amirbkbhodr@gmail.com>.

into account the fact that even in traditional doctrine, as can be seen authors citing previous cases the *Marbury v. Madison* that was analyzed by the Supreme Court the constitutionality of control. As a result, it was possible to prove that more than thirty *judicial review* cases were prior to *Bonham* case, and that the Edward Coke's doctrine was not relevant for the creation of the North-American *judicial review*. It was also possible to conclude that *Marbury v. Madison* became important for the *judicial review* manly because of the circumstances involved other than the real significance of the leading case itself.

**Keywords:** Constitutional Law. *Judicial Review* of Legislation. North-American Independence Process. Constitutional Rigidity. Supremacy of the Constitution.

**Sumário:** 1. *Introdução*; 2. *A origem*; 3. *As colônias e o controle de seus atos pelo Direito Inglês*; 4. *As constituições da Virgínia, Filadélfia, Nova York e Massachusetts e o controle de constitucionalidade*; 5. *Judicial Review após a independência das Treze Colônias (1776-1787) até a era Pré-Marshall*; 6. *Consagração doutrinária do controle de constitucionalidade das Leis na América Independente*; 7. *Judicial Review antes de Marbury v. Madison segundo Treanor*; 8. *O caso Marbury v. Madison*; 9. *A decisão da Suprema Corte no caso Marbury v. Madison e a Judicial Review*; 10. *Conclusão*. 11. *Referências*.

## 1 INTRODUÇÃO

Quando estudamos Direito Constitucional é comum nos depararmos com a ideia de que a *judicial review* nasce inspirada no *Bonham's case* e na doutrina de Edward Coke, tal como adiante veremos. Todavia, compulsando de modo mais aprofundado a doutrina constitucionalista, especialmente Sánchez (1998) e Treanor (2005), é possível compreendermos que nem *Bonham's case* nem a doutrina de Edward Coke são responsáveis diretos ou os mais fortes precedentes da *judicial review*.

No mesmo sentido, quem estuda Direito Constitucional frequentemente é convidado a compreender a *judicial review* a partir do caso *Marbury v. Madison*. Contudo, é possível asseverarmos que o controle de constitucionalidade já era realizado nos Estados Unidos da América antes de 1803, tanto que, entre a independência das 13 (treze) colônias e o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, diversas leis foram julgadas inconstitucionais em solo americano, contrariando a doutrina que defende o ineditismo desse julgamento e até mesmo parte minoritária da doutrina que afirma terem precedido o caso em comento 2 (dois) julgamentos em que foi discutido o controle de constitucionalidade (TREANOR, 2005). De mesmo modo, é relevante apontarmos que o caso *Marbury v. Madison* não teve por objeto assunto

extremamente relevante que justificasse ser tomado como o caso mais importante caso de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, pretendemos resgatar a concepção mais sofisticada e ainda isolada de Sánchez (1998, p. 38), e nem por isso desarrazoada, a respeito dos verdadeiros precedentes históricos da *judicial review*, de mesmo modo que almejamos demonstrar que a sua consolidação é conseqüência direta dos fatos históricos que desencadearam a independência das colônias inglesas na América do Norte, os quais resultaram também na criação da primeira constituição rígida e a mais duradoura no sentido moderno, apoiada na separação dos poderes e na ideia de supremacia constitucional adotadas na América.

Aliás, o controle de constitucionalidade americano pode ser encarado paradoxalmente como uma lição bem apreendida pelos colonos ingleses na América, pois, sobretudo após o fim da Guerra dos Sete Anos, de tanto serem vítimas insistentes do controle de seus atos em face da Constituição Inglesa de 1688 e das Cartas Inglesas que regiam as colônias, aprenderam e passaram a fazê-lo mais e melhor. Estudando, inclusive, a *judicial review* realizada nos Estados Unidos, podemos perfeitamente dizer que seu berço é um berço americano.

De qualquer forma, o que objetivamos no presente trabalho é demonstrar que nem o caso Bonham foi determinante para a *judicial review* nem o caso *Marbury v. Madison* foi o primeiro e mais relevante caso em que se realizou a *judicial review of legislation*, porque essa decorreu dos fatores externos a que estavam submetidas as colônias inglesas na América e também dos conflitos de classe que internamente insistiam em ocorrer nas treze colônias.

## 2 A ORIGEM

O surgimento de constituições rígidas e do controle de constitucionalidade tem sido relacionado com a passagem da supremacia do parlamento para a supremacia da constituição (CARVALHO, 2007).

Todavia, a precisa compreensão da *judicial review* que emerge nos Estados Unidos da América impõe-nos o resgate dos fatos históricos que antecederam o controle de constitucionalidade nas treze colônias inglesas.

E, nesse sentido, é importante lembrarmos que, nas treze colônias inglesas na América, no período que antecedeu a Revolução Americana, sob a égide do pensamento jusnaturalista fundamentado no racionalismo, durante os debates que ocorreram na Convenção da Filadélfia, houve três propostas que versaram sobre o controle de constitucionalidade que foram todas rechaçadas, embora o controle difuso de constitucionalidade já fosse realizado com naturalidade, tal como adiante demonstraremos.

Naquele período, foi proposto um controle das leis dos estados realizado pelo Congresso, portanto, um controle político, sendo que houve uma proposta de um Conselho de Revisão, tal como previsto na Constituição do Estado de Nova York, no qual os juízes participariam do veto do Executivo das leis, e, por fim, houve a proposta de formação de um Júri, feita por James Wilson, na Pensilvânia, que faria o controle de constitucionalidade (SÁNCHEZ, 1998).

Sánchez (1998, p. 103) ainda aponta que, no decorrer dos debates que aconteceram na Convenção da Filadélfia, havia aqueles que, como Benjamin Franklin, por apego à ideia de democracia, discordavam da possibilidade de que um homem, um juiz, pudesse rechaçar uma lei aprovada pelo legislativo.

Tratando dos precedentes históricos, antigos e modernos da *judicial review*, Cappelletti (1999, p. 54) ressalta que o precedente que mais inspirou a *judicial review of legislation* e a supremacia do Poder Judiciário ou governo dos juízes americano foi o radicalmente oposto sistema inglês de absoluta supremacia do parlamento em face dos outros poderes.

Diz o indicado autor nesse sentido que, na Inglaterra do século XVII, era defendida por Edward Coke a ideia de que a lei não era criada, era declarada pela vontade do Soberano, ideia essa que já contabilizava pelo menos quatro séculos de existência. Assim, a *commonlaw*, lei fundamental e prevalente em relação à *statutory law*, podia ser completada pelo legislador, mas não podia ser por ele violada. Dizia Coke em sua teoria que o juiz era o árbitro entre o rei e a nação, teoria essa bastante útil em sua luta contra as pretensões absolutistas de James I (CAPPELLETTI, 1999, p. 58).

De acordo com Cappelletti (1999, p.59), pela teoria de Coke somente os juízes podiam exercer o poder de julgar, porque instruídos na difícil Ciência do Direito, enquanto, contra a autoridade do parlamento, existia a supremacia da *common law*.

Coke afirmava que os juizes deveriam garantir a supremacia da *common law* contra os arbítrios do soberano e contra o parlamento de outro lado.

Aqui, todavia, é preciso contradizer essa concepção a respeito da relevância da doutrina de Coke, tendo em vista que, segundo Sánchez (1998, p. 38), Coke nunca foi contrário ao parlamento e nem à supremacia desse, de mesmo modo que suas ideias de supremacia da *common law* e da Carta Magna foram utilizadas apenas para combater o absolutismo de James I.

Assim, afirma Sánchez (1998, p. 36) que Coke efetivamente cunhou sua doutrina com o fito de combater o ímpeto absolutista de James I, e que, se não fosse isso, não falaria em supremacia da *common law*. É, portanto, para o referido autor, muito frágil a ideia de que a doutrina de Coke tenha servido como relevante precedente histórico da *judicial review*. Na verdade, Coke apenas teria erguido sua teoria enquanto os atos do parlamento eram expressão da vontade do rei, do qual ele discordava, e que se tal circunstância inexistisse, ele não teria erguido sua teoria.

Aliás, a doutrina de Edward Coke, diz Cappelletti (1999, p. 60), foi abandonada na Inglaterra após o advento da Revolução Gloriosa, que consagrou a Supremacia do Parlamento. Todavia, essa doutrina de Coke deixou frutos na América que foram a *judicial review* e supremacia do Poder Judiciário, segundo Cappelletti (1999, p. 60).

Explica Cappelletti (1999, p. 60) que, nas colônias americanas, constituídas na forma de *plantation*, como companhias comerciais, vigoravam as Cartas ou Estatutos da Coroa, espécies de primeira constituição das colônias, de modo que as colônias somente podiam fazer aquilo que lhes autorizava a sua carta ou constituição própria. Tais cartas, todavia, vinculavam a legislação colonial, porque regulavam as estruturas jurídicas das colônias, por isso, a colônia somente poderia legislar se fizesse leis razoáveis que também não conflitassem com as leis inglesas, não sendo contrárias à vontade suprema do parlamento inglês.

Assim, a supremacia do parlamento e a supremacia da lei positiva na América não tiveram o mesmo efeito que na Inglaterra após a Revolução Gloriosa, ou seja, não foram capazes de retirar o controle de validade das mãos dos juizes, que valeu na Inglaterra durante o tempo em que prevaleceu a doutrina Coke (quarenta décadas aproximadamente). Nisso, aponta Cappelletti (1999, p. 62), haveria aparente paradoxo, pois a incontrolada supremacia do poder legislativo na América contribuiu

para a formação de sistema oposto pelo qual as leis do parlamento estão sujeitas ao controle de validade pelo judiciário.

Sánchez (1998, p. 39), ao não vislumbrar no *Bonham's case* um precedente forte da *judicial review*, afirma, por sua vez, que houve dois precedentes relevantes: o *Agreement of the People* (1648) e o *Instrument of Government* (1653), os quais foram ensaios de constituição inglesa, em que pela primeira vez se tratou da limitação constitucional do poder de legislar.

O *Agreement of the People* proposto pelos *Levellers*, que eram pequenos proprietários de terra, almejava, sobretudo, a igualdade de todos perante a lei. Na verdade, o *Agreement of the People* foram uma série de manifestos publicados entre os anos de 1647 e 1649, no qual eram pedidas mudanças constitucionais, não tendo sido, contudo, colocado em prática. Já o *Instrument of Government* foi a primeira constituição escrita inglesa redigida no período em que Oliver Cromwell esteve no poder na Inglaterra, a qual, por sua vez, vingou por menos de cinco anos.

Especificando os precedentes da *judicial review*, Sánchez (1998, p. 40), que se afasta de grande parte da doutrina que elenca o *Bonham's case* e a doutrina Coke como precedentes fortes, afirma que, em 1710, uma questão relacionada ao direito de resistência foi suscitada em face do Dr. Sachavrelli, o qual sustentou a tese da ilegalidade de toda resistência ao poder supremo, que resultou na reação dos *Whigs*. Esses rapidamente responderam com a tese contrária, segundo a qual era legítima toda forma de resistência ao poder absoluto. Nesse debate estava implícita a questão relacionada à constitucionalidade das leis.

Também cita Sánchez (1998, p. 40) um caso ocorrido na cidade de Kent, no qual se discutiu o direito de petição, sendo que bastante relevante foi o *Septennial Act*, de 1716, pelo qual se pretendeu ampliar o mandato dos membros dos Comuns, oportunidade em que os que eram contrários ao ato alegaram que o parlamento não dispunha de poderes ilimitados.

E então Sánchez (1998, p. 40) apresenta aquele que para ele foi um dos mais importantes precedentes da *judicial review*, o qual foi o controle que os tribunais ingleses exerciam sobre as Câmaras Legislativas das colônias americanas. De acordo com o autor, a legislação colonial estava submetida ao controle das autoridades metropolitanas, que tinham poder para impedir a promulgação de leis que contradissem as leis da política comercial. Assim, a legislação colonial podia ser

invalidada pelos tribunais ingleses, quando examinavam as apelações das decisões judiciais proferidas nas colônias inglesas na América.

A esta altura é bom lembrarmos que, antes da Revolução Gloriosa, os atos do Parlamento eram expressão da soberania do rei, sendo que, após a dita Revolução, o parlamento, especificamente a Câmara dos Lordes, composta por aristocratas, passou a ter supremacia na Inglaterra, supremacia essa que foi modificada apenas no final do século XIX, quando o poder predominaria nas mãos da Câmara dos Comuns, inaugurando um período caracterizadamente democrático na história da Inglaterra.

Então, podemos afirmar que os ingleses ensinaram os colonos na América a fazerem o controle das leis, tanto que, após a independência das 13 (treze) colônias, o controle de constitucionalidade passou a ser feito sem grandes questionamentos e sem prévia teorização, antes, inclusive, do famoso na *Marbury v. Madison*. Na verdade, com a independência, as antigas colônias substituíram as Cartas por suas Constituições, e assim como no passado muitos juízes consideraram nulas e não aplicáveis as leis locais em face das leis inglesas e das Cartas, também após a independência novas leis passaram a ser nulificadas, deixando de ser aplicáveis, sempre que se chocavam com as Constituições dos Estados e, adiante, com a Constituição Federal.

Tratando do modelo judicial norte-americano, o qual interessa a todos que estudam a *judicial review*, Streck (2013, p. 372) afirma que a história do direito americano está dividida em três fases, a primeira, que vai de 1800 até a Guerra Civil, a segunda, que ocorre a partir da Guerra Civil até a 1ª Guerra Mundial, e a terceira que começou com o fim dessa guerra e perdura até os dias atuais.

Streck (2013, p. 372) assegura que, após a declaração de independência das 13 (treze) colônias, uma grande questão para a América dizia respeito ao direito inglês, o único que os americanos conheciam, e sua aplicabilidade na agora América independente. Então sobreveio a Constituição de 1787, que atribuiu ao Congresso e ao sistema judiciário a função de definir a maioria das questões relacionadas à lei substantiva. Acrescenta o autor que, entre 1776 e 1820, deu-se a formação de uma jurisprudência tipicamente americana.

Além disso, o referido autor explica que a independência americana ocorreu, diferentemente da francesa, porque na América foi dispensado o histórico de direitos

e liberdades concentrados na mão do parlamento. Havia na América, até por tudo que lhe impunha até então a Inglaterra, uma desconfiança em relação ao parlamento. E, assim, foi realizado o processo de independência, em 1776, e, no ano de 1787, adveio a Constituição, com sua rigidez explícita decorrente das dificuldades nela impostas para a sua revisão, além da adoção da separação dos poderes.

Mas Streck (2013, p. 386) também vê as raízes da doutrina da *judicial review* no velho continente, a partir da supremacia da *common law* que, segundo o referido autor, teria sido defendida por Edward Coke. Lembra Streck que, já na Convenção de 1787, falava-se na *judicial review*, o que pode ser comprovado em O Federalista.

A propósito, Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 458) já traziam as ideias de que a independência do Poder Judiciário era fundamental, sendo esse, inclusive, identificado como o mais fraco dos poderes, quando diziam, também, que era dever do Poder Judiciário declarar nulos os atos manifestamente contrários aos termos da constituição. Isso, todavia, não significava, para os autores, uma superioridade do Judiciário frente ao Legislativo, pois, na verdade, todo ato que afrontasse a Constituição deveria ser nulo, sendo que todo ato de autoridade delegada que contrariasse a Constituição deveria ser igualmente nulo, porquanto, do contrário, a autoridade delegada seria considerada superior ao constituinte. Explicitamente, além disso, dizem Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 460) que o Judiciário não é superior ao legislativo, e que o poder do povo é que é superior a ambos.

Embora Streck (2013, p. 388) tome o caso *Marbury v. Madison* como paradigma do controle de constitucionalidade, ele não deixa de ressaltar que antes desse já havia notícia de *judicial review* realizada pelas cortes estaduais.

Aliás, a esse respeito é interessante mencionarmos as fases históricas da Suprema Corte Americana mencionadas por Streck (2013, p. 391), que seriam as seguintes: a primeira fase denominada tradicional, vai de 1798 até final do século XIX, fase essa na qual o controle de constitucionalidade materializava-se ao fixar a supremacia das normas constitucionais em detrimento de qualquer ato do Legislativo ou até do Executivo que àquelas se opusesse, preocupando-se a Suprema Corte com a defesa da unidade dos Estados Unidos e também com a fiscalização, que estava ligada ao exercício de arbitragem entre os estados federados e a união.

Na segunda fase, que vai do fim do século XIX, após a sangrenta Guerra Civil, até a década de 1930, a Suprema Corte passou a fazer interpretações conservadoras

da ordem liberal e do capitalismo, ficando conhecido o período por “governo dos juízes”. O caso *Lochner v. New York* é paradigmático nessa fase.

A terceira fase, ao contrário da segunda, que era caracterizada por um ativismo conservador, foi marcada por um protagonismo judicial liberal e não mais conservador como o anterior, fase, aliás, em que muitos direitos civis foram afirmados pela Suprema Corte. Por derradeiro ainda aponta Streck (2013, p. 396) para um retorno recente ao conservadorismo no final do século XX.

Depreende-se, contudo, em contraposição à doutrina dominante, a partir da análise mais detida da doutrina constitucionalista menos influente, que não só o *Bonham’s case* não foi o precedente maior da *judicial review*, como também a doutrina Coke não pode ser mencionada como a referência teórica mais importante para o controle de constitucionalidade que se consagraria historicamente na América, mesmo sendo tal doutrina citada em julgados onde era exercida a *judicial review* nos Estados Unidos. Na verdade, a doutrina Coke deixou de ser sequer mencionada após a Revolução Gloriosa, sendo que Coke, tal como defende Sánchez (1998, p. 38), apenas tratou da supremacia da *commonlaw* enquanto o legislativo inglês trabalhava como órgão da vontade do rei, o que efetivamente não vinha ao encontro da *judicial review* desenhada em solo americano.

Pode-se então asseverar que Sánchez (1998) está correto ao afirmar que a *judicial review* tem efetivamente origens na experiência histórica das colônias inglesas na América, tendo deitado raízes na complexidade histórica e na ideia americana de constituição rígida como lei suprema, que, ademais, estabeleceu a separação dos poderes.

Os acontecimentos que levaram à independência das colônias inglesas na América e as peculiaridades dessa história, inclusive após a independência, são assim tão determinantes que, se por um lado a rigidez constitucional estava positivada na Constituição de 1787, a *judicial review of legislation* não está expressamente prevista. O texto constitucional tratou da Suprema Corte, mas não tratou de conferir poderes expressos a ela para anular lei ou ato administrativo que ferisse a Constituição.

Há, todavia, dentre os estudiosos americanos, aqueles que defendem que a *judicial review* está implícita no texto constitucional, tal como menciona Treanor (2005, p. 457), que, ademais, encontra e estuda 31 (trinta e um) casos de *judicial review* que resultaram na invalidação de leis e mais 7 (sete) casos em que ao menos um juiz

votou pela inconstitucionalidade da lei, isso no período entre a Constituição de 1787 e antes do caso *Marbury v. Madison*.

Sánchez (1998, p. 93), que é também responsável pela desmistificação da relevância da doutrina Coke e da importância do caso Bonham para a *judicial review*, diz-nos que houve quatro fases históricas: até 1789 o controle das leis foi mera prática dentro da *common law*; de 1789 a 1861, fase em que se discutia a natureza da União. De 1865 até a década de 1930 o controle de constitucionalidade abrangeu todas as leis, inclusive as federais, fase em que se impunham as transformações do federalismo em razão do desenvolvimento do capitalismo, na qual foram discutidas as relações do estado com a nova ordem industrial. Por fim, a quarta fase é identificada após a segunda guerra mundial, até 1986, quando as discussões disseram respeito às questões de justiça social.

A questão que surge diante do que foi acima exposto é: por quais motivos a doutrina Coke ganhou tanta relevância enquanto precedente da *judicial review*, se entre 1776 e 1803 foram encontrados pelo menos 31 (trinta e um) casos em que por meio da *judicial review* foram declaradas inconstitucionais leis nos Estados Unidos, mesmo sem expressa previsão do controle de constitucionalidade no texto da Constituição, e se Edward Coke impôs por meio de sua teoria a supremacia da *common law* sobre o parlamento apenas enquanto o legislativo trabalhava como órgão da vontade do rei?

Além do mais, pelas mesmas razões acima, cumpre-nos acrescentar à apontada indagação a seguinte: por quais motivos a doutrina Coke ganhou tanta relevância enquanto precedente da *judicial review*?

Ainda que não haja resposta exata a essas indagações, mas que seja possível vislumbrar, na linha de Sánchez (1998, p. 38), que Coke não estava defendendo a supremacia do judiciário nem a da *common law*, pois era favorável à supremacia do legislativo, o que nos impediria de atribuir à doutrina Coke a paternidade da *judicial review*, é bom compreendermos essa doutrina e o caso Bonham.

Na verdade, no final da primeira metade do século XVII na Inglaterra, foi no julgamento do caso Bonham, no qual o autor havia sido impedido de exercer a atividade de médico, que o magistrado Edward Coke declarou que as leis e atos do parlamento estavam submetidas a um direito superior, isto é, à *common law*. Nesse sentido, quando tais diplomas desrespeitassem a noção de direito comum, seriam

considerados nulos e destituídos de eficácia. Segundo essa doutrina, a *common law* controlaria os atos do parlamento e, algumas vezes, os julgaria absolutamente nulos. Isso porque, quando um ato do parlamento fosse contrário a um direito ou razão comum, ou impossível de ser aplicado, a *common law* iria controlá-lo e julgá-lo nulo (SARLET, 2013, p. 793).

Dessa forma, é cabível mencionarmos que:

O *common law* irá controlar os atos do Parlamento, e as vezes os julgará absolutamente nulos: pois quando um ato do Parlamento vai contra a razão ou direito comum, ou repugnante, ou impossível de ser aplicado, o *common law* irá controlá-lo e julgá-lo nulo. (GROTE, 2014)

Para a doutrina tradicional, portanto, na decisão do caso Bonham criou-se, de forma embrionária, o parâmetro para a fundamentação do controle de constitucionalidade das leis, extraíndo-se daí a noção de que o poder judicial na *common law* antiga era exercido mediante uma lógica semelhante à que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais (HALL, 2014).

Aqui merece ser lembrado que Coke, na verdade, estava em plena ofensiva contra a teoria do direito divino dos reis, causa em nome da qual ele se valeu tanto de decisões judiciais por ele prolatadas quanto de discursos proferidos no Conselho Privado (MIRANDA; MENDONÇA, 2015, p. 12).

Sarlet (2013, p. 794) diz-nos, a respeito da Revolução Gloriosa de 1688, que os legisladores e juízes da Inglaterra uniram-se contra o poder do monarca, com o intuito de criar limitações ao seu poder máximo. Com a advento da Revolução Gloriosa, a doutrina estabelecida por Edward Coke, para Cappelletti (1999, p. 38), que teria valido por aproximadamente quatro décadas, foi substituída pelo princípio da *supremacy of the English parliament* (CAPPELLETTI, 1999, p. 38).

Nessa vertente, vale trazermos à baila o que se segue:

Tal doutrina [a de Coke] foi abandonada na Inglaterra com a revolução gloriosa de 1688, quando então foi proclamada a doutrina contrária – ainda hoje respeitada naquele país -, da supremacia do parlamento. Porém, da doutrina Coke restaram os frutos, ao menos Estados Unidos, e estou me referindo como é óbvio, aos frutos que hoje são chamados de *judicial review* e *supremacy of the judiciary*. (CAPPELLETTI, 1999, p. 38)

Contudo, é bom termos em mente que, apesar da doutrina Coke ter sido de fato superada, a Revolução de 1688 não fez desaparecer a noção de que o parlamento e as leis poderiam estar submetidas à *common law*, segundo Sarlet (2009, p.795). Para esse autor, não é adequado sustentar que o juiz, a partir desse momento, passou a estar submetido ao Legislativo, nem, muito menos, que o direito das colônias passou a dever respeito unicamente à produção do parlamento.

Dessa forma, os atos estatais, inclusive os atos judiciários, continuaram a ter como plano de fundo o *common law*. Portanto, toda norma elaborada pelo Legislativo teria de estar inserida na *common law*, todavia, num contexto em que a supremacia passou a ser conferida ao parlamento (SARLET, 2009, p. 795).

Vale acrescentar que, também de acordo com Sarlet (2013, p. 796), a Revolução não teve a finalidade de elevar as leis a uma posição suprema, ou a intenção de dotar o parlamento de um poder absoluto mediante a produção do direito. Na realidade, deu-se ênfase à *common law* para que houvesse uma contenção do poder real. De igual forma, de acordo com o autor, não é possível asseverar que o princípio da supremacia do parlamento inglês submetia o poder real totalmente ao Legislativo. Portanto, a submissão do rei é ao direito inglês como um todo. Tal submissão visava a contenção dos excessos por parte do monarca.

Diz Sarlet (2013, p. 796), assim, que o princípio do *supremacy of the English parliament* não teve intenção de submeter o juiz ao parlamento ou mesmo a finalidade de impedir o juiz de aplicar a *common law* contra a própria lei. Dessa forma, tal princípio teve a intenção de passar a noção de supremacia do direito sobre o monarca, e não o propósito de significar a onipotência da lei ou absolutismo do parlamento.

Todavia, ainda que tenha sido esse o significado da Revolução Inglesa, o fato é que na prática a doutrina Coke foi esquecida na Inglaterra, inclusive pelo próprio autor, passada a Revolução Gloriosa, e que, segundo Sánchez (1998), autor que elenca diversos outros autores que enfraquecem a consolidada ideia presente na doutrina constitucionalista de que a doutrina Coke tenha sido um forte precedente da *judicial review*, Coke nunca defendeu a supremacia da *common law*, o que, por si, seria incompatível com a ideia de *judicial review*, que está centrada na supremacia da constituição e da *common law*. Dessa maneira, embora na América, em alguns casos, Coke tenha sido citado ao longo do tempo, enquanto jurista importante que foi, o caso Bonham e a doutrina Coke não foram precedentes determinantes da *judicial review*,

que, sem expressa previsão constitucional, era realizada sem assombro e sem prévia teorização ao seu respeito na América independente.

### 3 AS COLÔNIAS E O CONTROLE DE SEUS ATOS PELO DIREITO INGLÊS

Tendo os Estados Unidos sido colônia inglesa, é importante, para compreendermos a *judicialreview*, lembrarmos que a Inglaterra manteve, especialmente até a Guerra dos Sete Anos, uma relação bastante distinta com suas colônias na América daquela que a França e os países da Península Ibérica estabeleceram com suas colônias ao redor do mundo. A Inglaterra apenas tornou-se mais agressiva quando, em razão da Guerra dos Sete Anos, mesmo tendo vencido a guerra, passou a vivenciar sérios problemas financeiros e, a partir de então, a pressionar econômica e até politicamente as treze colônias na América. Mas, de qualquer modo, em geral, seu modelo de colonização não foi meramente exploratório das riquezas das colônias.

Independentemente disso, no início da colonização, a Inglaterra assegurou terras aos que colonizariam seus domínios no continente americano. E aqueles que para a América se dirigiram não se despiram do valor que os ingleses historicamente conferiram ao direito de propriedade. Na América, aliás, esses colonos também mantiveram o apego à representatividade política. Os colonos, ingleses que eram, trouxeram suas tradições, seu apego à participação política e, também, à propriedade privada para o novo mundo.

Aqui cabe apontar que a maioria dos colonos era composta de ingleses livres, que vieram habitar um território em que a aristocracia tradicional inglesa não se fazia presente. Assim, o apego à propriedade, às liberdades públicas e à representação política predominou nas Treze Colônias.

Os colonos ingleses encontraram na América um novo mundo, sem aristocracia, com muitas terras, e que foi colonizado em grande parte por homens livres com condição econômica que possibilitava o direito ao voto, o que na Inglaterra não ocorria, pois o critério censitário limitava o acesso ao voto a grande parte da população inglesa, que necessitava a obediência aos requisitos de propriedade e renda.

Antes da independência das colônias inglesas na América, essas eram regidas por Cartas, e estavam proibidas de editar normas e atos legislativos que contrariassem o direito inglês. Desse modo, na América imperava a supremacia do parlamento inglês.

Há, todavia, uma concepção bastante interessante acerca da base social da independência americana, segundo a qual houve dois motivos para a formação dos estados na América do Norte e de suas constituições: o conflito entre as colônias e a Inglaterra e os conflitos de classe que eclodiram internamente nas colônias. Assim, se por um lado industriais e comerciantes se revoltaram contra as restrições impostas pelo mercantilismo inglês, os grupos que compunham a maior parte da população, artesãos, trabalhadores, também lutavam internamente contra os privilégios das classes dominantes (SÁNCHEZ, 1998, p. 74).

E o constitucionalismo, também segundo Sánchez (1998, p.74), seria fruto mais do conflito interno de classes, num contexto histórico em que se formaram os partidos políticos, do que decorrência do conflito entre a colônia e a metrópole.

Ocorre que, com a independência das colônias, em 1776, as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições dos Estados e, em 1787, também pela Constituição Federal e, tal como ocorria preteritamente, os juízes, que possuíam a consciência e a prática de decretar a nulidade de leis que violassem as Cartas expedidas pelo reino inglês, passaram naturalmente a exercer o controle sobre leis que contrariassem as Constituições dos Estados que acabavam de obter independência (SARLET, 2013, p. 797).

Ainda segundo esse entendimento é importante destacarmos que:

Tais Cartas podem ser consideradas as primeiras constituições das colônias, seja porque eram vinculantes para a legislação colonial, seja porque regulavam as suas estruturas jurídicas fundamentais. Tais Constituições frequentemente estabeleciam a possibilidade de as colônias aprovarem as suas próprias leis, porém sob a condição de serem “razoáveis” e “não contrárias às leis do Reino inglês”, e, assim, não destoantes da vontade suprema do parlamento. Exatamente em virtude da ideia de supremacia da lei – em uníssono com a doutrina da *Supremacy of the English Parliament* – que, em diversos casos (alguns tornados célebres), o *Privy Council* do Rei decidiu que as leis deveriam ser aplicadas pelos juízes da colônia apenas se não estivessem em contradição com as leis do Reino. [...] Com efeito, quando em 1776 as colônias inglesas da América proclamaram a sua independência da Inglaterra, um dos primeiros atos de independência foi o de substituir as velhas ‘Cartas’ pelas novas Constituições, entendidas como *Leis Fundamentais* dos novos Estados independentes. E como, no passado, nulas e não aplicáveis tinham sido consideradas pelos juízes as leis contrárias às

‘Cartas’ coloniais e às ‘leis do reino’, assim não é correto admirar-se de que a mesma nulidade e não aplicabilidade devesse, depois de ser afirmada, e com bem maior razão, para as leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas Constitucionais dos Estados independentes. (CAPPELLETTI, 1999, p. 39 a 62)

Assim, seguindo esse entendimento, podemos afirmar que o princípio da *Supremacy of the English Parliament*, ao realizar a sobreposição do direito inglês à produção legislativa nas colônias, fez surgir, no direito norte-americano, um fenômeno peculiar e oposto ao que era realizado no período colonial, isto é, possibilitou o desenvolvimento do princípio do *Supremacy of the Judiciary*. Nessa vertente, o princípio da superioridade do parlamento inglês teria colaborado para o surgimento do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. Tal princípio, ao fundamentar o controle dos atos das colônias, constituiu o plano primário para o controle de constitucionalidade das leis (SARLET, 2013, p. 796).

Ademais, é cabível notarmos que a legislação das colônias era controlada em face da *common law*. Assim, o controle da legitimidade das leis coloniais ocorria a partir da *common law* – posto que o Parlamento estava submetido, quanto à atuação, a um metadireito denominado de *common law* (WOOD, 1998, p. 465).

Vale acrescentarmos que, com o advento da Revolução Americana, os juízes não sofreram limitações do princípio da separação dos poderes como ocorreu na França pós-revolucionária. Os magistrados americanos, além de contarem com a confiança do povo, não estavam submetidos às pressões de um poder investido no parlamento e que tinha unicamente como função a construção do novo regime.

#### **4 AS CONSTITUIÇÕES DA VIRGÍNIA, FILADÉLFIA, NOVA YORK E MASSACHUSETTS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Para compreendermos a Constituição dos Estados Unidos e a *judicial review* é importante entendermos as quatro Constituições Estaduais que a antecederam.

A Constituição da Virgínia foi obra dos agricultores do litoral (*tidewater planters*). Enquanto no norte dos Estados Unidos ocorria movimento de cultura urbana, no sul o modo de produção escravista engendrou uma sociedade predominantemente rural, carente de classes médias e de setores trabalhistas. Com efeito, durante a legislatura de 1784 a 1788, mais da metade da Câmara baixa estava

composta por agricultores e grandes fazendeiros. Evidentemente, a convenção de 1776 foi extremamente influenciada pelos *tidewater planters* (SÁNCHEZ, 1998, p. 76).

Na Virgínia, os fazendeiros mantinham a hegemonia graças ao sufrágio restrito e à representação não proporcional aos distritos eleitorais, sendo que, de acordo com o espírito dos constituintes da Virgínia, o direito de eleger e de ser eleito não fazia parte dos direitos naturais do homem, sendo apenas direito de parcela reduzida da sociedade (SÁNCHEZ, 1998, p. 76). Assim, os pequenos agricultores permaneciam sem força e sem voz, o que, evidentemente, gerava tensão.

O sistema de representação evidenciava injustiças do período colonial, tanto que cada condado enviou dois representantes à Convenção constitucional, o que evidentemente beneficiava em especial as áreas dos *tidewater planters*, pois nesses condados havia um número menor de habitantes em virtude das extensas áreas de plantio (SÁNCHEZ, 1998, p. 76).

Assim, a estrutura social e os mecanismos constitucionais acima descritos permitiram que a classe dominante da Virgínia neutralizasse os movimentos incipientes dos pequenos produtores agrícolas. Dessa forma, estando segura de sua hegemonia, a classe dominante não possuía intenção de submeter o texto constitucional ao povo, tal como ocorreu, posteriormente, na Pensilvânia (SÁNCHEZ, 1998, p. 77).

A Constituição da Virgínia possui cinco páginas sem artigos, contendo três documentos muito distintos: o mais importante, a *Bill of Rights*; um Preâmbulo, de conteúdo semelhante ao da Independência norte-americana; e uma parte orgânica que regulava a composição e funcionamento das Câmaras legislativas (SÁNCHEZ, 1998, p. 77).

Portanto, a Constituição da Virgínia carecia da estrutura própria de Lei Suprema, carecia também de meios institucionais para executar as previsões da Declaração de Direitos ou de qualquer outra de suas partes, não tendo sido precedida da formação de um poder constituinte, nem tendo previsão qualquer sobre a *judicial review*. Assim, em virtude de sua carência contextual, o seu texto consagrava o que Sánchez (1998, p. 78) denominava de Constituição-Estatuto.

Diferentemente disso, a Constituição da Pensilvânia de 1776 foi a mais revolucionária dentre as constituições norte-americanas. Previu um poder legislativo

unicameral eleito anualmente pelo voto quase universal, enquanto o Poder Executivo era um misto de presidencialismo e de parlamentarismo, constituído por um presidente e um conselho de doze membros, eleito para três anos, sendo que a Assembleia Legislativa e o Conselho escolhiam o presidente anualmente (SÁNCHEZ, 1998, pp. 80-81).

De acordo com a referida Constituição, o Poder Judiciário era limitado, com cortes em cada condado e um tribunal supremo eleito pelo legislativo para mandato de sete anos, sem qualquer garantia de estabilidade.

Mas, sem dúvida, o que mais se destaca na referida Constituição são os mecanismos de controle das atividades do poder legislativo, que foram a publicação de todo projeto de lei antes de sua leitura, publicação semanal dos processos legislativos e a abertura ao público das sessões parlamentares, e a previsão de um Conselho de Censores, que deveria preservar a Constituição.

O Conselho de Censores constituiu-se como órgão de controle da supremacia da Constituição. Os Censores seriam eleitos dentre os homens livres a cada sete anos, na razão de dois por cada um dos doze condados, a partir de 1783 (SÁNCHEZ, 1998, p. 78).

Aos Censores competia fiscalizar se o Executivo e o Legislativo cumpriam a Constituição, podendo promover *impeachment* e também recomendar que a Assembleia Legislativa revogasse lei que contrariasse a Constituição (SÁNCHEZ, 1998, p. 78).

Ademais, ao Conselho competia, também, a vigilância da atividade fiscal do Estado e a execução das leis – podendo censurar, promover impeachments, recomendar à Assembleia Legislativa que ab-rogasse leis que considerasse contrárias aos princípios fundamentais da Constituição (SÁNCHEZ, 1998, p. 78).

Acompanhado da cláusula de intangibilidade do texto constitucional durante os primeiros sete anos, o Conselho de Censores representou a positivação do primeiro controle orgânico de constitucionalidade das leis (SÁNCHEZ, 1998, p. 78).

Segundo Sánchez (1998, p. 81), o Conselho dos Censores, mesmo tendo sido extinto em 1789, foi um órgão propulsor da reforma constitucional e responsável pelo controle de constitucionalidade das leis, antes mesmo da *judicial review*, sendo que teve o importante papel de levantar a discussão referente aos mecanismos de preservação da Constituição com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais.

Assim a Constituição da Filadélfia foi importante, porque a ideia de constituição passa de um documento político para um documento jurídico enquanto norma suprema.

A principal virtude da Constituição da Pensilvânia foi a quebra com a concepção puramente estatutária ou política de Constituição, bem como na inserção de mecanismo de afirmação da supremacia do texto constitucional. O resultado original da Constituição da Pensilvânia derivou das forças não dominantes economicamente, pois nesse estado foi a pequena burguesia e o campesinato que lutaram e tomaram a frente no processo de elaboração da constituição. Uma vez alcançado o poder político, cravaram seus interesses no texto constitucional. Logo, delinearam uma Lei Suprema ao invés de um mero Estatuto ou lei orgânica do estado, – como era usual neste período (SÁNCHEZ, 1998, p. 82).

Na verdade, os conflitos sociais na Pensilvânia foram tão sérios, que resultaram na elaboração do mais democrático modelo de constituição dos Estados Unidos.

Além do Conselho de Censores da Filadélfia, ainda encontramos outro precedente da *judicialreview* no Conselho de Revisão do estado de Nova York, cujo objetivo não era a imposição da supremacia da constituição, mas sim, controlar os atos do legislativo por meio do Executivo, de forma que o referido órgão, formado pelo governador, por três juízes e pelo presidente do Supremo Tribunal poderia decidir e motivar o veto de lei sob o fundamento da inconstitucionalidade.

Dessa forma, criou-se o *Council of Revision* de Nova Iorque. Trata-se do segundo embrião conhecido do controle de constitucionalidade das leis – seguido do Conselho de Censores. O controle de constitucionalidade por tal órgão não se dirige, originariamente, a assegurar a supremacia da Constituição, se não suprir os mecanismos de defesa do Poder Executivo frente ao Poder Legislativo. Por conseguinte, a defesa da Constituição consiste na iniciativa do poder constituinte de conferir a tal órgão o controle de constitucionalidade (SÁNCHEZ, 1998, p. 85).

Para Sánchez (1998, p. 86) o legado da Constituição de Nova York foi colocar de lado o jusnaturalismo, ao prever um catálogo de direitos, a imposição da separação real dos Poderes Legislativo e Executivo, e o aprimoramento do poder dos juízes, além do fato de que o controle de constitucionalidade tornou-se governamental-judicial.

Já quanto à Constituição de Massachusetts, diz Sánchez (1998, p. 86) que essa trouxe a invenção do poder constituinte, a separação rígida entre os três poderes e reconhecimento e expansão da *judicial review* decorrente de um Poder Judiciário independente, que não podia sofrer ingerência do Executivo e do Legislativo, com cargos vitalícios, e da necessidade de interpretação das leis.

Por tudo isso, a Constituição de Massachusetts representa momento crucial da implantação do modelo constitucional norte-americano dominante, e é considerada a expressão mais perfeita da teoria norte-americana.

Para Sánchez (1998, p. 87), a primeira contribuição, que consistiu na criação de um processo constituinte democrático, é caracterizada por duas fases: na primeira o texto constitucional é elaborado por uma Assembleia Especial Extraordinária eleita pelo povo com uma única missão de aprovar a Constituição; na segunda ocorre a aprovação propriamente da Constituição pelos *Town Meetings* – assembleias das cidades do Estado.

A Constituição de Massachusetts resulta também de três fatores que distinguem a situação desse Estado dos demais: a tradição dos *Town Meetings*, assembleias livres das cidades para debate de assuntos políticos; a existência de força política nas mãos de pequenos produtores agrícolas; a impossibilidade de se realizar um levante pela burguesia tal como ocorreu no Estado da Pensilvânia (SÁNCHEZ, 1998, p. 87).

O segundo grande significado da Constituição de Massachusetts é um contraponto ao primeiro: a inversão da fórmula até então geral (*strong legislature, weak chief executive*) predominante desde as Constituições da Virgínia e da Pensilvânia. Tratava-se da maturação do sistema iniciado em Nova Iorque, com o fortalecimento do Poder Executivo, estabelecendo: eleições diretas, anualmente, para Governador de Estado; concentração de poder no Presidente da República, atuando este como Chefe de Governo; a faculdade de veto sobre as leis, sendo apenas superável pelo voto contrário de dois terços de cada Câmara Legislativa (SÁNCHEZ, 1998, p. 91).

Também no Estado de Massachusetts surge durante o processo constitucional a primeira teoria presidencialista contida em documento denominado de *The Essex Result*, aprovado em 1778 em uma Convenção de delegados do Condado de Essex, que continha uma análise do Poder Executivo. Nesse sentido, o

enfraquecimento do Poder Legislativo acompanhou a judicialização do Direito Constitucional, que se dirige ao mesmo fim que o veto do Poder Executivo no processo legislativo: a limitação da atuação do legislador (SÁNCHEZ, 1998, p. 91).

Portanto, o processo constitucional ocorrido em Massachusetts e a Constituição desse Estado foi um importante vetor que estabeleceu um Poder Executivo fortificado e um Poder Judiciário independente e competente para interpretar as leis.

Todas essas quatro experiências constitucionais antecederam a Constituição Federal de 1787, sendo que as inovações constitucionais trazidas pelas Constituições da Virgínia, Filadélfia, Nova Iorque e Massachusetts foram fundamentais para a formação do texto constitucional de 1787.

## **5 JUDICIAL REVIEW APÓS A INDEPENDÊNCIA DAS TREZE COLÔNIAS (1776-1787) ATÉ A ERA PRÉ-MARSHALL**

Em busca de uma leitura distinta da doutrina tradicional sobre a *judicial review*, que ainda está centrada na ideia de que o caso *Bonham* e a doutrina são precedentes fortíssimos do controle de constitucionalidade e que o caso *Marbury v. Madison* foi o mais importante e até primeiro em que houve o controle de constitucionalidade, Treanor (2005) e Sánchez (1998) necessitam ser compreendidos, considerando que há uma firme pretensão de desconstrução da referida doutrina tradicional.

Sánchez (1998, p. 96) aponta para a existência de uma tendência geral no sentido de exagerar a importância da *judicial review* no período colonial e também no período que se seguiu à independência das treze colônias, o qual Sánchez denomina de primeiro período constitucional. No conjunto, assevera esse autor que um total de nove casos são citados, por um ou outro escritor, para comprovar que o direito geral de *judicial review* estava reconhecido como norma e usual incidente judicial antes da Constituição norte-americana.

Para Sánchez (1998, p. 97), o primeiro caso ocorreu na Virgínia, em 1778, no entanto, esse não possui registros judiciais, e o que se conhece acerca da matéria decorre de uma reconstrução do caso quarenta e cinco anos mais tarde – não se podendo afirmar com precisão se houve a criação de um precedente de *judicial review*.

Já o segundo caso advém do Tribunal Supremo de *New Jersey*, em 1780, ao passo que o terceiro caso corresponde a uma decisão do Tribunal Supremo da Virgínia em 1782.

Dos seis casos restantes, todos os quais datam dos anos posteriores a 1783, dois devem ser rapidamente eliminados, um dos quais, supostamente ocorrido no Estado de Massachusetts, não parece ter jamais ocorrido, enquanto que dos quatro casos restantes dois figuram como os mais importantes. Apenas um, todavia, oferece consistência: o de New Hampshire de 1785. Tal caso utilizou como parâmetro uma lei estadual, *Ten Pound Act*, a que os tribunais do país consideraram inconstitucional e não vinculante. O *Ten Pound Act* eximia o julgamento por tribunal do júri nos procedimentos judiciais inerentes a pequenas dívidas (SÁNCHEZ, 1998, p. 98).

O último caso na lista tradicional de supostos precedentes de *judicial review* foi o caso de *Buyard v. Singleton* na Carolina do Norte, decidido no final de maio de 1787, quando a Convenção Federal começava suas sessões. Uma lei do Estado, de 1785, privava o direito ao acesso ao julgamento por tribunal de júri aos reclamantes de terras confiscadas em razão de Atos oriundos da revolução. O Tribunal considerou inconstitucional a lei. Para alguns, a evolução deste caso mostrou que os juízes da Carolina do Norte vacilavam em reconhecer o direito à *judicial review*, e que finalmente haviam se aventurado a exercê-lo, bem como estavam igualmente convencidos que nenhum Tribunal da Carolina do Norte o havia praticado (SÁNCHEZ, 1998, p. 98).

Portanto, de acordo com Sánchez (1998, p. 99), em sua grande maioria, os casos indicativos de precedente de *judicial review* anteriores à Constituição Federal são insignificantes como base para inferir que o controle de constitucionalidade das leis realizado pelo Poder Judiciário foi considerado, em geral, como um incidente usual do *Judicial Power* em todos os Estados. Ao contrário, diz o autor que esses casos demonstram que tal direito, apesar de ter sido debatido, foi exercido em apenas alguns poucos Estados sem que houvesse um efetivo estabelecimento do instituto.

No entanto, na linha de pensamento de Sánchez (1998, p. 99), a *judicial review* estava nesse momento implícita na faculdade dos juízes de interpretar as leis.

Segundo Sánchez (1998, p. 99), foi necessário, contudo, que se firmassem condições políticas, bem como que se formasse o Estado Federal, para que fossem criadas as condições necessárias para que o *judicial review* atingisse a sua lógica sistêmica. Além disso, a pouca força da *judicial review* nesse período, diz Sánchez

(1998, p. 99), está ligada à escassez de debates sobre o tema no momento dos debates constitucionais.

Adiante, no primeiro ciclo da Suprema Corte dos Estados Unidos, denominado de era pré-Marshall (1789 a 1801), segundo Sánchez (1986, p. 109), a jurisprudência produzida aporta as primeiras provas da realidade do controle de constitucionalidade das leis, bem como da forma pelo qual era compreendida a ratificação da Constituição Federal e da regulação do Poder Judiciário através do *Judiciary Act* de 1789.

Conforme Sánchez (1998, p. 109), a análise dessa jurisprudência fundacional evidencia-se por meio de dois planos: as sentenças em que se concretizou o direito de controle, pela Suprema Corte, sobre as leis dos Estados-membros e do Congresso Nacional; e a pluralidade de fontes e diversidade de critérios que informaram o controle de constitucionalidade, mas explicáveis por força do empirismo do sistema e de uma cultura jurídica específica.

A revisão judicial da legislação dos Estados Unidos estabeleceu-se pela primeira vez em 1796, com a sentença do caso *Ware v. Hylton*, em que o tribunal anulou uma lei do Estado da Virgínia contrária a um tratado internacional, sendo que o controle judicial das leis federais também foi praticado pela primeira vez em 1796, com a sentença do caso *Hylton v. United States* que confirmou a constitucionalidade de uma lei do Congresso. Outro caso importante é o *Hollingsworth v. Virginia* de 1798 (SÁNCHEZ, 1998, p.110).

A primeira lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte adveio de Estado-membro, tendo o seu texto ferido disposição constante em tratado internacional – constante na sentença do caso *Ware v. Hylton*. Nessa oportunidade, a Corte atua em defesa da supremacia estrita da legalidade federal, aplicando, portanto, a *Supremacy Clause* contida no artigo 6º da Constituição Federal. Com efeito, pela primeira vez a Suprema Corte derruba uma lei estatal utilizando-se da cláusula de supremacia, estabelecendo para sempre o poder da *judicial review* sobre a legislação dos Estados-membros (SÁNCHEZ, 1998, p. 110).

Portanto, por intermédio da decisão do caso *Ware v. Hylton*, conclui-se que a Suprema Corte estava preocupada, primordialmente, em garantir a legalidade das leis federais e não especificamente da Constituição Federal (SÁNCHEZ, 1998, p. 110).

Seguindo essa mesma linha, no caso *Hylton v. United States* foi apreciada a possível inconstitucionalidade de uma lei federal, a qual, por sua vez, foi, ao final, declarada constitucional.

O terceiro caso citado, *Hollingsworth v. Virginia*, de 1798, para Sánchez (1998, p. 110), serve para dissolver a concepção de que o caso *Marbury v. Madison* foi o primeiro caso em que a Suprema Corte anulou lei advinda do Congresso Nacional por inconstitucionalidade.

Em suma, nos doze primeiros anos e com os primeiros doze *justices* a Suprema Corte anulou pela primeira vez uma lei de um Estado-membro e parte de uma lei federal em 1796 e 1798 respectivamente. Inaugurou-se, assim, a prática da *judicial review* sobre as leis estaduais e federais, mas apenas a prática, ou seja, a aplicação de fato, sem declarar que a doutrina se fundava ou se preocupava em estipular a supremacia constitucional. Portanto, em nenhuma destas sentenças a Suprema Corte justificou a *judicial review* na Constituição em si.

## 6 CONSAGRAÇÃO DOUTRINÁRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA AMÉRICA INDEPENDENTE

Durante o período em que a Convenção Federal se reuniu para estipular o texto da Constituição Federal, muito se discutiu acerca do papel do Poder Judiciário, todavia a *judicial review* não foi parte relevante desses debates.

Nesse caminho, apenas a partir de dois artigos da Constituição dos Estados Unidos é possível tratar do controle de constitucionalidade que nasce naquele país, sendo esses os artigos 3º e 6º da Constituição Federal, que, por sua vez, em momento algum, tratam explicitamente da *judicial review*.

Enquanto o artigo 3º delimita a competência de atuação do Poder Judiciário, o artigo 6º estipula a cláusula de supremacia (*Supremacy Clause*), a qual, a grosso modo, estabelece que o direito federal seria superior ao direito constante nas Constituições e legislações estaduais. Os dispositivos são complementares e servem como base para a determinação da doutrina da *judicial review* (SÁNCHEZ, 1998, p. 106).

Alexander Hamilton, nesses debates, ocupa papel de destaque como o autor do que pode ser qualificado como sendo a primeira doutrina sobre a matéria, publicada no *Federalist Paper* n.º 78, no qual explora os preceitos previstos nos artigos 3º e 6º da Constituição.

Conforme Sánchez (1998, p. 107), até os primeiros meses de 1788, Hamilton ainda segue a posição que manteve na Convenção Federal, ou seja, em nenhum momento considerou a possibilidade de controle judicial sobre as leis do Congresso, capaz de conduzir à sua anulação. Admitia apenas o controle de constitucionalidade realizado com base em Constituições e leis dos Estados-membros. Aliás, no *Federalista* n.º 33 Hamilton é bastante vago a respeito do tema da *judicial review* e até mesmo sobre a futura Suprema Corte nada disse nesse momento.

Mais à frente, todavia, no *Federalista* n.º 78, Alexander Hamilton demonstra que a função inicial do controle de constitucionalidade dos tribunais estende-se a todas as leis, incluídas as do futuro Congresso (SÁNCHEZ, 1998, p. 107).

Essa incongruência no pensamento de Hamilton parece ter decorrido das tensões seríssimas existentes no momento da ratificação da Constituição, quando era indispensável enaltecer a supremacia da constituição contra os interesses contrários à ratificação do texto. Nesse sentido, destacamos:

A completa independência das Cortes de Justiça é peculiarmente essencial em uma Constituição limitada. Define-se Constituição limitada como texto que contém específicas exceções à autoridade do Poder Legislativo. Como, por exemplo, leis penais que determinem a desnecessidade do direito de defesa e leis *ex-posto-facto*. Limitações desta espécie apenas podem ocorrer através da atuação das Cortes de Justiça, cuja competência deve ser a de declarar que todos os atos nulos todos os atos contrários à Constituição. Sem esta premissa, todas as reservas de direitos e privilégios seriam equivalentes a nada. A perplexidade de se imputar que o direito das Cortes de Justiça declararem atos nulos, por contrários a Constituição, tem surgido da imaginação da doutrina que afirma a inerência de uma superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Incita-se que a autoridade que possui competência para declarar nula de outra entidade, deve necessariamente superior àquele sobre o qual pode declarar nulo o ato. Como essa doutrina é de grande importância em todas as constituições Americanas, uma breve discussão sobre o seu alcance não pode ser aceitável. [...] A interpretação das leis é própria das Cortes de Justiça. A Constituição deve ser resguardada pelos juizes como lei fundamental. Ela, dessa forma, pertence a eles para fixar o seu significado, bem como para fixar o significado de qualquer ato particular advindo do Poder Legislativo. (HAMILTON, 1788, p. 3-5)<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Tradução livre.

Sánchez (1998, p. 108) ainda nos assevera que Hamilton não extraiu a doutrina do Federalista n.º 78 do texto constitucional em si, dos artigos 3º e 6º. Na realidade, diz o autor que Hamilton apresenta uma visão que se encaixa comodamente no acervo interpretativo da *common law*.

De qualquer modo, prossegue Sánchez (1998, p.108) afirmando que o texto contido no Federalista n.º 78 também serviria como base para o pronunciamento do *Chief Justice* John Marshall na decisão do caso *Marbury v. Madison*, sendo que o primeiro ciclo de atuação da Suprema Corte (1789 a 1801) foi marcado pela utilização da *judicial review* como mecanismo de controle de leis e Constituições estaduais, não se cogitando, assim, o controle de leis federais advindas do Congresso Nacional. E, nesse contexto, a utilização da corrente delineada por Alexander Hamilton foi crucial para que John Marshall, em 1803, declarasse inconstitucional ato legislativo advindo do Congresso Nacional.

## **7 JUDICIAL REVIEW ANTES DE MARBUY V. MADISON SEGUNDO TREANOR**

Treanor (2005) vai além da análise já bastante diferenciada de Sánchez (1998), e faz um estudo minucioso sobre os 31 (trinta e um) casos em que foi discutido o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos antes do caso *Marbury v. Madison*.

Dessa forma, Treanor desfaz a ideia de relevância extrema do indicado caso *Marbury v. Madison* para o controle de constitucionalidade na América.

Além dos 31 (trinta e um) casos em que foram invalidadas leis antes do caso *Marbury v. Madison*, Treanor (2005) apresenta 7 (sete) outros casos em que a constitucionalidade foi discutida, nos quais, contudo, as leis foram ao final declaradas constitucionais.

Mesmo mencionando que a Constituição não prevê expressamente o poder de *judicial review*, Treanor (2005, p. 460) afirma que esse tema nunca foi pacificado, e que é tratado até os dias atuais. O mencionado autor assevera que a mais notável defesa da *judicial review* foi feita por Hamilton no Federalista n.º 78 e, adiante, no Federalista n.º 81 (TREANOR, 2005, p. 471).

O mais interessante no trabalho de Treanor (2005) é o fato de que ele aponta que em mais de um século de pesquisa os estudiosos apenas conseguiram apontar 7 (sete) casos em que foi discutida a invalidação de leis nos Estados Unidos antes do caso *Marbury v. Madison*. Todavia, o autor demonstra que estudou tais casos, e que constatou, dentre esses, que em 4 (quatro) casos houve a invalidação das leis discutidas, todavia, ele adverte que o foco de sua pesquisa não é se o controle de constitucionalidade foi realizado ou não, pois interessa ao autor a abordagem interpretativa.

Apreciando, assim, a abordagem interpretativa dada pelos juízes nos processos estudados, Treanor (2005) mostra que o exercício da revisão judicial ou do controle de constitucionalidade foi dramaticamente mais comum do que mostram os estudos recentes e predominantes. Há, diz o autor, mais de 5 (cinco) vezes o número de casos em que a lei foi invalidada do que os casos de que trata a doutrina que estuda a *judicial review*. Dessa feita, a revisão judicial foi muito melhor estabelecida nos anos imediatamente posteriores à Constituição do que foi anteriormente reconhecido, e a *judicial review* estava longe de ser rara.

Além de mostrar a frequência relativa de afirmações de revisão judicial, Treanor (2005) propõe e consegue demonstrar que, a partir da era revolucionária, a invalidação judicial de leis caiu em certos padrões, sendo que 15 (quinze) dos 31 (trinta e um) casos estudados em que houve invalidação de leis versaram sobre o direito a um julgamento com júri ou sobre preocupações judiciais correlacionadas.

## 8 O CASO *MARBURY V. MADISON*

Difícil compreendermos e rechaçarmos a proeminência do caso *Marbury v. Madison*, que ganhou relevo como o paradigma do controle de constitucionalidade da América, se não pensarmos que entre a promulgação da Constituição de 1787 e 1803 houve 31 (trinta e um) casos em que a *judicialreview* resultou na invalidação de leis nos Estados Unidos, sendo que em outros 7 (sete) casos é possível encontrarmos votos nesse sentido, tal como nos mostra Treanor (2005, p. 457). Essa circunstância fática real torna relevante, portanto, compreendermos melhor o caso *Marbury v. Madison*.

Antes de tudo, é válido lembrarmos que a *judicial review* é um dos mecanismos mais poderosos das cortes federais nos Estados Unidos. Conforme já evidenciado ao longo da história, os constituintes – ou *framers* – possuíam um *animus* implícito de que os tribunais obtivessem o poder da *judicial review*. Contudo, tal técnica de controle de constitucionalidade não foi expressamente mencionada na Constituição norte-americana.

Com previsão implícita na Constituição, tal como menciona Sánchez (1998, p. 99), para o qual a *judicial review* é decorrência da competência do juiz de interpretar leis, o fato é que a *judicial review* é uma das formas mais emblemáticas de se controlar a constitucionalidade no direito contemporâneo.

Conforme relatado por Sánchez (1998, p. 110), a *judicial review* era um sistema que já havia sido utilizado durante o período pré-constitucional e durante o período de ratificação do texto constitucional. Nesse sentido, já havia casos em que leis haviam sido declaradas inconstitucionais, notadamente nos casos *Hylton v. United States* e *Hollingsworth v. Virginia*.

Portanto, a *judicial review* já vinha sendo praticada no âmbito do direito norte-americano, com naturalidade e sem prévia teorização, o que é ainda mais interessante. A sua utilização, todavia, não era embasada em termos constitucionais propriamente ditos, mas, basicamente, na concepção de superioridade do direito federal sobre o direito estadual e de rigidez da Constituição.

No ano de 1800 o cenário político norte-americano passava por uma série de mudanças. O partido Federalista, antes detentor da maioria dos cargos no Parlamento e na Presidência, perdeu para o partido Republicano as eleições presidenciais (SARLET, 2013, pp. 810). Com efeito, ao final de 1800, o então presidente John Adams, que havia substituído George Washington, estava prestes a ser substituído pelo republicano Thomas Jefferson.

Com o intuito de permanecer com parcela do poder político, no início de 1801 o Congresso norte-americano, constituído de maioria federalista, aprovou uma lei autorizando a nomeação de 42 (quarenta e dois) juízes de paz para os Distritos de Columbia e Alexandria e criou 18 (dezoito) cargos judiciais, sob o argumento de que os juízes da Suprema Corte, que exerciam também cargo na *Circuit Court*, estavam sobrecarregados, sendo esses derradeiros cargos vitalícios. Nessa oportunidade em que o *Judiciary Act* de 1801 alterou o *Judiciary Act de 1789*, foi também dada

competência à Suprema Corte para discutir as ações originárias que versavam sobre seu conteúdo.

Vale acrescentar que todos os nomeados aos cargos eram filiados e membros do partido Federalista. Essas nomeações receberam a denominação de *midnight appointments*, e os juízes ficaram conhecidos como os juízes da meia-noite, posto que as nomeações eram realizadas muitas vezes de um dia para o outro.

No dia três de março de 1801 – um dia antes da posse do novo presidente e membro do partido Republicano, Thomas Jefferson – o Senado confirmou as nomeações dos 42 (quarenta e dois) juízes. Assim, em seu último dia de governo o presidente Adams assinou os atos de investidura que deveriam ser entregues aos novos juízes pelo então Secretário de Estado John Marshall (NOVAK, 2010, p. 2).

Vale colacionar que John Marshall já havia sido indicado pelo presidente John Adams para presidir a Suprema Corte, tendo prestado compromisso em 4 de fevereiro de 1801. Marshall, contudo, permaneceu ocupando o cargo de Secretário de Estado por solicitação expressa do Presidente Adams, de modo que John Marshall apenas tomou posse no cargo de Presidente da Suprema Corte após o efetivo término do mandato presidencial de Adams. Sucede que, apesar da rapidez na nomeação e aprovação dos novos magistrados, Marshall não teve tempo suficiente para entregar os atos de investidura a todos os juízes de paz. Dentre tais juízes de paz estava William Marbury (SARLET, 2013, p. 810).

Com o início do mandato do Presidente Thomas Jefferson, o cargo de Secretário de Estado passou a ser ocupado por James Madison. Tendo em vista que o novo detentor do cargo de Secretário de Estado era membro do partido Republicano, Madison, sabendo do planejamento arquitetado pelo partido rival, negou-se a entregar os atos de investidura aos novos juízes de paz nomeados durante o governo do presidente John Adams (NOVAK, 2010, p. 03).

Nessa vertente, William Marbury, que havia sido cabalmente prejudicado pela decisão do novo Secretário de Estado, ao final do ano de 1801, propôs um *writ of mandamus* originariamente perante a Suprema Corte, requerendo a ordem para que Madison lhe entregasse o ato de investidura. É importante acrescentar que a ação foi proposta com base no parágrafo 13 do *Judiciary Act* de 1789.

O caso foi a julgamento pela Suprema Corte no ano de 1803, quando aguardavam julgamento também mais dois outros casos, até mais relevantes do que

o caso *Marbury v Madison*, que discutia a simples posse no cargo de juiz de paz, cargo esse menos importante e com mandato de somente 5 (cinco) anos. Todavia, seguindo os critérios da Suprema Corte para seleção dos casos a serem julgados, pois a jurisdição ali não é obrigatória, foi selecionado o caso *Marbury v. Madison*.

Evidentemente que a situação do *Chief Justice* John Marshall era delicada, pois não deveria sequer ter participado do julgamento, haja vista que estava secretário exatamente no momento em que entregou os documentos de investidura dos novos juízes, cujos cargos foram criados pelo governo do partido Federalista, do qual Marshall, ademais, fazia parte.

Contudo, evitando criar um conflito gravíssimo entre os Poderes Executivo e Judiciário americanos, Marshall foi astuto ao entender que Marbury possuía o direito à investidura no cargo. Para tanto, Marshall tomou como base o ato do Congresso que autorizou a nomeação dos juízes de paz. Nesse sentido, afirmou que a investidura constituía um *vested legal right*, isto é, um direito a ele inerente, não podendo ser dele retirado (SARLET, 2013, p. 811).

Seguindo essa vertente, Marshall entendeu que, diante do caso concreto, deveria ser introduzido um instrumento processual para que pudesse haver a tutela de tal direito. Marshall raciocinou nos termos de que todo direito deve ter à sua disposição um instrumento processual para protegê-lo. Assim, defendeu que tal problemática não teria ocorrido se a questão tivesse cunho político ou fosse submetida à discricionariedade do Poder Executivo. Portanto, na análise do *writ of mandamus*, restou consignado que o ato processual constitui ordem para uma autoridade praticar ação específica.

Nesse sentido, Marshall ainda indagou se ele poderia ser utilizado contra autoridades que fizessem parte do Executivo. Assim, foi constatado que existem dois atos do Poder Executivo que não são passíveis da *judicial review*: aqueles que, em sua essência, têm natureza política e os que a Constituição ou as leis colocam sob completa discricionariedade do Poder Executivo. Todavia, situação diversa existiria na hipótese em que a Constituição ou a lei lhe impõe determinado dever. Nesse caso, afigurando-se legítima a atuação do Judiciário em face de ilegalidade específica, não haveria intromissão no Poder (NOVAK, 2010, pp. 2-3).

A despeito de toda essa argumentação, ao analisar o “poder”, isto é a competência da Suprema Corte para apreciar o caso concreto, pronunciar-se e conceder o *mandamus*, Marbury, observou a inerência de um conflito entre o

parágrafo 13 do *Judiciary Act* de 1789 e o artigo 3º da Constituição. Dessa forma, o parágrafo 13 da Lei de 1789 alterou a competência originária da Suprema Corte, atribuindo-lhe o poder para apreciar e julgar outras ações originárias, como a proposta por William Marbury. Com efeito, John Marshall interpretou o artigo 3º da Constituição como norma que fixou e limitou a competência originária da Suprema Corte, concluindo que o Congresso poderia alterar apenas a competência recursal (SARLET, 2013, p. 811).

Diante do latente conflito entre o parágrafo 13 da Lei de 1789 e o artigo 3º da Constituição, Marshall, de forma sagaz, construiu a solução da questão nos seguintes termos: o problema passou a ser se a lei que conflitava com a Constituição seria válida e a Suprema Corte teria o poder para invalidá-la ou, ao menos, deixar de aplicá-la. Nessa vereda, destacamos que:

A opinião concluiu que o Congresso pode possuir o poder para alterar a competência da Suprema Corte, porém o artigo 3º possui o intuito de consertar a competência original. Dessa forma, existiu um claro conflito entre a competência original do Estatuto e a da Constituição, levando Marshall a questão essencial: se o direito que estava em conflito com a Constituição é válido e se a Suprema Corte possui a competência para invalidar, ou, ao menos, deixar de aplicá-la.<sup>5</sup> (NOVAK, 2010, p. 4)

Por conseguinte, Marshall encontrou-se diante de uma problemática que possuía duas alternativas: ou a Constituição seria a lei suprema, incapaz de ser modificada mediante meios ordinário, ou a Constituição estaria no mesmo nível das leis ordinárias, e, sendo assim, poderia ser livremente modificada pelo implemento de atos emanados pelo legislador ordinário. Caso Marshall optasse pela segunda posição, poderia se imputar que as Constituições escritas não passariam de uma simples forma de tentar limitar o Poder Legislativo (SARLET, 2013, p. 812).

Optou Marshall pelo entendimento de que a Constituição era na realidade a lei suprema. Por conseguinte, tal diploma é incapaz de ser modificado mediante meios ordinários de produção legislativa, e, dessa forma, a lei que lhe é contrária não é um ato legislativo válido – posto que se encontra eivado de uma real inconstitucionalidade. Logo, ao se fixar que a Constituição é a lei fundamental e suprema da nação, a conclusão só pode ser que o ato legislativo que contraria a Constituição é nulo (SARLET, 2013, p. 812).

<sup>5</sup> Tradução livre.

Assim, é possível expormos que:

Marshall afirmou que a questão de saber se uma lei federal contrária a um dispositivo constitucional poderia ser considerada a lei nacional "não era de uma complexidade proporcional ao seu interesse". Marshall acreditava que o povo da nação tinha o direito de estabelecer princípios vinculantes e executáveis para o governo da sociedade. Enquanto as pessoas poderiam ter ratificado a Constituição que criaria um governo de poderes gerais, optaram por uma constituição que criou governo com poderes definidos e limitados. Não poderia haver, na visão de Marshall, um meio termo entre esses tipos de governo. Isso deixou à Corte a escolha entre declarar a Constituição como a lei superior e de ligação, ou permitir que o Poder Legislativo possa ser uma entidade de poderes ilimitados. O fato de que as pessoas escolheram uma constituição escrita com princípios fundamentais para vincular o governo no futuro foi uma evidência de que a Constituição deve ser a lei de ligação superior. Se a constituição é a lei superior, em seguida, um ato conflitante deve ser inválido.<sup>6</sup> (NOVAK, 2010, p. 4)

E, como já havia sido determinado que a lei que contraria a Constituição é nula, restava saber se o Poder Judiciário possuiria competência para tanto. Dessa forma, como a Constituição é a lei fundamental e suprema, incumbiria ao Poder Judiciário interpretar as leis para julgar os casos, cabendo-lhe, quando a lei afronta a Constituição, deixar de aplicar o caso concreto. Assim, admitiu-se que o Judiciário é o intérprete último da Constituição.

Nesse sentido, para corroborar o entendimento acima exposto, é possível destacarmos que:

Restava a questão inerente à necessidade de os tribunais serem obrigados a seguir os atos emanados do Poder Legislativo, apesar da posição do juiz quanto à incompatibilidade da lei com a Constituição. Marshall, com sua declaração, expõe que é de competência do Poder Judiciário a interpretação final de questões de cunho constitucional. Este conceito de que a Constituição é lei máxima e de que o Poder Judiciário é a instituição com a responsabilidade final para interpretar tal diploma é o norte do *Judicial Review* moderno.<sup>7</sup> (NOVAK, 2010, p. 4)

Assim, no caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte afirmou o seu poder de controlar a constitucionalidade das leis, por meio do controle difuso, embora essa não tivesse sido a primeira vez em que tal entendimento tivesse sido formulado.

<sup>6</sup> Tradução livre.

<sup>7</sup> Tradução livre.

## 9 A DECISÃO DA SUPREMA CORTE NO CASO *MARBURY V. MADISON* E A *JUDICIAL REVIEW*

A revisão das leis pelo Poder Judiciário era um instituto utilizado e bem conhecido nas colônias norte-americanas no período anterior à Revolução de 1776, sob o fundamento da supremacia do parlamento, inglês, é claro.

Com a independência das colônias e a seguinte formação de novos Estados, tais entes passaram a ser regidos por Constituições Estaduais. E, por força das inevitáveis influências do direito inglês, a revisão das leis continuou a ser realizada judicialmente durante o período pós-revolucionário americano. Contudo, essa revisão passou a ser feita tendo como parâmetros as Constituições Estaduais, e não mais as Cartas da coroa inglesa e a *commonlaw* igualmente inglesa.

Com o advento da Constituição Federal, as tradições inerentes ao exercício da revisão das leis pelo Judiciário permaneceram incrustadas nos efetivos aplicadores do direito, unindo-se ao perfil rígido da referida Constituição. No entanto, não se havia firmado uma certeza teórica de que o controle das leis em face da Constituição seria de fato possível, e se o Poder Judiciário efetivamente poderia realizá-lo.

Na verdade, não existia razoável tentativa de teorizar sobre a revisão das leis ou o controle de constitucionalidade em face das Constituições e, especialmente, da Constituição Federal. Nos debates que antecederam a elaboração da Constituição Federal as propostas sobre a *judicial review* tinham sido rechaçadas, e o que se tinha era praticamente o que Hamilton, Madison e Jay (2003) escreveram de forma panfletária.

A despeito disso, antes do caso *Marbury v. Madison*, como foi relatado por TREATOR (2005, p. 457), em 31 (trinta e uma) oportunidades, foram realizados julgamentos que enfrentaram a questão da inconstitucionalidade de leis, as quais foram declaradas inconstitucionais na América.

Ao que parece, portanto, o caso *Marbury v. Madison* foi tomado como paradigma mais em razão das questões em que estava envolto do que por qualquer outro motivo, pois, se o resultado do julgamento fosse diferente do que decidiu Marshall, poderia haver um conflito seríssimo nos Estados Unidos entre poderes, e,

provavelmente, uma crise sem precedentes abater-se-ia sobre o Judiciário, do que propriamente pela questão de direito material discutida e pelo tido como inusitado exercício do controle de constitucionalidade, que, inusitado, efetivamente, sabemos que não foi.

Não fosse o bastante, pairava sobre o referido caso a questão do grave interesse de Marshall no julgamento, que na verdade deveria tê-lo feito não participar do julgamento, haja vista que era do Partido Federalista, e que foi personagem central dos fatos narrados por Marbury.

Soma-se a isso o fato de que durante bom tempo após o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, foram poucos os casos em que foi exercida a *judicial review*, sendo que uma semana após tal julgamento, foi julgado caso bem mais consistente e que poderia ter consequências nefastas para o Judiciário americano, que foi o caso *Stuart v. Lair*, no qual, se fosse seguida a lógica do julgamento de Marshall no caso *Marbury v. Madison*, a Lei que revogou o *Judiciary Act* de 1801, datada de 1802, teria sido declarada inconstitucional. Nesse caso, inclusive, o que estava em jogo não era um cargo temporário de juiz de paz, pois o que se discutia era um cargo vitalício de juiz.

No citado julgamento, a Suprema Corte, não contando com o voto de Marshall, e sem seguir a lógica do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, o qual sequer foi mencionando, optou por não declarar a inconstitucionalidade da Lei que revogou o *Judiciary Act* questionado, em 1802, o que evidentemente foi uma decisão que levou em conta fatores políticos e a segunda ameaça de crise grave seguida entre o Judiciário e o Executivo.

Nesse sentido, Streck (2013, p. 362) assegura que a *judicial review* não nasce com o caso *Marbury v. Madison*, sendo que seu processo histórico está vinculado à limitação de poder – ao dever de resistência em frente à tirania – que tem ligação com as lutas religiosas no território inglês anteriores a 1803. E ainda acrescenta o autor que a ideia de direito fundamental, superior ao direito ordinário, de origem parlamentar, tem origem no início do século XVII, e que o constitucionalismo moderno nasce, quando Jaime I pretendeu exercer poder absoluto.

## 10 CONCLUSÃO

De tudo quanto se falou, podemos aquilatar que, embora a *judicial review* tenha algumas raízes na história inglesa, até porque não poderia ser muito diferente, considerando que os Estados Unidos foram colônia da Coroa Britânica, ela deita raízes firmes e se desenvolve efetivamente nos Estados Unidos da América, de onde foi transportada para muitos países, inclusive para países do velho continente, tendo, ademais, exercido forte influência em países das Américas, especialmente o Brasil.

Nesse caso, o subjugo imposto pela Inglaterra às Colônias Americanas, especialmente ao final da Guerra dos Sete Anos, e o controle que exercia das leis americanas foram fatores determinantes para que o controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos fosse o que efetivamente é, e, principalmente, para que fosse realizado com naturalidade após a independência americana. Ademais, é impossível não identificar a *judicial review* às ideias de rigidez e de supremacia da constituição e, também, aos conflitos internos que ocorreram nas colônias inglesas na América, inclusive, após a independência, onde, mesmo não havendo monarquia nem aristocracia nos moldes da Europa, houve debates e enfrentamentos entre as classes dominantes e as classes indignadas com os privilégios dessas.

Não fosse o bastante, mesmo sem expressa previsão na Constituição dos Estados Unidos, a *judicial review* já esteve presente em alguns debates que antecederam a independência das Treze Colônias Americanas, embora nenhuma das propostas referentes ao tema tenham sido aceitas. Assim, a sua realização ao longo do tempo ocorreu sem que se possa atribuí-la a um fato ou momento específico, como algo natural e sem prévia teorização consistente ao seu respeito.

Em verdade, o controle de constitucionalidade realizado em processo concreto forjado nos Estados Unidos da América tem como fundamento a ideia de supremacia e de rigidez da constituição e o papel do magistrado de interpretar a lei, tendo sido inspirado teoricamente pela teoria dos Federalistas, a partir do Federalista n.º 78, ao passo que a doutrina Coke serviu mais como fundamento de justificação de algumas decisões do que propriamente como precedente histórico forte e relevante da *judicial review*, de mesma forma que o caso *Marbury v. Madison* é menos importante do que pretende a doutrina dominante.

Streck (2013, p. 317), aliás, diz-nos que a experiência americana é extremamente importante, porquanto foi o primeiro grande Estado de modelo europeu que não se situa no velho continente a ter uma revolução que se sagrou vitoriosa e anticolonial, embora tivesse em seu bojo um conflito de raças, tendo sido a primeira e mais duradoura constituição escrita de acordo com a concepção moderna de constituição, a qual foi moderada pela jurisprudência, conforme o controle de constitucionalidade, sendo também o primeiro estado federal, laico, além de república democrática com sistema de governo presidencial por aplicação imediata da teoria da separação dos poderes, no qual a constituição passou a ter valor superior às demais leis e os tribunais tiveram a atribuição de interpretá-la e concretizá-la.

Assim, nem a doutrina Coke, que não objetivava impor a supremacia da *common law*, e que apenas combateu a supremacia do legislativo enquanto esse era a boca do monarca, foi um forte precedente da *judicial review*, nem o caso *Marbury v. Madison* foi originalmente o paradigma da *judicial review*, porque, exceto pela habilidade do *chief Marshall*, em contornar uma crise que poderia ser avassaladora, na qual inclusive estava envolvido pessoalmente, o caso *Marbury v. Madison* nem mesmo foi o primeiro caso de controle de constitucionalidade efetivamente ocorrido, haja vista que, no período entre a promulgação da Constituição de 1787 e o ano de 1803, foram declaradas inconstitucionais 31 (trinta e uma) leis nos Estados Unidos da América, sendo que em mais 7 (sete) casos apreciados ao menos um juiz afirmou estar presente a inconstitucionalidade da lei discutida.

É plausível concluirmos, portanto, que a América é efetivamente o berço da *judicial review*, e que foram os acontecimentos históricos nela ocorridos, inclusive antes da independência, os quais estavam relacionados ao subjugo inglês, além dos conflitos sociais internos que ocorriam nos Estados Unidos, sobretudo depois da declaração de independência, os quais influenciaram o surgimento do constitucionalismo, que fortemente geraram o modelo de controle difuso de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, num ambiente constitucional em que prevaleciam as ideias de separação de poderes e de uma constituição rígida e suprema.

## 11 REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Carmem Luiza de. **Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. Curitiba: 2007, **Rev. Sociol. Polit.** nº. 28. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782007000100011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782007000100011&script=sci_arttext)>. Acesso em: 05 abr. 2015.
- GROTE, Rainer. **Rule of law, etat de droit and Rechtsstaat** – the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. Disponível em: <[www.eur.nl/frg/lacl/papers/grote.html](http://www.eur.nl/frg/lacl/papers/grote.html)>. Acesso em: 13 abr. 2015.
- HALL, Kermit. **The Oxford guide to United States Supreme Court decisions**. Oxford Press University, 1999. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=nO093wNz1PoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=nO093wNz1PoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 06 abr. 2015.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- KALT, Brian. “Three levels of stare decisis: distinguishing common-law, constitutional, and statutory cases”. **Texas Review of Law and Politics** (2004). Disponível em: <<http://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1461&context=facpubs>>. Acesso em: 22 mar. 2015.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Vozes, 2006.
- MIRANDA, Eduardo Toledo; MENDONÇA, Paula. **Inglaterra: Governo Misto e Constituição**, 2015.
- NOWAK, John. **Principles of constitutional law**. 4. ed. Concise Hornbook, 2010.
- SÁNCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. Reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- TREANOR, Willian Michael. **Judicial Review before Marbury**. Georgetown: Georgetown Law Library, 2005. Disponível em <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2040&context=facpub>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

# NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: DO POSITIVISMO À NOVA LEITURA CONSTITUCIONAL A RESPEITO DOS VALORES<sup>1</sup>

## NEOCONSTITUTIONALISM IN BRAZIL: POSITIVISM OF THE NEW READ CONSTITUCIONAL ABOUT THE VALUES

*Simone Alvarez Lima<sup>2</sup>*

### Resumo

O positivismo é o direito posto pelo Poder Legislativo do Estado e tem sua utilidade, dentre elas, garantir a segurança jurídica. Entretanto, não apenas de segurança jurídica vive uma sociedade. A evolução social clama por novos direitos o tempo todo e nem sempre o direito vigente traz respostas para a diversidade de casos concretos que são julgados pelo Poder Judiciário. A hermenêutica jurídica não mais se satisfaz com a mera aplicação literal da lei e os operadores do Direito perceberam que o método de interpretação literal não era plenamente ajustado à uma Constituição principiológica, assim, o neoconstitucionalismo ressalta a importância da moral e da justiça na hermenêutica jurídica, pois para este movimento, a norma jurídica só é aplicável se além de válida, vigente, eficaz e efetiva, também é justa. Após a Constituição de 1988 o STF abriu s portas para a ponderação de princípios e para a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Positivismo. Neoconstitucionalismo. Valores. Dignidade da pessoa humana.

### Abstract

Positivism is the right position by the Legislature of the State and has its uses, among them, to ensure legal certainty. However, not only lives a legal society. The development calls for new social rights all the time and not always the existing law provides answers to the diversity of cases that are judged by the judiciary. The legal interpretation is no longer satisfied with a mere literal application of the law and the judiciary operators realized that the method of literal interpretation was not fully adjusted to a principled Constitution, so the neoconstitucionalism emphasizes the importance of morality and justice in the legal interpretation because this movement, the legal standard is applicable only if in addition to a valid, effective, efficient and effective, it is also fair. After the Constitution of 1988, the STF opened the doors to the ponderation of principles and the dignity of the human person.

<sup>1</sup> Artigo submetido em 08/03/2016, pareceres de análise em 03/08/2016, 08/08/2016 e 15/08/2016, aprovação comunicada em 22/08/2016.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito, na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos na Universidade Estácio de Sá, concluindo especialização em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Civil e Constitucional. E-mail: <sissyalvarez22@yahoo.com.br>.

**Keywords:** Positivism. Neoconstitutionalism. Values. Human person's dignity.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Do direito natural ao positivismo; 3. Do pós-positivismo; 4. Valores nas Constituições pré-1988; 5. Da relação entre neoconstitucionalismo e abertura do STF à ponderação; 6. Conclusão; 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo abordará a importância do neoconstitucionalismo para a atual sociedade brasileira, na qual fenômenos até então velados eclodem a cada dia, tais como: mudanças na organização familiar, união homoafetiva, progressos da medicina que invadem a seara jurídica, como a inseminação artificial *post mortem*, e o debate acerca do aborto de feto anencéfalo, que são meros exemplos que provam que o positivismo jurídico tradicional e a mera subsunção de regras é ineficiente, uma vez que o Direito precisa ser vivo para acompanhar a evolução social, sob pena de tornar-se injusto, ineficiente e ineficaz.

Abordaremos a evolução do pensamento jurídico do positivismo tradicional à Constituição Federal brasileira de 1988, que teve como marco teórico o pós-positivismo e esclareceremos que o neoconstitucionalismo não é a mera incorporação da moral ao Direito, nem a positivação dos princípios fundamentais, muito menos um fenômeno fruto do jusnaturalismo e que antes mesmo da Constituição de 1988 valores já se faziam presentes nas Constituições anteriores, mostrando que, na realidade, o neoconstitucionalismo não deixa de ser uma forma de justificar e adequar o positivismo à realidade atual.

## 2 DO DIREITO NATURAL AO POSITIVISMO

O primeiro uso da expressão direito “positivo” foi feito através de Abelardo (1079-1142), um filósofo medieval o qual, no final do século XI, explicava que “sua característica é a de ser posto pelos homens, em contraste com o direito natural que não é posto por esses, mas por algo que está além desses, como a natureza” (BOBBIO, 1995, p. 19).

O Direito positivo é, conforme definição de Bobbio (1995, p. 19), aquele que foi “posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é,

como lei.” O positivismo jurídico se realiza quando a lei se torna a fonte explícita, ou, de qualquer modo, prevalente, do Direito, sendo usado com maior frequência, fundamentando decisões.

No final do século XVIII, o direito foi definido em duas espécies: o natural e o positivo. Na época clássica, o direito natural não era considerado superior ao positivo. O primeiro era concebido como um direito comum, tendo como princípios essenciais a universalização e a imutabilidade, e o segundo como particular de uma dada *civitas* e baseando-se no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral, o direito positivo prevalecia sobre o natural quando em conflito com este, diferindo do natural pelos seguintes motivos:

O direito natural vale em toda a parte, e o positivo vale apenas em alguns lugares. O direito natural é imutável ao longo do tempo, o positivo muda. O direito natural é aquele que conhecemos através da nossa razão e o direito positivo é conhecido através de uma declaração de vontade alheia. Quanto ao objeto, os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, já os regulados pelo direito positivo, são por si mesmos indiferentes, é justo aquilo que é ordenado e injusto o que é vetado. Quanto à valoração das ações, o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil. (BOBBIO, 1995, p. 23)

No século XIX, o direito natural foi empurrado para a margem da história por ser considerado metafísico, o que não podemos negar, afinal, realmente ele remonta à compreensão de normas superior ao racionalismo humano, e anti-científico e o positivismo chegou ao seu apogeu, dominando o pensamento jurídico até meados do século XX. (BARROSO, 2015).

Para Bobbio (1995, p. 131), as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos: “O primeiro é quanto ao modo de abordar o direito: o positivismo jurídico considera o direito como um fato e não como um valor. O direito é avalorativo, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva, prescinde do fato de ser bom ou mal.”

Sendo assim, deriva a teoria da validade do Direito, segundo a qual sua validade se funda em critérios relacionados apenas à estrutura formal, independentemente de seu conteúdo. Para o positivismo jurídico, a validade da norma não tem relação com seu valor, a existência e conteúdo das normas jurídicas podem e devem ser determinados com independência de considerações e argumentos de índole moral, nos quais entra em jogo uma instância valorativa.

O segundo ponto diz respeito à definição do direito: o juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito, ou seja, as normas são feitas valer por meio da força. O terceiro ponto é quanto às fontes do direito: prevalece a teoria da legislação como fonte preeminente do direito, que coloca o problema das outras fontes do direito, que não desaparecem totalmente, excluindo o costume *contra legem*. O quarto ponto diz respeito à teoria da norma jurídica, em especial às normas permissivas, que com menor grau de natureza imperativa, há o problema dos destinatários da norma. O quinto ponto é quanto à teoria do ordenamento jurídico. O positivismo sustenta a coerência do ordenamento. (BOBBIO, 1995, p. 132.)

A respeito do quinto ponto, vale explicar que a coerência impede que no mesmo ordenamento jurídico possam coexistir simultaneamente duas normas contraditórias, pois nele está implícito o princípio que estabelece que uma das normas ou ambas são inválidas nesta situação.

O positivismo, a respeito das lacunas no direito, afirma que das normas existentes, o juiz pode extrair uma decisão para resolver qualquer caso que lhe seja submetido. Quando não houver regras que possam solucionar uma lide, Tavares (2015) afirma que “os juizes detêm um poder discricionário para criar a norma individual que regulará o caso concreto.”

O sexto ponto diz respeito ao método da ciência jurídica. O positivismo sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito. O sétimo ponto diz respeito à teoria da obediência. (BOBBIO, 1995, p. 133).

O positivismo jurídico nasceu com o objetivo de transformar o estudo do direito em uma adequada ciência, que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas. A característica fundamental da ciência é a avaloratividade, afinal, ela consiste apenas em juízos de fato, o qual representa uma tomada de conhecimento da realidade, tem apenas a finalidade de informar. Juízo de valor representa uma tomada de posição frente à realidade, a finalidade é influir o outro. Para a hermenêutica do positivismo tradicional, o juiz estaria adstrito em aplicar a norma sem o menor debate moral.

Não há como falar sobre positivismo sem citar seu grande representante, Hans Kelsen. De acordo com Kelsen (2008, p. 72), “o Direito pode ser distinguido da moral quando se concebe como ordem de coação, isto é, como ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de

coerção socialmente organizado, enquanto moral é uma ordem social que não estatui sanções deste tipo.”

Kelsen explica ainda que a separação entre Direito e moral ocorre porque caso se entendesse o Direito a ela relacionado, deveria-se pressupor uma moral absoluta, o que não existe. Existem, isso sim, diversos sistemas de moral.

Quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de moral, e não a relação entre aquela e “a” moral. É enunciado um juízo de valor relativo e não absoluto. Isso significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de moral. (KELSEN, 2008, p. 77).

A Teoria Pura do Direito rejeita, definitivamente, que o Direito deve ser moral e discorda da afirmação de que uma ordem social imoral não é Direito porque pressupõe uma moral absoluta, válida em todos os tempos e em toda parte. Para Kelsen (2008, p. 79), “a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar através da moral a ordem normativa que lhe compete, tão somente, conhecer e descrever.”

Apesar de, atualmente, ser difícil conceber um ordenamento jurídico preso a um positivismo jurídico tradicional, temos de reconhecer as contribuições dadas por este instituto, que Maia (2009, p. 123) cita como, por exemplo, “a inteligência da estrutura das normas jurídicas, a preocupação com a clareza, certeza e objetividade no estudo do direito e a preocupação com a segurança jurídica.” Porém, diante da própria evolução do pensamento da sociedade e dos fatos sociais, o positivismo jurídico entrou em crise, surgindo o movimento pós-positivista, objeto do item a seguir.

### **3 DO PÓS-POSITIVISMO**

O pós-positivismo foi o marco filosófico do neoconstitucionalismo, tanto que antes de explicar este, é imprescindível abordarmos aquele. No Brasil se concretizou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, através da qual o Direito Constitucional passou da desimportância ao apogeu e rompeu com o tradicional positivismo.

Até a 2ª Guerra Mundial, prevalecia uma cultura jurídica legicêntrica, que tratava a lei como a fonte principal, senão exclusiva, do Direito e às Constituições não eram atribuída força normativa. Nos conta Barroso (2015) que “a decadência deste no século XX, na Europa, é associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, os valores começam a retornar ao Direito.” A utilização deste termo se justifica pelo abandono de uma das características principais do paradigma do positivismo jurídico, ou seja, a não-conexão necessária entre Direito e Moral (MAIA, 2009, p. 119).

Esta não-conexão não impedia a existência de princípios no corpo legislativo, porém, pela dificuldade de aplicação e vagueza, não passavam de promessas não realizáveis e produziram uma contaminação das verdadeiras normas jurídicas.

O pós-positivismo, para Barroso (2015), apesar de ir além da legalidade estrita, não despreza o Direito expresso. Difere do jusnaturalismo porque apesar de trazer uma leitura moral do Direito, não recorre a categorias metafísicas. Calsamiglia (1998, p. 210) concorda com a afirmação, explanando que “falar de pós-positivismo não significa adotar uma posição radicalmente anti-positivista.”

Só pode ser considerado pós-positivista quem ataca alguma das teses fundamentais do positivismo jurídico, em primeiro lugar, a defesa da teoria das fontes sociais do Direito e em segundo lugar, a tese da separação entre o direito, a moral e a política. Quanto à primeira tese, o positivismo jurídico não reconhece entre os materiais normativos capazes de determinar os comportamentos sociais, elementos que não tenham sua origem nos próprios fatos sociais. O que é e o que não é Direito é uma questão de fatos sociais. Sendo assim, princípios, em boa parte oriundos de noções de natureza moral, não se encontram contemplados na grade teórica proposta pelo positivismo jurídico. Quanto à segunda tese, da separação entre direito, moral e política, não só o reconhecimento da centralidade dos princípios jurídicos altera a forma como é pensada a relação entre essas três esferas da vida social, não mais de separação absoluta, mas de articulação complementar. (MAIA, 2009, p. 123).

O pós-positivismo possui algumas características importantes que precisam ser ressaltadas, tais como:

O **deslocamento de agenda**, que refere-se a três eixos nos quais concentram-se os esforços dos pós-positivistas: a importância dos princípios gerais do Direito, a relevância da dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do Direito e a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela hermenêutica jurídica.

O jurista passa a agir preocupado com as gerações futuras para os inúmeros problemas enfrentados pela ordem jurídica, afastando seu olhar, como no caso do positivismo jurídico, de um enfoque voltado para o passado, preocupado com a estrutura da ordem legal e com os procedimentos garantidores da legalidade das normas vigentes – teste do pedigree. (MAIA, 2009, p. 123).

**A importância dos casos difíceis**, que são para o pós-positivismo de grande interesse, pois são sensores por meio dos quais pode ser estabelecida a natureza do Direito. O que interessa não é tanto investigar as soluções do passado e sim resolver conflitos que ainda não foram resolvidos. Afinal, para os casos difíceis as regras existentes são insuficientes, assim como a jurisprudência, que encontra-se silente, não podendo estes dois serem utilizados como parâmetro para a solução de um *hard case*.

O **abrandamento da dicotomia descrição/prescrição**, visto que dentro da proposta pós-positivista adoutrina procura lançar pontes entre a teoria e a prática. DWORKIN (*apud* MAIA, 2009, p. 126), autor não positivista, explica que “a teoria não somente serve para conhecer o direito vigente como é um auxiliar indispensável para o juiz, que ao utilizar a teoria como critério para a resolução aplica o Direito. A teoria não somente descreve como forma parte do Direito.” Isso podemos perceber claramente ao observarmos as conquistas jurisprudenciais, que servem como orientadoras para o Poder Legislativo perceber que lacunas precisa preencher e forma precedente que pode vir a ser utilizado em uma demanda jurídica sobre certa pretensão para a qual não há norma específica para solucionar o conflito e sem se utilizarem de critérios extralegais, inclusive Dworkin (2002, p. 36) condena a discricionariedade do juiz no positivismo tradicional quando em uma situação de lacuna no Direito, “o juiz adotaria uma solução se valendo do discernimento puramente pessoal.”

A **busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico**, afinal, quando tratamos da justificação dos princípios e direitos fundamentais não se deve utilizar construções metafísicas. “Tanto os jusnaturalistas ao priorizarem excessivamente a influência da moral sobre o Direito, quanto os positivistas ao negarem tal influência, são incapazes de compreender a real influência do Direito” (NINO, 2003, p. 145), daí a necessidade pela busca de um equilíbrio.

No Brasil, para a mudança de paradigma positivista para um neoconstitucional foi essencial a chegada das teorias pós-positivistas. Doutrinadores como Paulo Bonavides e de Eros Grau fomentaram discussões como ponderação de interesses,

princípio da razoabilidade e Direitos fundamentais em suas obras e assim, difundiram essas teorias no Brasil.

Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades de sua aplicação. Nesse contexto, há uma febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade. (MAIA, 2009, p. 125).

Neste cenário então é que o neoconstitucionalismo fincou raízes e, para evitar visões distorcidas sobre o neoconstitucionalismo, como a de que ele foi a porta de entrada para a moral no Direito, trataremos no próximo item a existência de valores nas Constituições brasileiras anteriores a 1988.

#### 4 VALORES NAS CONSTITUIÇÕES PRÉ-1988

No Brasil, conforme Sarmento (2010, p. 245), antes de 1988, as Constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas. Tinham valores expressos, todavia, nada vinculavam.

A Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, integridade física e vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam no regime militar e ainda viveu-se o paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das Constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras fundamento de validade.

Apesar do entendimento simplista que “neoconstitucionalismo significa a incorporação de princípios, valores morais e normas atinentes a outros ramos do Direito na Constituição”, a verdade é que desde a nossa primeira Constituição valores e normas referentes a outros ramos do Direito se fizeram presentes<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Sanchís expõe que outros ramos do direito não eram abordados nas constituições EUROPÉIAS antes do neoconstitucionalismo: “As Constituições do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maioris legislativas, mas documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico e se *debruçam sobre uma amplavariada de temas, que outrossa não eram tratados pelas constituições, como economia, relações de trabalho e família.*” Essa característica do neoconstitucionalismo na Europa não pode ser considerada característica do neoconstitucionalismo no Brasil, pois nas Constituições brasileiras, outros ramos

Antes de mostrarmos que nas Constituições anteriores a 1988 já haviam valores positivados, vale explicar porque não chamamos tais valores de princípios, pois para Alexy (2005, p. 71) “princípios não são valores, pois os princípios, como normas, apontam para o que considera devido, ao passo que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor” (porém não devidos, afinal, a efetividade desses valores adveio com a Constituição de 1988).

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, cujas normas eram destinadas aos brasileiros, em seu título 8º (Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos) traz um rol de valores, quais sejam: liberdade<sup>4</sup>, princípio da legalidade<sup>5</sup>, igualdade<sup>6</sup>, justiça e equidade,<sup>7</sup> dentre outros. Timidamente continha princípios de Direito Penal<sup>8</sup>, mas nada continha sobre os demais ramos do Direito.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 evoluiu em relação a Constituição de 1824 por assegurar direitos, além dos brasileiros, aos estrangeiros residentes no país, assegurou valores como igualdade e no quesito “princípio”, incorporou o da legalidade.<sup>9</sup> Abordou princípios de Direito Penal, como o previsto no artigo 72, § 13.<sup>10</sup>

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 possuía um capítulo destinado aos “Direitos e Garantias Individuais”. Este capítulo, na Constituição anterior, era chamado de “Dos Direitos”. Um novo direito, ao nosso ver, intrínseco à dignidade da pessoa humana, surgiu: o direito à subsistência.<sup>11</sup> A

---

do Direito se fizeram presentes nas Constituições desde 1891. (SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Apud SARMENTO. *Op. cit.*, p. 238).

<sup>4</sup> Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

<sup>5</sup> Art. 179, II. I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

<sup>6</sup> XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

<sup>7</sup> XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

<sup>8</sup> XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittiráaos parentes em qualquer gráo, que seja.

<sup>9</sup> Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:  
§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.  
§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

<sup>10</sup> § 13 - A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

<sup>11</sup> Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

igualdade foi prevista de forma mais completa.<sup>12</sup> Surgiu nesta Constituição um capítulo denominado “Da ordem econômica e social”, no qual, pela primeira vez utilizou uma palavra relacionada à dignidade, em seu artigo 115 que assim dispunha “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça (...), de modo que possibilite a todos existência digna (...).” Além deste capítulo, à Constituição foi inserido um capítulo especial para Família, Educação e Cultura, uma novidade em relação às Constituições anteriores.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1937 também continha normas de Direito de Família (inclusive sobre abandono moral<sup>13</sup>), Penal e Trabalhista. Como foi outorgada por Getúlio Vargas, na ditadura do Estado Novo, alguns direitos foram suprimidos, como sigilo de correspondência, o direito de greve e previa pena de morte para aquele que cometesse homicídio por motivo fútil com extremos de perversidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1946, reinseriu direitos que foram eliminados na anterior, como direito ao sigilo às correspondências, à igualdade perante a lei, excluiu a pena de morte, ressalvada a hipótese de legislação militar. Continha normas relacionadas ao Direito do Trabalho, Direito Penal e Direito de Família.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 legislou sobre Direito do Trabalho, Penal, de Família. A seção “Dos Direitos e Garantias Individuais” mantinha direitos como igualdade, vedava pena de morte, prisão perpétua, banimento, proclamava a dignidade às relações de trabalho. A Emenda Constitucional de 1969 não mudou a Constituição a esse respeito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contou com muitas novidades como o estabelecimento de fundamentos e objetivos a serem perseguidos pelos Poderes, e inicia com o Título “Dos Princípios Fundamentais”. Os princípios não apenas foram recepcionados como receberam a qualificação de “fundamentais”. Esta

<sup>12</sup> 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

<sup>13</sup> Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O *abandono moral*, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Constituição primou pela efetividade dos direitos fundamentais, que antes não acontecia, afinal, tais direitos valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis. Esta foi a maior diferença da Constituição de 1988 para todas as outras Constituições brasileiras.

Compreendido isso, passaremos a análise do neoconstitucionalismo.

## 5 DA RELAÇÃO ENTRE NEOCONSTITUCIONALISMO E ABERTURA DO STF À PONDERAÇÃO

Como explicado no item anterior, o neoconstitucionalismo não pode ser simplificado à mera inserção no texto constitucional de normas impregnadas de valores e de normas relacionadas aos demais campos do Direito, afinal, isto já ocorria desde a nossa Constituição de 1824 e não apenas a partir da Carta de 1988.

Através de pesquisa jurisprudencial realizada no site do STF, percebemos que este, em 1956, pela primeira vez pronunciou a palavra “ponderação”<sup>14</sup>. Tratava-se de algo bem diferente do que entendemos por ponderação nos dias de hoje, pois a ementa simplesmente dispunha o seguinte: “sindico; nomeação. critério seletivo, reservado a **ponderação** do juiz.”

Não se tratava de ponderação entre princípios colidentes, afinal, era a égide do positivismo jurídico na qual o juiz era apenas um aplicador da lei através da subsunção. No caso, o juiz simplesmente tinha que ponderar sobre a nomeação ou não de um síndico. Não existiam normas válidas conflitantes, pois neste caso, métodos como revogação da norma anterior ou o princípio da especialidade eram aplicados.

Na pesquisa jurisprudencial, ainda verificou-se que de 1930 à 1986, apenas 17 acórdãos utilizou a palavra “ponderação” (nestes acórdãos, a ponderação referia-se à provas relacionadas a *habeas corpus*). Repetindo-se a pesquisa entre os anos de 1986 à 2016, verificou-se a presença de 303 acórdãos e quatro repercussões gerais com a mesma palavra.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> STF, 2ª Turma. Recurso Extraordinário 29100. Relator Ministro Ribeiro da Costa. Julgamento em 02 de janeiro de 1956.

<sup>15</sup> A título de complementação, dentre as quatro jurisprudências dentro de “repercussão geral”, apenas em dois foram reconhecidas a repercussão geral: RE 627432 RG/ RS- Rio Grande do Sul e AI 837409 RG/ SE- Sergipe. Pesquisa realizada em 07 de março de 2016.

Quanto à dignidade da pessoa humana humana, até 1986, encontramos apenas um acórdão de 1976, cujo teor apresenta que, em voto vencido, o Ministro Leitão de Abreu abordou que a inelegibilidade de certa pessoa fere a presunção de inocência e a dignidade humana (percebemos que o princípio já existia, ainda que não positivado)<sup>16</sup> Entretanto, entre 1986 até 2016, encontramos 275 acórdãos referindo-se à dignidade da pessoa humana e quatro repercussões gerais. Nestas repercussões, o STF se pronunciou sobre assuntos dos quais o legislador não deu conta, quais sejam: a ponderação entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade humana; violação à dignidade da pessoa humana pela proibição de uso do banheiro feminino por transexual (o qual foi reconhecida a existência de repercussão geral por envolver o alcance de direitos fundamentais de minorias e sobre a utilização do termo “transexual” no registro civil quando da troca de nome, o qual o STF discutiu sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, saúde, intimidade e a sua convivência com os princípios da publicidade e dos registros públicos.<sup>17</sup>

Inegavelmente isso ocorreu devido ao advento da Constituição Federal de 1988. Isso demonstra que o neoconstitucionalismo é uma forma nova de ler a Constituição, indispensável devido à evolução da sociedade e ao fato dela ser principiológica, afinal, ainda que valores estivessem presentes na Constituição de 1824, os princípios apenas ganharam efetividade em 1988, já que o artigo 5º, §1º da atual Constituição expressamente dispõe que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata.<sup>18</sup> A Constituição deixou de ser vista como mero programa político para inspirar a atuação do legislador e que não podia ser invocada perante o Judiciário, na defesa de direitos.

O neoconstitucionalismo no Brasil teve como marco histórico a promulgação da Constituição Federal de 1988, através da qual, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu, pois até 1988, a lei valia mais do que a Constituição, e no Direito Público, o decreto e a portaria valiam mais do que a lei.

<sup>16</sup> STF. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 86297. Relator Ministro Thompson Flores. Julgamento em 17 de novembro de 1976.

<sup>17</sup> A título de complementação, dentre as quatro decisões dentro de “repercussão geral”, apenas uma não a possuía. Respectivamente, os casos citados são ARE 833248 RG/ RJ- Rio de Janeiro; RE 845779 RG/ SC- Santa Catarina; RE 670422 RG/ RS- Rio Grande do Sul. Pesquisa realizada em 07 de março de 2016.

<sup>18</sup> § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

As Constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes para saírem do papel, o que normalmente não ocorria. A Assembleia Constituinte de 1987/1988 quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo elenco de direitos fundamentais aos quais conferiu aplicabilidade imediata e protegeu do próprio poder de reforma. Reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial e democratizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade ao adotar um vasto elenco de legitimados ativos para a propositura de ação direta de constitucionalidade. (MAIA, 2009, p. 145).

Com a Constituição Cidadã, tornou-se impossível um sistema de mera subsunção pautado no positivismo tradicional, tendo em vista a efetividade dos princípios, que são vagos e que muitas vezes chocam-se uns com os outros. Concorda com este entendimento Prieto Sanchis (1999, p. 33) para quem “no tocante às características que ensejam dificuldades de apreensão das atuais normas constitucionais à luz das ferramentas metodológicas do positivismo tradicional (ocorre devido à) essas normas qualificarem-se de incompletas, vagas, abstratas, gerais, de aplicação diferida.”

Pensemos no fato de que nas Constituições contemporâneas, contra as advertências feitas por Kelsen, se incorporam conteúdos materiais que adotam a forma de princípios, diretrizes e valores. Essas disposições apresentam alto grau de indeterminação que expressam um conteúdo com forte carga valorativa difícil de precisar. A grade teórica proposta pelo positivismo jurídico para dar conta da interpretação legal encontra dificuldades para apreender essa nova realidade do direito na ideia de subsunção, incapaz de dar conta da especificidade da aplicação dos princípios, em especial nos frequentes casos de colisão. (MAIA, 2009, p. 145).

Ora, em uma Constituição Federal como a de 1988 é impossível usar a subsunção em todo momento pois temos a nossa disposição princípios que ao mesmo tempo que nos protegem e nos trazem direitos, nos trazem deveres, entretanto, não podemos afirmar que o positivismo está ultrapassado. Ariza (2009, p. 245) explica que “muitos autores têm se esforçado em realizar uma compatibilização entre o positivismo jurídico e o novo quadro constitucional. Sustentam o fato de que as ferramentas teóricas propugnadas pelos positivistas são ainda úteis.” E de fato, esses autores tem certa razão, afinal, é na subsunção de regras que muitos conflitos judiciais ainda são solucionados.

Sarmento alerta para o fato de que o neoconstitucionalismo não é um instituto em si, mas algo que envolve vários fenômenos diferentes:

Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo e aplicação do Direito; rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, teorias da argumentação, etc; constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; reaproximação entre Direito e Moral; judicialização da política e das relações sociais, com deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (SARMENTO, 2010, p. 233).

Quando uma Constituição incorpora certos princípios (dignidade da pessoa humana, solidariedade, liberdade e igualdade) ao direito positivo estabelece-se uma relação necessária entre Direito e moral. A Constituição de 1988, devido a inclusão de diversos direitos fundamentais e inúmeros princípios, demandou a necessidade de criação de uma categoria para melhor operacionalizar a aplicação efetiva dessas novas normas positivadas.

Como boa parcela das normas destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação, sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas ao lado da tradicional subsunção. A necessidade de resolver tensões entre princípios colidentes, frequentes em constituições marcadas pelo pluralismo axiológico, deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. (SARMENTO, 2010, p. 119).

Desta forma, são efeitos do neoconstitucionalismo no Brasil o desenvolvimento da argumentação jurídica; o crescimento da importância do Poder Judiciário, pois a clássica leitura do princípio da separação de poderes cede espaço para o ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. Além disso, os juízos descritivo (o direito como ele é) e prescritivo (o direito como ele deve ser) se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais morais, que conferem poder ao intérprete para buscar, em um caso difícil, a solução mais justa. As fronteiras entre Direito e moral não são abolidas, explica SARMENTO (2010, p. 258), “mas tornam-se mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça e a cultura jurídica começa a levá-los a sério.”

Através desta Constituição, todo o ordenamento jurídico passou por um processo de releitura a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais que passaram a vigor.

Houve uma grande mudança a respeito da interpretação jurídica com este avanço do Direito Constitucional, pois verificou-se que a solução dos problemas

jurídicos nem sempre se encontra no texto normativo disponível e ao juiz já não lhe cabe apenas a função de conhecimento técnico. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. (BARROSO, 2015).

Contudo, o neoconstitucionalismo é exposto à críticas, tais como que ele ser antidemocrático por ter seu foco no Poder Judiciário, tendo em vista que permite aos juizes a moldar a Constituição de acordo com suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito; a sua preferência por princípios e ponderação ser perigosa devido à singularidade da cultura brasileira e a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e privada do indivíduo. (SARMENTO, 2010, p. 156).

Devido às críticas que o neoconstitucionalismo sofre, caminhamos para o positivismo inclusivo, o qual Matthew (2002, p. 115), que é inclusivo porque permite que preceitos morais possam figurar entre os critérios que guiam as autoridades na tarefa de determinação do direito.”

Nosso atual sistema jurídico brasileiro se conecta bem com a nova forma de ver e viver o Direito Constitucional, pois graças a este atual momento, fruto do movimento pós-positivista e do neoconstitucionalismo, é que o STF, nosso órgão jurisdicional máximo, tem se defrontado com novos temas impregnados de conteúdo moral, como discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco, aborto de feto anencéfalo, união estável homoafetiva, inseminação artificial *post mortem*, que até então estavam sem resposta. Uma pelo fato do paulatino avanço da ciência, outras por serem verdadeiros tabus. Tudo isso sem recorrer a recursos metafísicos que caracterizavam o Direito Natural. Graças à quebra do paradigma da subsunção como único método de solução de conflitos judiciais, é que situações para as quais a lei e a jurisprudência silenciam a respeito da solução, com base nos princípios, são resolvidas, formando precedentes para que pessoas possam, a cada dia, buscar a solução para seus casos difíceis perante o Poder Judiciário.

## 6 CONCLUSÃO

No Brasil, o neoconstitucionalismo foi fruto do pós-positivismo e da Constituição Federal de 1988. Não podemos negar que guardamos resquícios

positivistas pois até mesmo princípios com alto teor moral, utilizados na jurisprudência, estão expressos no ordenamento jurídico. Por outro lado, não podemos negar que só pelo fato de valores estarem expressos em uma Constituição signifique que tais serão aplicados, pois somente com a Constituição de 1988 é que os valores, elevados ao patamar de princípios, passaram a ter aplicabilidade imediata.

A interpretação jurídica tradicional da subsunção não está derrotada, afinal, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das lides submetidas no Judiciário. O que aconteceu foi que os operadores do Direito perceberam que tal método de interpretação não era plenamente ajustado à uma Constituição principiológica e para a solução de todas as lides que surgiam

Graças a recepção de ideias do neoconstitucionalismo, nossa Constituição Federal deixou de ser um mero documento político, algo que para ser efetivada dependia da boa-vontade dos legisladores para se tornar um verdadeiro conjunto de normas jurídicas com efetividade imediata, cujos direitos inseridos nessas normas estão prontos para serem pleiteados judicialmente, valendo ressaltar que no neoconstitucionalismo, a norma jurídica só é aplicável se além de válida, vigente, eficaz e efetiva, também é justa.

O pensamento jurídico brasileiro, devido a alta carga de abstração e da quantidade de princípios, além de outras imperfeições do neoconstitucionalismo, vem sendo exposto à críticas, por isso, vem se aproximando a cada dia do positivismo inclusivo, no qual a moral que já se encontra presente em alguns princípios jurídicos, pode vir a servir de critério para o intérprete e para o aplicador do Direito, admitindo uma relação contingente com a moral, quando o direito com seus princípios e regras não der solução ou quando o valor-princípio exigir que se recorra à moral para dar resposta ao caso concreto.

## 7 REFERÊNCIAS

ARIZA, Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. *Apud.* MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. *Apud.* PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. **Revista CEJ**. Brasília, n. 30, jul./set. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CALSAMIGLIA, Albert. Pospositivismo. **Doxa - Cuadernos de Filosofia Del Derecho**, n. 21-I, 1998.

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

DWORKIN, Ronald. *Apud* MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MATTHEW, H. Throwing Light on the Role of Moral Principles in the Law: further Reflections. **Legal Theory**, nº 8, 2002.

MAZZARESE, T. Appunti del corso di filosofia del diritto. *Apud* MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **La Validez del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luiz. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STF, 2ª Turma. **Recurso Extraordinário 29100**. Relator Ministro Ribeiro da Costa. Julgamento em 02 de janeiro de 1956.

STF. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário 86297**. Relator Ministro Thompson Flores. Julgamento em 17 de novembro de 1976.

TAVARES, Rodrigo de Souza. **Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9897/neoconstitucionalismo-e-positivismo-inclusivo>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

# REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

**Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1)**

**Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (QUALIS B.1)**

**Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of the Brazilian Academy of Constitutional Law) (QUALIS rank: B.1)**

A Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, disponível em <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios inéditos em português, inglês, espanhol, francês e italiano para a publicação dos décimo terceiro e décimo quarto números (2015, jul. a dez. e 2016, jan. a jun.) até **10 de junho**, de acordo com as informações abaixo.

**Buscando ampliar a internacionalização e excelência da Revista, será priorizada a publicação de trabalhos escritos em língua inglesa e submetidos por autores com Doutorado.**

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável ([ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br))

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente ([rafael@abdconst.com.br](mailto:rafael@abdconst.com.br))

La Revista ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, disponible en <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), con periodicidad semestral, está recibiendo artículos, reseñas y ensayos inéditos en portugués, inglés, español, francés y italiano para la publicación de sus decimotercero y decimocuarto números (2015, jul. a dec. e 2016, enero a jun.) hasta **10 de junio**, de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

**Para hacer la revista más internacional y ampliar su excelencia será priorizado la publicación de trabajos escritos en lengua inglesa y sometidos por autores con Doctorado.**

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable ([ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br))

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente ([rafael@abdconst.com.br](mailto:rafael@abdconst.com.br))

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (QUALIS B.1, ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), published every semester, is receiving original articles, reviews and essays in Portuguese, English, Spanish, French and Italian to be published in its thirteenth and fourteenth editions (2015, July-Dec. e 2016, Jan.-June) until **June 10th**, according to the information below.

**In order to further internationalize Journal and increment its editorial quality papers submitted in English or by authors with PhD will be favored in publishing.**

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor ([ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br))

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente ([rafael@abdconst.com.br](mailto:rafael@abdconst.com.br))

**Português - Linha Editorial:** o periódico científico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar e comparada, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

**Missão:** A missão da *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* é incentivar a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, visa fomentar as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

**Avaliação dos Artigos:** Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *Double blind peerreview*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Quando houver um parecer pela aprovação e outro pela reprovação do artigo, poderá haver a submissão a terceiro parecerista para desempate, depois de exame pelo Editor Encarregado. Após a análise pelos pareceristas, o Editor Responsável informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações, a partir das alterações feitas, o Editor Responsável emitirá a opinião pela publicação ou não do texto. Em cada número poderão ser publicados até dois trabalhos (20% do total) de autores convidados, selecionados pelo Editor Responsável, de autoria de pesquisadores estrangeiros ou nacionais de grande renome com especial pertinência temática com a revista. Dentre os trabalhos aprovados, por política editorial de internacionalização e excelência, haverá preferência de publicação de trabalhos escritos em língua inglesa, trabalhos submetidos por autores com doutorado e trabalhos com coerência temática no número do periódico.

**Envio dos Trabalhos Científicos:** todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho e Editor assistente Rafael dos Santos Pinto, no endereço eletrônico **trabalhosabdconst@googlegroups.com**.

O email deve obrigatoriamente conter nome completo e dados para contato do autor. Deve ser enviado o trabalho em versão aberta (. doc e similares) bem como acompanhar os termos de cessão assinados disponível em:  
<http://www.abdconst.com.br/editais.php>

**Cessão de Direitos Autorais e Termo de Responsabilidade:** Os autores, ao submeterem seus trabalhos, aceitam plenamente o conteúdo do termo de cessão de direitos autorais, obrigando-se a assinar a via disponível no site, o que implica na transferência integral e não-onerosa dos direitos patrimoniais de seu trabalho à Revista. Os autores também assinarão termo de responsabilidade em relação ao conteúdo do trabalho e atestam que o trabalho submetido é inédito e não foi veiculado em outro periódico e que foram tomadas todas as precauções e procedimentos éticos cabíveis no curso da pesquisa.

**Identificação dos autores:** Os autores devem se identificar inscrevendo seu nome completo logo abaixo do título do artigo. Cada nome deve ocupar uma linha e possuir nota de rodapé com a qualificação completa do autor. A qualificação do autor deve obrigatoriamente conter: o vínculo institucional (instituição, cidade e estado) do autor e dados para contato (preferencialmente e-mail). Caso a pesquisa tenha sido realizada com financiamento de instituição pública ou privada, o vínculo deve ser indicado na última linha da qualificação.

**Regras e exame por comitê de ética:** Os autores devem obrigatoriamente atender todas as regras éticas de suas respectivas áreas e da pesquisa científica. Os trabalhos serão excluídos do processo de avaliação caso seja constatada alguma violação na ética da pesquisa científica. Se os trabalhos foram desenvolvidos no

Brasil, deve-se observar a Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde. Nas pesquisas que envolvam dados pessoais, sigilosos, entrevistas, interação ou intervenção com seres humanos, ou qualquer experimentação e análise que por lei ou regulamento exija parecer ético, o Autor deverá submeter previamente o trabalho para análise da observância das regras sobre ética na pesquisa e, nos trabalhos desenvolvidos no Brasil, os procedimentos de pesquisa necessitam ser analisados por Comitês de Ética cadastrados no sistema CEP/CONEP. O parecer ou autorização do comitê deverá ser submetido em conjunto com o trabalho.

**Principais Normas Editoriais de Formatação:** os trabalhos serão redigidos em português, espanhol, inglês, francês ou italiano e digitados em processador de texto Word.

Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;

Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;

Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;

Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;

Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;

Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;

Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;

Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

**Normas Editoriais de Estrutura do Texto:** os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

Cabeçalho: título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;

Título: deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;

Nome do(s) autor(es): indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;

Créditos: qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), em nota de rodapé;

Resumo: síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;

Resumo em outra língua: nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. O Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo, título e palavras-chave, bem como correção gramatical e ortográfica;

Palavras-chave: até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;

Palavras-chave em outra língua: nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês.

Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;

Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);

Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;

Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;

Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE. O corpo editorial pode alterar a estrutura formal do texto para adequá-lo às regras editoriais da Revista.

**Conselho Editorial:** Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor Adjunto da UFPR e da UPF, Vice-Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR, Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial: Antonio Carlos Wolkmer (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC), António José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra), Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR), Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP), Ingo Wolfgang Sarlet (Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS); Marco Aurélio Marraffon (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR), Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrazil e Doutor em Direito pela UFPR), Marcus Firmino Santiago (Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público), Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale) e Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

**Español - Línea Editorial:** la publicación periódica científica ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

**Misión:** La misión de *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* es incentivar la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.

**Evaluación de los Artículos:** Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Cuando ocurrir un parecer por la aprobación y otro por la reprobación del trabajo, podrá haber sumisión a tercer parecerista para desempate, después de examen por lo editor jefe. Tras el análisis de los evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes y lo editor jefe emitirá una opinión para la publicación o no del texto. En cada volumen podrán ser publicados dos trabajos (20% del total) de autores invitados, seleccionados por lo editor jefe, escritos por investigadores extranjeros o nacionales de gran renombre con especial pertinencia de tema con la Revista. Entre los trabajos aprobados, en acuerdo con la política editorial de internacionalidad y calidad, habrá orden de preferencia de publicación, de trabajos escritos en lengua inglesa, sometidos por autores con doctorado y trabajos pertinencia temática en el número del periódico.

**Envío de los Trabajos Científicos:** todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la ***Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional***, Ilton Norberto Robl Filho y Editor Asistente Rafael dos Santos Pinto, por correo electrónico a la siguiente dirección **[trabalhosabdconst@googlegroups.com](mailto:trabalhosabdconst@googlegroups.com)**, acompañados 1) de una autorización

expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST; y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.

**Transferencia de derechos de autor y declaración de responsabilidad:**

Los autores deben obligatoriamente someter conjuntamente con sus trabajos termo de transferencia de derechos de autor, que implica en la transferencia gratuita de los derechos patrimoniales de su trabajo a la Revista. Los autores también someterán declaración de responsabilidad registrando que lo trabajo es inédito y no fue publicado en otro periódico, que no existe conflicto de intereses del autor con lo tema abordado o la pesquisa y que fueran tomadas todas las precauciones y procedimientos éticos pertinentes a la realización de la pesquisa.

**Identificación de los autores.** Los autores deben identificarse por su nombre completo abajo del título del artículo. Cada nombre debe ocupar una línea y contener referencia con la cualificación completa del autor. La cualificación del autor debe obligatoriamente contener: la afiliación completa de todos los autores (instituto de ensino, ciudad, estado y país) y datos para contacto (endereço, teléfono o e-mail). Caso la pesquisa tenga realizándose con financiamiento o ayuda de alguna institución pública o privada, lo vínculo debe ser informado en la última línea de la cualificación.

**Reglas y examen por comité de ética:** Los autores son obligados a cumplir todas las reglas éticas de sus áreas y de la pesquisa científica. Los trabajos serán excluidos de lo proceso de evaluación caso sea constatada alguna violación de la ética de la pesquisa. Se los trabajos desenvueltos son en Brasil, debe-se obedecer la Resolución n. 466/2012 de lo Consejo Nacional de Salud. En las pesquisas que envuelvan datos personales, sigilosos, entrevistas, interacción o intervención con seres humanos, o cualquier experimento y análisis que por ley o reglamento necesite de parecer ético, lo autor deberá someter previamente lo trabajo para la análisis de observancia de las reglas éticas sobre la ética en pesquisa y, en los trabajos desenvueltos en Brasil, los procedimientos de pesquisa necesitan de análisis por los

Comitês de Ética registrados en lo sistema CEP/CONEP. Lo parecer o autorización de lo comité deberá ser sometido junto con lo trabajo.

**Principales Normas Editoriales y su Formato:** los trabajos deberán estar redactados en portugués, español, inglés, francés o italiano y digitalizados en procesador de texto Word.

Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;

Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;

Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;

Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;

Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;

Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;

Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;

Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

**Normas Editoriales para la Estructura del Texto:** los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:

Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;

Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;

Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda;

Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;

Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes do texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera frase del

resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;

Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;

Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;

Sumario: la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;

Texto del artículo: tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);

Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas: ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;

Anexo: material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;

Tablas o gráficos: los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística). El editor puede cambiar la estructura formal del texto para adecúalo a las reglas editoriales de la Revista.

**Consejo Editorial:** Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/ Paraná), Doctor, con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

Miembros del Consejo Editorial: Antonio Carlos Wolkmer. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC. Antônio José Avelãs Nunes. Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*. Eroulths Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho de la UFPR y Doctor en Derecho por la UFPR. Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (Universidade de São Paulo)* y Doctor en Economía por la USP. Ingo Wolfgang Sarlet (Doctor en Derecho por la Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemania. Professor de la Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (Doctor en Derecho por la Universidade Federal do Paraná – UFPR. Profesor de la Faculdade de Direito de la Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS). Marco Aurélio Marrafon. Presidente de la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Derecho por la UFPR. Marcos Augusto Maliska. Profesor del Curso de Maestría en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR. Marcus Firmino Santiago es Profesor en el Instituto Brasileiro de Direito Público y Doctor en Derecho por la UGF (*Universidade Gama Filho*). Mariana Mota Prado es Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale. Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*).

**English - Editorial line:** the Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of

law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

**Mission:** The mission of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* is to encourage the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the School of Law and Economics.

**Evaluation of Articles:** Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. If one professor suggests publication and the other rejects the paper, a third professor may be called on for a final decision, after the examination of the Chief Editor. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors shall make the necessary adjustments and the Chief Editor will decide over the publication of the text. Each edition may contain at least two papers (20% of the total) written by invited authors, selected by the Chief Editor, written by international and nationally renowned authors with special thematical relevance to the Journal. After que selection of the article, in accordance to editorial policy of international excellence, papers will be published in a order of preference taking in account papers written in english, papers submitted by authors with doctorate degrees and pertinence with the theme of the given number of the journal.

**Sending Scientific Papers:** Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor - and Rafael dos Santos Pinto - Assistant Editor of *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* – to the email [trabalhosabdconst@googlegroups.com](mailto:trabalhosabdconst@googlegroups.com), along with 1) an express authorization for

publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.

**Transfer of copyright and declaration of responsibility:** Authors must submit along with their papers a term of copyright transfer, transferring without cost the patrimonial rights of his work to this journal. The authors must also sign a declaration of responsibility stating that the submitted paper is unpublished and was not approved for publishing in other journals and that there is no conflict of interests of the author over the research theme or procedures, and that all ethical precautions were taken in the course of the research.

**Identification of the authors:** Authors must identify themselves by their complete name inscribed under the title of the paper. Each name must take up one line and contain a reference with the institutional affiliation of the author. The institutional affiliation of the author must contain: complete institutional description of the all authors (university, city, state and country) as well as contact information (address, telephone or e-mail). If the research was financed by any private or public institutions the disclosure must be made in the last line of the author's affiliation.

**Rules for submission to ethics committees:** Authors are obliged to follow all ethical rules of their respective areas and those of scientific research. Papers will be excluded from the evaluation process if any violation of ethics in research is found. If the research is developed in Brazil must follow Resolution n. 466/2012 of the Conselho Nacional de Saúde. Research that involves personal data, secretive data, interviews, interaction with human beings, and any experiment or analysis that by law or regulation must have ethical approval, it must be previously submitted to ethical analysis by a committee. Research developed in Brazil must submit themselves to analysis by the Committees registered in the CEP/CONEP system. The authorization or opinion must be submitted with the paper.

**Main Editorial Rules for Formatting:** Works must be written in Portuguese, Spanish, English, French or Italian in a Microsoft Word document.

- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with un-numbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

**Editorial Rules for Text Structure:** Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors
- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names
- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract, determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work
- Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it
- Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot

- Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it
- Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals
- Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)
- Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text
- Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary
- Tables or graphics: refer to “*normas de apresentação tabular*” (tabular presentation rules), published by IBGE.
- The Editor may change the formal structure of the text to harmonize it to the editorial rules of the Journal.

**Editorial Council:** Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho, Professor of the Graduation in Law at UFPR, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, PhD, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members: Antonio Carlos Wolkmer (Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC), António José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law), Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, and PhD in Law from UFPR), Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP), Ingo Wolfgang Sarlet (PhD in Law by Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Germany. Professor of Law in Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS); Luís Fernando Sgarbossa (PhD in Law by Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor in of Law in Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS); Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR); Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master

course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR); Marcus Firmino Santiago (Professor of Law at Instituto Brasileiro de Direito Público and PhD in Law from UGF); Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho), Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University); and Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST  
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar  
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR  
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167  
E-mail: [abdconst@abdconst.com.br](mailto:abdconst@abdconst.com.br)  
Editoração e Design Gráfico: Karla Knihs – [karla.kariny@gmail.com](mailto:karla.kariny@gmail.com)