



MAGNA

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná – UCP

MAGNA

Revista Jurídica

V. 1, N. 1, 2016

**Pitanga - PR
2016**

EXPEDIENTE

REALIZAÇÃO

Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná – UCP

COMISSÃO ORGANIZADORA E CIENTÍFICA

Presidente: Professor Doutor Eduardo Biacchi Gomes

Membro: Professora Jane Silva

Membro: Professor Moacir Iori Junior

Membro: Professor Rodrigo Cordeiro Teixeira

Membro: Professora Thieme Silvestri

COLABORADORES ESPECIAIS

Trajano Santos Filho

Queiti Reis

COMISSÃO OPERACIONAL

Professor Rodrigo Cordeiro Teixeira

Bibliotecária: Michele Carolina da Silva Martins

DIAGRAMAÇÃO

Trajano Santos Filho

IMPRESSÃO

Gráfica Pitanguense Ltda.

**UCP – FACULDADE DE ENSINO SUPERIOR DO CENTRO DO
PARANÁ**

Av. Universitária s/n – Linha Cantu – Fone: (42) 3646-555

CEP 85.200-000 – Pitanga-PR

www.ucpparana.edu.br

APRESENTAÇÃO

A Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná-UCP tem a alegria de lançar a Revista Magna, que é a primeira Revista Jurídica da Instituição, desenvolvida em parceria com o Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UNIBRASIL.

A Revista Magna traz em seu corpo um conjunto de artigos resultante de investigações desenvolvidas pelos alunos do Mestrado da UNIBRASIL e dos trabalhos desenvolvidos por nossos professores e acadêmicos de Direito da UCP.

A UCP com o lançamento da Revista Magna cumpre, dessa forma, sua finalidade precípua: divulgar conhecimentos, ideias e trabalhos da iniciação a pesquisa na área do Direito, entregando à sociedade em geral o fruto das pesquisas desenvolvidas por nossos professores e acadêmicos.

A Capa da Revista foi escolhida por nossos professores e alunos, representa o Multiculturalismo, o Pluramismo e a Miscigenação do Brasil, retratada na obra “Futebol em Brodósqui” do pintor brasileiro, Candido Portinari.

A Revista Magna, cujo nome também foi escolhida por nossos acadêmicos, tratará de temas de Direitos Humanos e Constitucionalismo, como forma de comprometimento efetivo na realização dos direitos inscritos tanto na Constituição Federal como em documentos internacionais de defesa dos direitos humanos, entregando uma dinamicidade a esses direitos.

Assim, pensar e propor estratégias de efetivação de direitos é o compromisso da academia e da sociedade jurídica. É o que se observa nos textos a seguir. Desejo a todos um boa leitura.

Jane Silva
Diretora Geral - UCP

EDITORIAL

A primeira edição da *Revista Magna*, da Faculdade de Direito do Centro do Paraná-UCP, demonstra a constante preocupação dos professores e dos pesquisadores da Instituição, no sentido de buscar uma formação de excelência dos acadêmicos do Curso de Direito e dos egressos desta importante região do Estado do Paraná, da qual já saíram grandes expoentes da cultura jurídica estadual e nacional, como o Desembargador Jeorling Cordeiro Clève e o Professor Clémerson Merlin Clève, ambos entusiastas e idealizadores da difusão da cultura jurídica paranaense e nacional, visto que são autores de inúmeros artigos e obras científicas.

A *Revista Magna*, portanto, nasce com os referidos ideais de qualidade e excelência na transmissão do conhecimento para a comunidade jurídica em geral.

Neste sentido, temos que louvar a iniciativa do Curso de Direito da Faculdade de Pitanga, no sentido de viabilizar a publicação da primeira Edição do referido periódico, vez que a produção do conhecimento se dá, não somente com a publicação de livros acadêmicos, tão valorizados em nossa academia, mas também com a publicação de resultados e pesquisas (ou parte delas), em forma de artigos científicos, sempre de forma a valorizar o espírito crítico na produção do conhecimento.

Em virtude da seriedade e da competência do projeto, que no momento se inicia, a *Revista Magna*, em virtude da sua linha editorial, corpo de Editores e avaliadores, que trabalharam com afinco na seleção dos referidos artigos científicos que integram a primeira edição, sem sombra de dúvidas figurará, ao longo de sua existência, como um periódico de qualidade e de excelência, dentro da comunidade acadêmica e jurídica paranaense e nacional, de forma a observar os critérios *Qualis* da CAPES.

No que diz respeito aos artigos, podemos verificar a qualidade acadêmica.

Tratam-se de artigos científicos que tem por escopo principal analisar temas atuais e contemporâneos de nossa sociedade e de acordo com critérios científicos devidamente embasados.

Os trabalhos selecionados perpassam pela análise de temas voltados ao Direito Eleitoral, Estado Constitucional de Direito, Jurisdição Constitucional e Ativismo Judicial.

Em um ou outro bloco de artigos, encontramos temas de grande relevância, como os Direitos Sociais e os Direitos Humanos, especialmente no que diz respeito ao chamado *Dumping Social*, Reserva do Possível, Relativismo e Universalismo Cultural, sem mencionar na importância do Direito Comparado na análise dos Direitos Humanos.

Também são abordados temas voltados para a análise do Neoconstitucionalismo, Pluralismo Jurídico e a Teoria da Argumentação, de forma a asseverar e confirmar o que já foi mencionado no início de nossa apresentação: a *Revista Magna* inaugura uma nova fase de excelência para a Comunidade Acadêmica e Científica do Estado do Paraná. Parabéns aos organizadores e grato por fazer parte do Projeto!

Pitanga, primavera de 2016

Eduardo Biacchi Gomes

SUMÁRIO

1 – A INTEGRIDADE DO DIREITO NA VISÃO DE RONALD DWORKIN E OS SEUS REFLEXOS NOS PRECEDENTES JUDICIAIS EM MATÉRIA ELEITORAL (p. 10) .

Carla Panza Bretas

2 – A PROTEÇÃO AO DIREITO DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM DETRIMENTO DA APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR *DUMPING SOCIAL* (p. 25)

Lincoln Zub Dutra

3 – CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL (p. 50)

Léa Maria Massignan Berejuk

4 – A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO E DO PÓS-POSITIVISMO PARA INTERPRETAÇÃO DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS (p. 66)

Moacir Iori Junior

Daiane de Oliveira Iori

5 – DO ESTADO DECIMONÔNICO AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO (p. 93)

Parcelli Dionizio Moreira

6 – EM BUSCA DA SUPERAÇÃO DA DISCUSSÃO ENTRE UNIVERSALISMO E RELATIVISMO (p. 109)

Cristiane Farren

7 – JUDICIAL REVIEW E A LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (p. 127)

Rodrigo Cordeiro Teixeira

Jane Silva

8 – LOS ROSTROS DE LOS DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS INTERNACIONAL POR LOS OJOS DE LA LEY BRASILEÑA Y ARGENTINA (p. 139)

Milca Micheli Cerqueira Leite

9 – O ATIVISMO JUDICIAL E A CRIAÇÃO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO (p. 160)

Rodrigo Cordeiro Teixeira

10 – O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO INSTRUMENTO DE RACIONALIDADE E CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL (p. 173)

Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho

11 – O PLURALISMO JURÍDICO E A FALTA DE IDENTIDADE JURÍDICO-CULTURAL BRASILEIRA (p. 189)

*Bruna Azevedo de Castro
Queiti de Oliveira dos Reis*

12 – PROBLEMAS E POTENCIALIDADES DA TEORIA DO DIREITO E DA CONSTITUIÇÃO NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA (p. 201)

Kennedy Josué Greca de Mattos

13 – RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO ÂMBITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITOS, CONSIDERAÇÕES E PROBLEMATIZAÇÕES (p. 208)

Catherine Thereze Braska Hazl

14 – SILOGISMOS ARGUMENTATIVOS E O PARADIGMA DAS MULTIPLAS RESPOSTAS (p. 225)

Trajano Santos Filho

A INTEGRIDADE DO DIREITO NA VISÃO DE RONALD DWORKIN E OS SEUS REFLEXOS NOS PRECEDENTES JUDICIAIS EM MATÉRIA ELEITORAL

Carla Panza Bretas¹

INTRODUÇÃO

Neste presente trabalho, apresentado como requisito parcial para a aprovação na disciplina Filosofia do Direito e Constituição junto ao programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, pretende-se investigar de que modo a doutrina de Ronald Dworkin contribui para o aprimoramento do direito eleitoral brasileiro, especialmente no campo da teoria dos precedentes judiciais.

Para tanto, inicialmente será realizada uma abordagem teórica sobre a mudança de paradigma provocada no direito constitucional pelo segundo pós guerra. Em seguida, adentraremos nas principais ideias que envolvem a teoria dos princípios e seus reflexos sobre a doutrina de Ronald Dworkin quanto o direito como integridade. Pretende-se incursionar sobre os aspectos que envolvem a adoção da teoria dos precedentes judiciais no direito brasileiro. Serão realizadas, ainda, reflexões sobre o modo pelo qual o Supremo Tribunal Federal entende como deve se comportar a jurisprudência eleitoral no caso de superação dos precedentes judiciais. Por fim, dito posicionamento do Supremo Tribunal Federal merecerá um olhar à luz do conceito de integridade do direito, de modo a concluir como essas ideias hermenêuticas refletem em solo brasileiro.

A MUDANÇA DE PARADIGMA DO DIREITO

O fim da Segunda Guerra Mundial marcou a decadência do positivismo jurídico, umbilicalmente associado aos horrores praticados pelo fascismo da Itália e nazismo da Alemanha. Sob o manto da estrita legalidade formal, aqueles governos impingiram

¹Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Veiga de Almeida. Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral do Paraná.

políticas voltadas para a aniquilação e dominação dos diferentes, o que provocou a reação da dogmática jurídica e a reaproximação entre o direito e a ética².

Nesse cenário, as novas constituições europeias editadas no segundo pós-guerra avizinham-se do contexto constitucional já vivenciado nos Estados Unidos e criaram ou passaram a fortalecer a jurisdição constitucional eventualmente já existente de modo a proteger direitos fundamentais mesmo em face do legislador ordinário³.

A nova trajetória do direito constitucional faz surgir a doutrina pós-positivista, inspirada nas ideias de justiça, legitimidade democrática e necessidade de superação da mera legalidade estrita⁴. As condições de validade das leis são alteradas pela novel dogmática. Passa-se a exigir não só o atendimento dos aspectos formais de produção da lei, mas também a coerência de seu conteúdo frente os princípios constitucionais⁵, que “passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico”⁶.

Nesse contexto cresce a importância do Poder Judiciário, que passa a ser convocado para resolver questões polêmicas que envolvem a aplicação de princípios constitucionais colidentes. A antiga técnica da subsunção já não é mais suficiente para, por si só, apresentar respostas a essas novas questões (*hard cases*). Supera-se o pensamento de **Montesquieu** de que “os juizes da nação não são ... mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor”⁷ e exige-se o esforço no desenvolvimento de uma nova dogmática jurídica⁸.

²Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 324/325.

³Sarmento, Daniel. *O neoconstitucionalismo no brasil: riscos e possibilidades*. In: Sarmento, Daniel (Coord.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 117.

⁴Barroso, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no brasil*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 7.

⁵Ferrajoli, Luigi. *Pasado y futuro des estado de derecho*. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 7.

⁶Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 325.

⁷Montesquieu. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 172.

⁸ Segundo Margarida Lacombe Camargo em seu texto *A nova hermenêutica*. in: Sarmento, Daniel (Coord.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 337: “A Nova Hermeneutica surge num contexto de crítica à preponderância do método lógico silogístico como fator de legitimação do Direito, conforme propugnado pelo silogismo jurídico”.

Vários autores assumira a tarefa de repensar as bases filosóficas do direito⁹, mas atribui-se a **Ronald Dworkin** o papel de protagonista desse elenco¹⁰. Seus ensinamentos, além de desenharem principais diferenças entre regras e princípio foram responsáveis pela base dos prestigiosos trabalhos de autores como Robert Alexy, Peter Habermas, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino¹¹.

Assim, de modo a apresentar de que como tais ideias influenciaram o direito eleitoral brasileiro vivenciado nos dias de hoje, partiremos da análise dos ensinamentos de Ronald Dworkin quanto a conceituação distinta entre norma jurídica, regras e princípios, bem como sua visão quanto a integridade do direito.

A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Na trajetória que levou ao esgotamento do pensamento positivista, os princípios foram conduzidos ao centro do sistema jurídico, superando-se a crença anterior de que os mesmos possuíam tão somente uma dimensão axiológica¹².

Assim, a nova dogmática jurídica passou a difundir o entendimento de que as normas em geral, em especial as normas constitucionais, enquadram-se em duas espécies diversas: princípios e regras, cuja distinção conceitual estruturou a base da teoria normativo-material dos direitos fundamentais e um ponto de partida para a resposta quanto aos possibilidades e limites da racionalidade no âmbito do direito¹³.

⁹Margarida Lacombe Camargo em seu texto *A nova hermenêutica*. in: Sarmiento, Daniel (Coord.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 368, cita como exemplo os autores Gadamer, Heidegger, Muller, Dworkin, Alexy, Habermas, Parelman e Dewey. No mesmo sentido: Neto, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁰Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2004, p. 328.

¹¹ Conforme observação formulada por Daniel Sarmiento em seu texto “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: Sarmiento, Daniel (Coord.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 115, todos esses autores passaram a ser conhecidos como “neoconstitucionalistas” muito embora nenhum deles assim tenha se auto reconhecido. Destaca que quanto a Carlos Santiago Nino, o mesmo faleceu em 1993, quando ainda nem se empregava a denominação “neoconstitucionalista”.

¹²Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2004, p. 327.

¹³Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. - São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 85.

Ronald Dworkin capitaneia a doutrina preocupada com a nova dogmática e estabelece que tanto as regras quanto os princípios “apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”¹⁴. Assim, sustenta que as regras, se válidas, são aplicadas ao **modo tudo ou nada** (*allornothing*), ou seja, sendo válida a regra, a resposta por ela oferecida deve ser aceita. De outro viés, sendo inválida, a regra não poderá ser aproveitada para o resultado da decisão.

Quanto aos princípios, Dworkin esclarece que as consequências jurídicas decorrentes do preenchimento das condições estabelecidas pelos princípios não são verificadas automaticamente¹⁵. Aliás, nem mesmo as condições que tornam a aplicação dos princípios como necessárias podem ser estabelecidas de forma prévia. Ao contrário, os princípios apenas anunciam “uma razão que conduz o argumento em uma certa direção”, mas (ainda assim) necessitam de uma decisão particular¹⁶. Os princípios não determinam a decisão, mas somente os seus fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de princípios.

Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma **dimensão de peso** (ou importância), demonstrável na hipótese de colisão. Ou seja, quando dois ou mais princípios inter cruzam-se torna-se imperioso avaliar quais deles é mais importante para o caso, mas sem que isso implique na perda da validade daquele princípio que deve ceder. De outro lado, as regras não comportam essa mesma dimensão. Verificado o conflito entre regras, a decisão deverá verificar qual delas é válida e qual delas deve ser abandonada ou reformulada¹⁷.

No entanto, embora as concepções de Ronald Dworkin tenham sido fortemente aceitas por outros autores, ainda assim pode-se identificar alguns pontos de divergências. **Robert Alexy**, por exemplo, aproveitou grande parte das considerações quanto a diferenciação entre regras e princípios¹⁸, mas criticou Dworkin por considera-lo muito simples¹⁹. Esse é o ônus de todo aquele que ousa ser o primeiro.

¹⁴Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹⁵Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

¹⁶Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

¹⁷Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Mar002, p. 42 e 43.

¹⁸Alexy e Dworkin diverge, por exemplo, quanto ao tipo de direitos englobados pelos princípios. Segundo Alexy, os princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a direitos coletivos. A relação dos princípios com direitos coletivos exige a criação ou manutenção de situações que satisfaçam, na maior

Robert Alexy também diverge de Dworkin por entender que não existe apenas uma diferença gradual entre regras e princípios, mas uma diferença qualitativa. Explica-se. Segundo Alexy, os princípios exigem que algo seja realizado **na maior medida possível** dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Eles não contêm um mandamento definitivo, mas somente *prima facie*(**mandamentos de otimização**). Já as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam. Elas têm uma determinação da extensão do seu conteúdo em face das circunstâncias fáticas e jurídicas. Se essa determinação não falhar diante das possibilidades jurídicas e fáticas, então as regras assumem um **caráter definitivo**²⁰.

Dito autor estabelece, ainda, que a diferenciação entre regras e princípios também pode ser observada no caso de conflito entre elas. Em poucas linhas pode-se dizer que segundo Alexy, no caso de conflito entre regras a solução somente será alcançada caso se introduza em uma das regras uma **clausula de exceção** que elimine o conflito, ou se uma das regras for declarada inválida. Já em se tratando de colisão entre princípios, o autor entende que um dos princípios em jogo deve ceder, mas sem que isso implique na declaração de invalidade do outro, tão pouco introduzida uma clausula de exceção. Segundo defende, “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”²¹. Isso é o que o autor chama de “lei da colisão”.

Em resumo, segundo **Robert Alexy**, o conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, enquanto a colisão entre princípios ocorrem na dimensão de peso²².

No caso de colisão entre princípios, Robert Alexy demonstra existir uma relação de tensão que não se resolve de imediato com a determinação de prevalência de um sobre o outro, mas sim em função da ponderação entre os princípios colidentes, quando um deles, de acordo com o caso concreto, recebe a prevalência sobre o outro e cria uma verdadeira regra²³. Os princípios possuiriam apenas uma dimensão de peso e não

medida possível diante das possibilidades jurídicas e fáticas, critérios que vão além da validade e satisfação do direito. Sob outro ponto de vista, Dworkin defende que só existem princípios relacionados com direitos individuais. Normas que se referem à direitos coletivos podem ser consideradas como ‘políticas’. Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 114/116.

¹⁹Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 104.

²⁰Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90 e 91.

²¹Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 92 e 93.

²²Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 94

²³Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 102.

determinariam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Isso faz com que os princípios também sejam aplicados segundo o modo tudo ou nada.

Não obstante essas discordâncias teóricas entre Ronald Dworkin e Robert Alexy, é certo que suas análises fecundaram uma nova dogmática jurídica. O protagonismo dos princípios dentro do ordenamento jurídico não se caracterizou como um mero apego metodológico a novas ideias abstratas. Foi muito mais do que isso. Provocou a mudança quanto ao modo de pensar o direito, que passou a reconhecer que os valores expressos pelos princípios integram e permeiam todo o sistema jurídico ainda que não positivados em um texto normativo²⁴.

É dentro desse cenário que o Poder Judiciário fica sob o centro do holofote. Nesse novo paradigma constitucional, como resume **Daniel Sarmiento**²⁵, a leitura clássica do princípio da separação de poderes cede espaço para outras visões, onde o ativismo judicial é exercido na defesa dos valores constitucionais.

Não obstante isso, **Daniel Sarmiento** salienta que vê “com reticências a sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande – se não o único – intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário”. Alerta que o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado pelo excesso com essas ideias, cujo efeito colateral pode ser muito perigoso, pois a “ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda ...”²⁶.

Luigi Ferrajoli²⁷ também se preocupa com esses riscos. As leis, segundo Ferrajoli, estão cada vez mais redigidas em linguagem obscura, tortuosa e em grande número, o que dá lugar a “intrincados enredos e labirintos legislativos”, ao ponto de levar o Tribunal Constitucional italiano a arquivar o clássico princípio penal da não exclusão de culpabilidade pela ignorância. Alerta que a racionalidade da lei, a qual Hobbes contrapôs a “iuris prudência” ou “sabedoria dos juízes” do velho direito comum, está sendo dissolvida por um legislador ainda mais desordenado, o que abre caminho para a discricionariedade

²⁴Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 338.

²⁵Sarmiento, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: Sarmiento, Daniel (Coord.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 119.

²⁶Sarmiento, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: Sarmiento, Daniel (Coord.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 139.

²⁷Ferrajoli, Luigi. *Pasado y futuro des estado de derecho*. In: Carbonell, Miquel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003.

dos juízes e a formação jurisprudencial, administrativa ou privada do direito, conforme o antigo modelo pre-moderno, causando perda da certeza, eficiência e garantias.

Dentro dessa mesma linha de ideias, **Ana Lucia Pretto Pereira**²⁸ alerta quanto a necessidade de ampliação do debate jurídico acerca do ativismo e da autocontenção judicial. É que, conforme destacado pela autora, a abertura das “portas ao magistrado para que interprete a Constituição da maneira que julgar mais adequada ao caso em exame” pode “encobrir um decisionismo crônico da jurisdição constitucional”.

Diante de todos os riscos que o ativismo judicial pode causar é que se justifica a importância da visão do direito como um romance em cadeia, conforme idealizado por Ronald Dworkin. Com esse modo hermenêutico é possível garantir o maior grau possível de coerência no direito e nas decisões judiciais, evitando-se a insegurança jurídica gerada quando o decisionismo se instala. É nesse contexto, ainda, que se impede que as “decisões dos tribunais inferiores não levem em consideração o que já foi dito pelos Tribunais Superiores”²⁹, bem como que as decisões destes tribunais sejam lançadas “de maneira aleatória, sem confirmação do conteúdo da decisão (*ratio decidendi*) -, ou de maneira estratégica -, apenas aquelas que favoreçam a linha argumentativa do Ministro”³⁰.

O DIREITO ESCRITO COMO UM ROMANCE EM CADEIA

Assim, ciente dos riscos que a superação do positivismo jurídico poderia causar, **Ronald Dworkin** parte das suas considerações anteriores sobre normas, regras e princípios para arquitetar uma nova teoria preocupada com a necessidade de atribuir coerência e racionalidade às decisões judiciais. Mais uma vez a doutrina de Ronald Dworkin capitaneia o barco do saber jurídico rumo a um novo modo de pensar o direito, a integridade³¹.

28Pereira, Ana L. P. *Jurisdição Constitucional na constituição federal de 88: entre ativismo e auto-contenção*. In: Revista Eletrônica Direitos Fundamentais e Democracia. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>.

29Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266

30Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266, *apud* Vojvodic, Adriana de M.; machado, Ana Mara F.; Cardoso, Evorah L. C. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. Revista Direito GV. São Paulo n. 5, 2009, p. 22.

31Dworkin. Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Ao iniciar o tratamento de sua nova proposta hermenêutica, Dworkin salienta que a integridade do direito pode ser observada sob duas óticas. A primeira legislativa, “que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente” e a segunda jurisdicional, “que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”³².

Para desenhar os seus pensamentos sobre a integridade, Ronald Dworkin cria a figura do “romance em cadeia”³³. Segundo essa ideia, o direito deve ser construído tal como ocorre quando um romance é escrito por vários autores. Cada parte da obra é incumbida a um autor diferente, que deve continuar a escrever a história do ponto em que o autor anterior parou. A cada novo autor será autorizado desenvolver o romance de acordo com os seus próprios valores, mas sem que isso implique em afastar-se das ideias principais e dos personagens já criados³⁴.

O mesmo ocorre com o direito. Segundo Dworkin, quando um juiz recebe um caso para julgar deverá avaliá-lo segundo os preceitos legais anteriormente estabelecidos. Mas não é só isso. O intérprete deve avaliar os outros elementos que circundam o caso, de modo a preservar a lógica e a coerência com os julgados anteriores. Eis o que diz³⁵:

“O direito como integridade, num caso de direito consuetudinário como o *McLonghlin*, pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. (Sem dúvida, para ele a melhor história será a melhor do ponto de vista da moral política, e não da estética.) Uma vez mais, podemos estabelecer uma distinção rudimentar entre duas dimensões principais desse juízo interpretativo. O veredito do juiz - suas conclusões pós-interpretativas - deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível. No direito, porém, a exemplo

³²Dworkin, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 213.

³³Dworkin, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275.

³⁴Dworkin, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275/279.

³⁵Dworkin, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 286 e 287.

do que ocorre na literatura, a interação entre adequação e justificação é complexa. Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro. Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade.

Vamos chamá-lo de Hércules.”

O resultado disso tudo é que o juiz, ao interpretar as normas jurídicas incidentes no caso concreto posto para julgamento, realiza uma atividade criativa do direito, que servirá para casos futuros semelhantes³⁶.

O DIREITO COMO INTEGRIDADE E O RESPEITO AO PRECEDENTE

Antes de aprofundarmos as questões mais latentes neste estudo, é importante que se diga que muito embora a teoria da integridade do direito tenha sido desenhada por Ronald Dworkin dentro do sistema do *communlaw*, nada impede a sua incorporação no direito brasileiro, erguido sob as bases do *civil law*. Isso porque, como bem constatou Miguel Reale³⁷, nos últimos tempos ambos os sistemas se influenciam reciprocamente, “pois enquanto as normas legais ganharam cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os *precedentes* judiciais desempenharam papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística”³⁸.

Ademais, é bom que se diga que dada a limitação metodológica que se impõe para a apresentação do presente trabalho, o mesmo repousará na estrita análise quanto ao respeito a regra da anterioridade eleitoral no caso de alteração do precedente judicial.

³⁶ Reconhece-se a crítica que certa parte da doutrina formula contra a visão “contrafáticas dos intérpretes”. Por todos: Sarmento, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: Neto, Claudio Pereira; Sarmento, Daniel; Binbenojm, Gustavo. (Coords.). Vinte anos da constituição federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

³⁷ Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito* – 24ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1998, p. 172 e 173.

³⁸ No mesmo sentido: Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 265.

Portanto, não será objeto de maiores reflexões a influência da doutrina dworkiniana sob os conceitos de caso julgado, súmula³⁹ ou súmula de efeitos vinculantes⁴⁰.

Feitas essas observações iniciais, a importância da ideia de integridade e coerência nas decisões judiciais ganha contorno ainda mais interessantes quando se trata de matéria eleitoral. Isso porque dada a disciplina constitucional pátria, a justiça eleitoral reúne competências tanto no que tange a matéria jurisdicional, bem como a competência para disciplinar o processo eleitoral no seu aspecto normativo e administrativo⁴¹.

Adiciona-se a isso a norma prevista no art. 16 da Constituição Federal que estabelece o princípio da anterioridade em matéria legislativa eleitoral. Assim diz o dispositivo: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data da sua vigência”⁴².

Não obstante, é importante destacar que não podemos partir para a análise da questão mediante uma interpretação puramente literal do dispositivo acima citado. Isso porque uma leitura menos preocupada com a dogmática jurídica contemporânea poderia ensejar uma interpretação no sentido de que somente as leis em sentido formal teriam o dever de obediência anterioridade. No entanto, embora o artigo 16 utilize puramente a expressão “lei”, o sentido que deve ser alcançado pelo dispositivo abrange não somente as

³⁹ “No caso julgado, tem-se a resolução de uma demanda considerada em si mesma, que não possui força para influenciar decisões futuras, pelo fato de que a motivação da decisão não produz um novo paradigma, mas apenas reproduz os já existentes no sistema; já no precedente – também oriundo de um julgamento concreto -, tem-se a instituição de um novo paradigma (um *holding*), que possui uma espécie de força atrativa que irá capitalizar outras decisões. Todavia, essa ‘aplicação’ em outros casos similares não é feita a partir de um procedimento dedutivo, mas sim a partir de uma aproximação histórica, tendo em vista a similitude dos casos concretos que se encontram *sub judice*”. Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica* – 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 664.

⁴⁰ Em 2004, no bojo da denominada “Reforma do Judiciário”, a Emenda Constitucional nº 45 criou a súmula de efeitos vinculantes com o fito de reduzir o número de demandas remetidas aos Tribunais Superiores. No entanto, como alerta Lenio Streck, as súmulas de efeitos vinculantes apresentam “profundas dessemelhanças com os precedentes”. Primeiro, pois o efeito vinculante decorre de um texto normativo, enquanto o precedente origina-se de um julgamento concreto. Segundo, a instituição do efeito vinculante tem como fito “barrar” novas discussões sobre as mesmas matérias, ao contrário dos precedentes que tem o condão de funcionar como uma “força atrativa que irá capitalizar outras decisões”.

⁴¹ Como bem sintetizou Clémerson Merlin Cléve, a Justiça Eleitoral exerce atividade tanto no campo jurisdicional propriamente dito mas também na área administrativa funcional, administrativa eleitoral, normativa funcional e normativa eleitoral (Cléve, Clémerson Merlin. *Temas de direito eleitoral*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 217).

⁴² Segundo Néviton Guedes, “com a norma prevista no art. 16, mediante verdadeira regra de especialização, a Constituição converte o *princípio* geral da segurança jurídica em regra de segurança jurídica eleitoral, isto é, regra de não surpresa no processo eleitoral” (Guedes, Néviton. Comentário ao artigo 16. In: Canotilho, J.J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; Streck, Lenio L. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 689).

leis em sentido formal, mas também as leis em sentido material, ou seja, normas gerais ainda que não editadas pelo Poder Legislativo⁴³.

Ora, diante disso pode-se intuir que dito princípio constitucional pode refletir diretamente sobre as decisões da justiça eleitoral. Daí podemos suscitar o seguinte questionamento: **pode ocorrer mudança de precedente judicial em matéria eleitoral durante o curso do processo eleitoral já iniciado?**

A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Examinar-se-á, agora, o julgado paradigmático proferido pelo Supremo Tribunal Federal que responde ao questionamento acima e que, por consequência, conclui que as decisões dos tribunais em matéria eleitoral, especialmente o Tribunal Superior Eleitoral, devem obediência ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (art. 16 da CF), de modo a prestigiar o princípio da segurança jurídica.

Assim, a questão foi posta no Supremo Tribunal Federal através do julgamento do RE 637.485, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-8- 2012, Plenário, DJE de 21-5-2013, cuja repercussão geral foi reconhecida.

A decisão tratava de um recurso extraordinário que questionava a interpretação do art. 14, § 5º da CF, que veda a reeleição por mais de dois mandatos eletivos consecutivos. Segundo narrado na petição inicial, após exercer dois mandatos consecutivos como Prefeito do município de Rio das Flores – RJ, o mesmo político transferiu o seu domicílio eleitoral para o município de Valença-RJ e, atendendo as regras quanto a necessidade de desincompatibilização, candidatou-se ao pleito seguinte ao cargo de Prefeito nesse novo município e veio a sagrar-se vitorioso.

Ocorre que na época da registro de candidatura a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral era tranquila no sentido de que “nessas hipóteses, não se haveria de cogitar da falta de condição de elegibilidade prevista no artigo 14, § 5º, da Constituição (reeleição), pois a candidatura se daria em município diverso”⁴⁴. No entanto, já no período da diplomação, o Tribunal Superior Eleitoral reformulou a sua jurisprudência e passou a considerar tais casos como hipóteses vedadas pelo citado artigo 14, § 5º, da Constituição.

⁴³Kelsen. Hans. *Teoria pura do direito*. 4ª ed. Coimbra, 1976, p. 319.

⁴⁴ Trecho extraído do inteiro teor do voto.

No caso em tela, a decisão, cuja relatoria foi atribuída ao Ministro Gilmar Mendes, repousou sob vários argumentos até mesmo do direito comparado. No entanto, a resposta atribuída pelo Supremo Tribunal Federal teve como grande norte condutor o princípio da segurança jurídica e da legítima expectativa depositada pelos cidadãos e partidos políticos junto ao Poder Judiciário.

No inteiro teor do julgado verifica-se, também, que os ministros não deixaram de observar o “peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do TSE, que regem todo o processo eleitoral”. Portanto, eventuais mudanças de interpretações jurisprudenciais tem efeitos diretos sobre os pleitos eleitorais passados, presente ou vindouros, com séria repercussão no processo eleitoral.

Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

“Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do TSE, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do TSE que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior”.

Portanto, muito embora a decisão do Supremo Tribunal Federal não tenha feito qualquer referência expressa quanto a ideia de integridade do direito, é certo que seus fundamentos, voltados para a preocupação de coerência das decisões judiciais e respeito ao princípio da segurança jurídica, apontam para a mesma solução que seria ofertada pela doutrina de Ronald Dworkin.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que os delineamentos do *common law* aproximam-se cada dia mais do *civil law* vivenciado pelo direito brasileiro. No entanto isso não significa qualquer desprestígio ou perda de identidade hermenêutica, mas somente o aprimoramento das ideias com o fito de alcanças a coerência que se espera do direito.

No direito eleitoral esse aproveitamento pode ser experimentado sem muitos esforços legislativos, visto que o próprio texto constitucional já deixa margem para uma interpretação no sentido de exigir coerência dentro do processo eleitoral.

BIBLIOGRAFIA

Ávila, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros. 2011.

_____. Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2008.

Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. – São Paulo: Saraiva, 2014.

Barroso, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

Bobbio, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil.

Camargo, Margarida L. A nova hermenêutica. in: Sarmento, Daniel (Coord.) Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

Casamiglia, Albert. El concepto de integridade em Dworkin. In: Doxa. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-concepto-de-integridad-en-dworkin-0/>. Acesso em: 22 de setembro de 2015.

Cléve, Clémerson Merlin. Temas de direito eleitoral. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Dworkin, Ronald. Levando os direitos a sério. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Ferrajoli, Luigi. Pasado y futuro des estado de derecho. In: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madri: Editorial Trotta, 2003.

Guedes, Néviton. Comentário ao artigo 16. In: Canotilho, J.J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; Streck, Lenio L. (Coords.). Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. 4ª ed. Coimbra, 1976.

Martins, Fernando Barbalho. Do direito à democracia: neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

Montesquieu. Do espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2010.

Neto, Cláudio Pereira de Souza. Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Pereira, Ana L. P. Jurisdição Constitucional na constituição federal de 88: entre ativismo e auto-contenção. In: Revista Eletrônica Direitos Fundamentais e Democracia. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>.

_____. O conteúdo e alcance do art. 5º, §1º, da CF/1988. In: Cléve. Clémerson M. Direito constitucional brasileiro. V. 1 - Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Pereira, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Pozzolo, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

Reale, Miguel. Lições preliminares de direito – 24ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1998.

Robert, Alexy. Teoria dos direitos fundamentais. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Sanchis, Luís Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

Sarmiento, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Sarmiento, Daniel (Coord.) Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Neto, Cláudio Pereira; Sarmiento, Daniel; Binenbojm, Gustavo. (Coords.). Vinte anos da constituição federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

A PROTEÇÃO AO DIREITO DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM DETRIMENTO DA APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR *DUMPING SOCIAL*

Lincoln Zub Dutra⁴⁵

RESUMO

Este artigo aborda o tema a “proteção ao direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana em detrimento da aplicação da indenização por *dumping social*”, haja vista a imperiosa importância inerente aos mesmos. Os direitos a personalidade, vinculam-se de forma indissociável ao reconhecimento da dignidade humana, qualidade necessária para o desenvolvimento das potencialidades físicas, psíquicas e morais de todo ser humano. Desse modo, indubitavelmente se percebe a proteção dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana pela aplicação da indenização por *dumping social*, vez que esta se consubstancia em refutar, através de fixação indenitária, agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas e civis, que causem dano à sociedade.

Palavras Chaves: Direito a Personalidade – Dignidade da Pessoa Humana – Dumping Social.

ABSTRACT

This article addresses the issue of "*protection of the right of personality and dignity of the human person over the application of the compensation for social dumping*", given the overriding importance inherent to them. The rights to personality, bind up inseparably to the recognition of human dignity, quality necessary for development of physical capabilities and moral of all human beings. Thus, one realizes the protection of personality rights and dignity of human person by applying the compensation for *social dumping*, since this is embodied in refuting through indenitária setting, repeat and inexcusable attacks on labor and civil rights, to cause harm to society.

Key words: Right to Personality - Human Dignity - Social Dumping.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da legalidade da indenização por dumping social; 3. Da proteção ao direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

⁴⁵ Advogado inscrito na OAB/PR 65.048, mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Unibrasil – UNIBRASIL, pós graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor na ISULPAR – Instituto Superior do Litoral do Paraná.

INTRODUÇÃO

A importância dada ao presente tema, atualmente, ganha cada vez mais atenção, tanto dos operadores do direito, quanto da própria sociedade, haja vista que guardam relação direta com os direitos fundamentais preconizados pela Constituição da República e, assim, com o Estado Democrático de Direito.

O processo de conscientização impingido na sociedade em relação a seus direitos foi, e é de suma importância para a efetiva concretização das garantias asseguradas na Constituição da República.

Não é em vão que a apelidada “Constituição Cidadã” de 1988, logo em seu artigo 1º, consagrou a dignidade da pessoa humana bem como os valores sociais do trabalho, à categoria de fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Conforme Paulo Bonavides⁴⁶, a dignidade da pessoa humana possui densidade jurídica máxima, sendo, pois princípio supremo no tronco da hierarquia das normas, consubstanciando assim, todos os ângulos éticos da personalidade.

Vê-se assim que a dignidade perpassa quaisquer valores, posto que é inerente à vida humana, é um direito pré-estatal, que independe de merecimento pessoal ou social.

De igual sorte, se faz o direito a personalidade, tendo em vista que se vincula de forma indissociável ao reconhecimento da dignidade humana, qualidade necessária para o desenvolvimento das potencialidades físicas, psíquicas e morais de todo ser humano.

Segundo Charles Taylor⁴⁷, os direitos a personalidade pressupõe três condições essenciais: autonomia da vontade, alteridade e dignidade.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2003, página 233.

⁴⁷ TAYLOR, Charles - Sources of the Self: the making of the modern identity. Cambridge: Harvard University Press, 1989

A autonomia da vontade configura-se no respeito à autonomia moral de que deve gozar toda pessoa humana. A alteridade representa o reconhecimento do ser humano como entidade única e diferenciada de seus pares, que só ganha forma com a existência do outro. A dignidade é uma qualidade derivada, ou seja, pode existir somente se o ser humano for autônomo em suas vontades e se lhe for reconhecida alteridade perante a comunidade em que vive.

Outrossim, conforme leciona o doutrinador Leonardo Vieira Wandelli “*o direito do trabalho como um todo, incluindo-se normas constitucionais e infraconstitucionais, em sua intrínseca ambivalência, a par de assegurar as condições para um mercado capitalista de trabalho, ao mesmo tempo desenvolve normativamente diversos aspectos de direitos fundamentais das pessoas que vivem do trabalho assalariado nessa sociedade marcada pela estrutural desigualdade de poder*”⁴⁸, em especial os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da personalidade.

Logo, insofismável é que a dignidade está na base do constitucionalismo, servindo de arcabouço jurídico para as demais normas do ordenamento, em especial as que tagem ao Direito Trabalhista e Civil.

Tecidas tais considerações, restará analisar a proteção ao direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana em face da aplicação da indenização por *dumping social*.

Em perfeita consonância com o princípio basilar, resguardado pela Constituição da República, da dignidade da pessoa humana emergiu a “*teoria do dumping social*”, a qual de acordo com o Tribunal Superior do Trabalho teve origem no contexto da globalização da economia, com o conseqüente desmembramento das plantas industriais, como nos casos da produção de tênis e de bolas esportivas. Nesses conhecidos exemplos, constatou-se que as grandes indústrias desses materiais, transfeririam a maior parte de sua produção para países asiáticos, em que a mão de obra é sabidamente menos onerosa, alijada de qualquer direito que regulamente as relações de trabalho.

48 WANDELLI, Leonardo Vieira. O Direito Humano e Fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade. São Paulo, LTr, 2012, p. 223.

Inserido nesse contexto, não configuraria uma aventura jurídica a aplicação *ex officio* do parágrafo único do artigo 404 do Código Civil tanto à seara trabalhista como no próprio processo civil a fim de desestimular condutas como o *dumping social*, práticas como essa se repita, potencialmente lesivas aos direitos sociais.

Em que pese à contribuição doutrinária e jurisprudencial ainda não seja farta sobre o tema, espera-se de forma coesa e contributiva perquirir de maneira lógico-jurídico o estudo proposto de maneira a demonstrar a perfeita aplicabilidade do parágrafo único do artigo 404 do Código Civil, permitindo, assim, a concretização indenitária do dano social, doravante denominado *dumping social*.

DA LEGALIDADE DA INDENIZAÇÃO POR *DUMPING SOCIAL*

Antes de adentrarmos à efetiva proteção ou não do direito a personalidade e da dignidade da pessoa humana através da aplicação da indenização por *dumping social*, cumpre-nos analisar de maneira minuciosa conceitos atinentes ao próprio *dumping social*, bem como questões ligadas ao seu surgimento, desenvolvimento histórico e consequências de sua inserção social.

O fato é que, como se pode ver, o Direito Social não é apenas uma normatividade específica. Trate-se de uma regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, conseqüentemente, a todo ordenamento jurídico. Esses valores são: a solidariedade, a justiça social e a proteção da dignidade humana.

O Direito Social, preconizado pela Constituição da República Federativa do Brasil, portanto, não apenas, se apresenta como um regulador das relações sociais, mas também busca promover, em concreto, o bem-estar social, valendo-se do caráter obrigacional do direito e da força coercitiva do Estado.

O *dumping social*, desse modo, está ligado a noção de que o responsável por um dano que extrapole a esfera das relações privadas, atingindo negativamente a sociedade em que está inserido, deve ser efetivamente coibido e responsabilizado.

Neste contexto, o Estado Social se caracteriza não apenas pela obrigação social da comunidade em relação aos seus membros, mas também como obrigação social destes entre si e perante a comunidade como um todo.

A eficácia das normas de natureza social depende, certamente, dos profissionais e aplicadores do direito, mas também de um sentido ético desenvolvido em termos concorrenciais, para que reprimendas sejam difundidas publicamente aos agressores da ordem jurídica social, a fim de que a sociedade tenha ciência da situação, desenvolvendo-se uma necessária reação até mesmo em termos de um consumo socialmente responsável com favorecimento às empresas que têm no efetivo respeito aos Direitos Fundamentais resguardados pelo Estado Democrático de Direito seu sentido ético.

A responsabilidade social, tão em evidência atualmente, não pode ser vista apenas como uma “*jogada*” de marketing, como se a solidariedade fosse um favor, um ato de benevolência. Na ordem jurídica do Estado social as empresas tem obrigação de natureza social em razão de um próprio sistema lhes permitir a busca de lucros mediante a exploração do trabalho alheio. Trata-se de uma política pública imposta pelo modelo de Estado Social, instituído no Brasil em 1988.

Os limites dessa exploração para a preservação da dignidade humana do trabalhador, o respeito a outros valores humanos da vida em sociedade e o favorecimento da melhoria da condição econômica do trabalhador, com seus custos sociais consequentes fixam a essência do modelo de sociedade que a humanidade pós-guerra resolveu seguir e do qual a Constituição brasileira de 1988 não se desvinculou.

Assim, é direito do cidadão ter um ambiente de trabalho adequado e seguro, bem como direito social fundamental da sociedade o respeito aos princípios impingidos pela Constituição da República, os quais, se desrespeitados, contribuem para a precarização da relação do emprego e concorrencial econômica e, assim, embasariam a intervenção estatal para aplicação de medida reguladora e punitiva.

Sobre a problemática da legalidade ou não do *dumping* social, importante salientar que em se tratando de práticas ilícitas que tenham importante repercussão social, a indenização, fixa-se como forma de desestimular a continuação do ato ilícito,

especialmente quando o fundamento da indenização for à extrapolação de limites econômicos e sociais do ato praticado, pois sob o ponto de vista social o que importa não é reparar o dano individualmente sofrido, mas impedir que outras pessoas, vítimas em potencial do agente, possam vir a sofrer dano análogo.

A pertinência desses dispositivos no direito do trabalho, tanto quanto no direito civil, é gritante, pois as agressões perpetradas em face dos empregados ou da sociedade acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que destas agressões o empregador ou empresário muitas vezes se vale para obter vantagem na concorrência com outros. Isso implica, portanto, dano a outros empregadores ou empresários que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista e civil, ou, de outro modo, acabam forçando-os a agir de igual modo, precarizando, por completo, as relações sociais, econômicas e empresariais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção.

Neste passo, adentra-se a necessária proteção ao trabalhador, segundo o qual Américo Plá Rodriguez diz que *“na tradição da cultura latino-americana o fundamento do princípio de proteção está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho”*⁴⁹.

Ademais, como bem lecionam Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva e Luiz Eduardo Figueira, mesmo em *“uma visão weberiana de um mundo do trabalho racionalizado, de um homem burocratizado e integrado na estrutura da empresa, do qual decorreria um trabalho despersonalizado na sociedade industrial, admitiria a proteção da lei, que não poderia deixar de ser aplicada”*⁵⁰.

Segundo a ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas), *dumping* social são as agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas que geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência.

49 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2000. P. 85.

50 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. FIGUEIRA, Luiz Eduardo. A proteção na cultura jurídica trabalhista: revisão conceitual. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, julho/dezembro de 2012, p. 308

Esclarecendo o epíteto lecionam Juliana Machado Massi e Marco Antônio César Villatore: “Significa afirmar que, da mesma forma que observamos no cenário do comércio exterior as empresas migrarem para países cuja legislação trabalhista seja precária ou inexistente para diminuir seus custos, aqui no Brasil, no âmbito do mercado interno, as empresas deixam de cumprir a lei, alegando serem elevados os encargos trabalhistas, podendo, assim, diminuir seus custos e elevar sua competitividade. Dentre os exemplos do dumping social temos o extrapolamento de duração do trabalho, na prática do trabalho infantil, no trabalho escravo ou análogo à escravidão fazendo com que os produtos gerados nesse sistema sejam bem menores aos valores normais de mercado”.

Tal prática acaba, pois, favorecendo àquelas empresas que não observam a legislação vigente em detrimento daquelas que cumpre as regras impostas pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, as empresas inadimplentes com as obrigações laborais ou civis acabam se favorecendo, pois gastam menos com o pagamento das obrigações legalmente impostas, o que as possibilita baratear seu custo e, conseqüentemente seu produto, gerando assim uma concorrência desleal em face das outras empresas, incidindo assim em danos civis a toda a sociedade. Essa conduta acaba corroborando para a burla ao cumprimento efetivo do ordenamento jurídico vigente gerando um círculo vicioso de desrespeito aos direitos constitucionalmente garantidos.

Evidencia-se que práticas como essa geram dano à sociedade, configurando ato ilícito por exercício abusivo do direito, vez que extrapola os limites econômicos e sociais.

O extenso rol de direitos fundamentais dispostos na Constituição, segundo George Marmelstein⁵², demonstra, sem dúvida, uma clara opção em favor desses direitos, indicando assim que o constituinte originário teve verdadeiramente a intenção honesta – e não meramente retórica – de fazer valer esses direitos.

⁵¹ MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. O *dumping* social e a total possibilidade de tutela das minorias na atividade empresarial.

⁵² MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Página 176.

Seguindo essa mesma linha, imperioso é salientar os conselhos propugnados por Norberto Bobbio⁵³ de que não basta apenas enunciar os direitos; é preciso, sobretudo, protegê-los e concretizá-los.

A garantia de efetividade dos direitos fundamentais constitui uma obrigação não só dos operadores do direito, mas da sociedade em geral. Sob essa ótica é que, em determinados casos, nos quais referidos direitos não estejam sendo plenamente cumprido, deve-se usar em favor dos direitos fundamentais.

Ora, se a dignidade da pessoa humana irradia seus conteúdos por todo o ordenamento jurídico, em especial nos direitos a personalidade, sendo considerado princípio supralegal, com efetividade máxima, não é incongruente pensar que os direitos fundamentais, inspirados por esse princípio devem ser observados quando da aplicação da norma jurídica.

Sendo assim, sob o aspecto do direito do trabalho, é que se tem no artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, autorização para que a Justiça do Trabalho utilize o direito comum como fonte subsidiária do direito laboral.

Referido dispositivo impõe apenas um requisito, que deve ser observado: referida aplicação não pode se dar de forma a se incompatibilizar com os princípios da justiça especializada.

Desse modo, estando o parágrafo único do artigo 404 do Código Civil brasileiro plenamente em consonância com os princípios basilares do direito do trabalho, inofismável é sua perfeita aplicabilidade.

A referência do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho ao direito comum, nas palavras de Octavio Bueno Magano⁵⁴ significa o repúdio de cavar um fosso isolacionista em torno do direito do trabalho.

⁵³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, página 37.

⁵⁴ MAGANO, Octavio Bueno. Manual de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1992, v. 2. Página 58.

A objeção de parte significativa da jurisprudência quanto à concessão de ofício, de indenização por *dumping social* é, pois, facilmente superada, seja em razão dos pressupostos já enfrentados, seja em face da existência de autorização expressa na legislação vigente.

A própria origem do caráter punitivo e pedagógico da responsabilidade civil se verifica em situações individuais nas quais o dano coletivo é identificado⁵⁵, destacando-se que é pedagógico também no que se refere à postura do juiz frente à realidade social.

Neste diapasão, imperiosa se faz uma análise normativa quanto a legalidade da indenização pela prática do *dumping social*.

Os primeiros trechos normativos serem referidos é suficientes por si. Tratam-se dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, introduzidos no ordenamento jurídico em 1994. No primeiro, apesar da redação original não exigir pedido da parte, o texto aprovado foi inserido no código com essa exigência, que inclusive mereceu ácidas críticas do professor Ovídio Baptista, um dos mentores do projeto de lei.

No artigo 461, em contrapartida, não há essa exigência. O dispositivo assim refere:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

(...)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) (...)”⁵⁶.

⁵⁵ No artigo antes citado, de labra da professora Judith Martins-Costa, são examinados os leading cases do direito americano, que justificam a aplicação de *punitive damages*, todos eles ações propostas por cidadãos americanos, nas quais a indenização foi fixada em valor elevado, considerando o dano social causado e a necessidade de coibir a reiteração das condutas. MARTINS-COSTA, Judith. PAR-GENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. In: Revista CEJ, Brasília, nº 28, jan./mar. 2005. Página 15-32.

⁵⁶ BRASIL. Decreto lei n. 5.869, 1973. Código de Processo Civil.

Como corolário, impende perceber que há aqui uma quebra importante do conceito clássico de processo. O dispositivo, em vários momentos, estimula a atuação *ex officio* do Juiz, sublinhado seu compromisso com a efetividade do processo. Não se trata de efetividade processual, mas da característica, que o processo deve possuir, de ser efetivo para a realização do projeto social em que está inserido. No mesmo sentido é o artigo 461-A do mesmo diploma legal.

Luiz Guilherme Marinoni é um dos autores processualistas que sempre enfatizou a necessidade de que o processo produza mudança eficaz e tempestiva no mundo dos fatos⁵⁷. É, porém, na doutrina de Luiz Fux que encontramos o compromisso expresso e assumido com a efetividade do processo. O Autor quando examina os artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, não apenas admite a possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício, como a considera dever do Juiz⁵⁸. Diz que se trata de dar efetividade ao processo⁵⁹ e garantir verdadeiro o acesso à justiça⁶⁰.

Nesta mesma toada, encontramos respaldo jurídico para a aplicabilidade da indenização por *dumping social* no Código Civil de 2002, senão vejamos:

“Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.”⁶¹.

No âmbito das relações concebidas como efetivamente privadas, em que se pressupõe a igualdade, também possuímos regras que autorizam expressamente o juiz a conceder indenização para além do pedido da parte.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Página 205.

⁵⁸ “A atuação *ex officio* é mais do que concebível: é dever inerente ao poder jurisdicional e à responsabilidade judicial pelas pessoas e coisas submetidas ao juízo”. FUX, Luiz. Tutela de segurança e a tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996. Página 150.

⁵⁹ Idem. Página 337.

⁶⁰ Idem. Página 340.

⁶¹ BRASIL. Decreto lei n. 10.406, 2002. Código Civil.

De igual sorte, a indenização em testilha encontra respaldo para sua aplicabilidade na legislação jus trabalhistas. Nesse sentido dispõe a alínea “d” do artigo 652 da Consolidação das Leis Trabalhistas:

“Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:

(...) d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 6.353, de 20.3.1944) (...)”⁶².

O dispositivo legal, com redação de 1943, não deixa margens à dúvida. Pretende emprestar ao Juiz do Trabalho função absolutamente diversa daquela que à época era destinada aos juízes. Autoriza expressamente a imposição de multas e demais penalidades, sem referir a necessidade de pedido da parte. É importante perceber que o direito comum evoluiu para isso, contanto atualmente com regras similares. Na época em que editado, porém, o artigo 652 constituiu um avanço significativo e proposital. Esse avanço parte do pressuposto da “questão social” posta em causa, num conflito trabalhista e disso extrai a necessidade de uma postura ativa do Juiz, que não apenas coíba, mas também previna.

Já o artigo 832 da Consolidação das Leis do Trabalho em seu parágrafo primeiro, também inserido ao meio das relações individuais, salienta que o Juiz do Trabalho deverá determinar na sentença as “*condições para o seu cumprimento*”, vejamos:

“Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.”⁶³

Com efeito, tem-se que em nosso ordenamento jurídico, seja trabalhista (desde 1943), seja civil (desde 1994), autoriza, portanto, expressamente a atitude comprometida do Juiz diante de danos individuais e coletivos. Lembre-se, ademais, que o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor deixou claro que a “*defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas*” pode ser exercida em juízo individualmente, buscando-se uma tutela plena para o respeito à ordem jurídica, afinal, como dito logo em seguida, no

⁶² BRASIL. Decreto lei n.5.452, 1943. Consolidação das Leis do Trabalho.

⁶³ BRASIL. Decreto lei n.5.452, 1943. Consolidação das Leis do Trabalho.

artigo 83 do Código de Defesa dos Consumidores, para “a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Além disso, o *caput* do artigo 84 do mesmo Código de Defesa do Consumidor garante ao Juiz a possibilidade de proferir decisão alheia ao pedido formulado, visando a assegurar o resultado equivalente ao do adimplemento:

“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”⁶⁴.

No mesmo passo, segue a atual jurisprudência no que tange a definição e aplicabilidade da indenização por dumping social, vejamos:

“17365531 - DUMPING SOCIAL. A doutrina e jurisprudência dominantes definem dumping social como um instituto do direito econômico, traduzido pela conduta comercial desleal, em que é utilizado como método, a venda de produtos a preço inferior ao do mercado, com o escopo de prejudicar e eliminar concorrentes de menor poderio econômico. Tal conceito abarca a existência de preços baixos e a burla à legislação trabalhista ou o descumprimento de direitos mínimos dos empregados. Em tais situações, o dano é causado à coletividade (trabalhadores de modo geral e, enfim, à própria sociedade), em razão da ofensa a direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. A reparação não se dá no plano individual, como pretendido no caso presente, mas por intermédio da ação civil pública (artigo 21 da lacp). (TRT 3ª R.; RO 0001615-85.2014.5.03.0176; Relª Desª Taísa Maria Macena de Lima; DJEMG 31/03/2015; Pág. 386)”.⁶⁵

“17362135 - DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO. O desrespeito deliberado à legislação trabalhista, se valendo o empregador de tal prática para obtenção de vantagem econômica indevida em detrimento dos direitos trabalhistas mínimos garantidos por Lei

⁶⁴ BRASIL. Decreto lei n.8.078, 1990. Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁵ TRT 3ª Região - PROCESSO – RO 0001615-85.2014.5.03.0176 – Relatora Desembargadora Taísa Maria Macena de Lima. Publicado no DJEMG em 31/03/2015. Página 386.

representa inegável dano à sociedade, conduta que se insere no conceito de dumping social e que não restou evidenciada no caso em comento, mostrando-se indevida a sanção pecuniária imposta pelo juízo de origem (TRT 3ª R.; RO 0001052-85.2013.5.03.0157; Rel. Juiz Conv. Paulo Maurício Ribeiro Pires; DJEMG 13/03/2015; Pág. 331)”.⁶⁶

Desse modo, imperiosa é a legalidade da indenização por *dumping social*, vez que perfeitamente regulamentada tal como exposto alhures e, em consonância com os princípios basilares do Estado Democrático de Direitos instituído pela Constituição da República de 1988.

DA PROTEÇÃO AO DIREITO A PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

As obrigações, no dizer de Washington de Barros Monteiro⁶⁷, são como sombras que o direito projeta sobre a vasta superfície do mundo. Seguindo este raciocínio, todos os componentes das relações sociais tem obrigações, inclusive as empresas que detém elevada e indeclinável responsabilidade social.

Desse modo, a todos, e, em especial, às empresas, justamente por conta do seu relevante papel social, aplica-se a máxima do *neminem laedere*, que corresponde ao dever de não lesar a ninguém e a não contrariar o direito de outrem.

Todavia, olvidar não se deve que o modelo pós moderno da produção e consumo gerou a sociedade de massa na qual esta absorve o próprio trabalhador, alienado não só em razão de fomentar o produto com a venda da energia do trabalho, como, ainda, por adquiri-lo com o *plus* da mais valia sem consciência de ser o artífice da obra engendrada⁶⁸.

⁶⁶ TRT 3ª Região - PROCESSO – RO 0001052-85.2013.5.03.0157 – Relator Juiz Conv. Paulo Maurício Ribeiro Pires. Publicado no DJEMG em 13/03/2015. Página 331.

⁶⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.4, página 03.

⁶⁸ ZENNI, Alessandro Severino Valler. PARRON, Stênio Ferreira. Por uma filosofia da pessoa no Direito do Trabalho. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 12, n. 1, jan./ju. 2012. P. 11.

Não obstante isso, não raras vezes, as normas legais e morais, especialmente aquelas que tutelam os direitos civis e trabalhistas, são violadas, causando danos aos trabalhadores e, com muita frequência, por via de arrastamento, em virtude do grau da ofensa ou da sua reiteração, também a toda a sociedade.

Não observadas às normas, de forma espontânea por aqueles a quem elas se dirigem, nasce para o Estado o direito-dever de agir para a manutenção da higidez do ordenamento jurídico e do patrimônio material e moral do cidadão e da sociedade.

As normas jurídicas são, neste contexto, obrigações que devem ser observadas espontaneamente por todos, mas como muitas vezes não são, torna-se necessária a intervenção do Estado para manutenção da referida higidez do sistema jurídico brasileiro.

A compreensão da necessidade de atuação do Estado frente ao reiterado desrespeito aos direitos fundamentais pressupõe a compreensão de que esses direitos tem um significado especial no âmbito do nosso Estado e de que consolidá-los representa prestar homenagem à ordem constitucional instaurada em 1988.

Sendo assim, enxertada como valor fundamental do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade humana contém no seu âmago o fenômeno que é a vida, seu sentido existencial e metafísico, e o direito, inclusive o do trabalho, deve estar prenhe de antropologia e filosofia para captar e suplementar os seres humanos no seu projeto de construção pessoal.⁶⁹

Neste diapasão, tem-se a necessária observância ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual perpassa quaisquer valores, posto que é inerente à vida humana, é um direito pré-estatal, que independe de merecimento pessoal ou social.

Ademais, como lecionam Paulo Gomes de Lima Júnior e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, *“a dignidade da pessoa humana é o princípio supremo da Constituição Federal, servindo como base para todo o ordenamento jurídico. O respeito à dignidade foi transformado em princípio pelo poder constituinte, na Constituição Federal*

⁶⁹ ZENNI, Alessandro Severino Valler. PARRON, Stênio Ferreira. Por uma filosofia da pessoa no Direito do Trabalho. *In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 12, n. 1, jan./ju. 2012. P. 13.

de 1988, sendo considerado o princípio que rege todos os demais princípios e, ao mesmo tempo, é inerente à vida humana”⁷⁰.

Do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação - por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de um existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar⁷¹.

Conforme aduz Celso Lafer, a dignidade da pessoa humana é o princípio norteador do ordenamento jurídico fundamental, que serve para coordenar os demais princípios e normas vigente no País. Por ser um princípio norteador do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana possui dupla natureza, devendo ser vista como um postulado normativo, tendo em vista que ela serve para indicar a forma como as demais normas devem ser feitas e aplicadas, sendo que nenhuma norma pode ferir a dignidade da pessoa humana⁷².

Embora o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais não possa, ainda mais no caso de constituições analíticas e muito pródigas em direitos, ser pura e simplesmente equiparado ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é certo que tanto a dignidade da pessoa humana quanto o núcleo essencial operam como limites dos limites aos direitos fundamentais, blindando tais conteúdos em face de medidas restritivas, o que se aplica, em termos gerais, tanto aos direitos sociais quanto aos demais direitos fundamentais, por vezes suprimidas pelas reiteradas práticas ilícitas no âmbito econômico de um mercado concorrencial.

De igual modo, acontece a necessária tutela do Estado para a proteção do direito a personalidade, tendo em vista que este se vincula de forma indissociável ao

⁷⁰ JÚNIOR, Paulo Gomes de Lima. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. *In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 12, n. 1, jan./ju. 2012. P. 315.

⁷¹ Aderindo a tal entendimento e enfatizando a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o da proibição de retrocesso social, v., mais recentemente, ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. *In: Inclusão Social*, vol. 2, n. 1, out. 2006/mar.2007. Página 118-124.

⁷² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo, SP: Cia das Letras, 1988, P. 78.

reconhecimento da dignidade humana, qualidade necessária para o desenvolvimento das potencialidades físicas, psíquicas e morais de todo ser humano.

Neste diapasão, direitos da personalidade equivalem a direitos do homem. Por direitos da personalidade entendem-se – na lição de Carlos Alberto Bittar – *“aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição”*. São *“os direitos naturais, ou inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado, e inerente à natureza livre do homem”*. São direitos inatos porque originários e porque prescindem de reconhecimento pela ordem jurídica positiva. São ínsitos à natureza do homem, por ser este um ente dotado de personalidade, daí a denominação *“direitos da personalidade”*. De acordo com o citado autor, *“intimamente ligados ao homem para uma proteção jurídica, independentes da relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de lege lata, pelo Estado, ou pelos particulares”*⁷³.

Para Joyceane Bezerra de Menezes e Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves, o direitos da personalidade têm por referência básica a pessoa e sua personalidade, pois correspondem àqueles direitos sem os quais a sua condição da pessoa restaria esvaziada⁷⁴.

Já para Adriano de Cupis, os direitos da personalidade são aqueles que dão conteúdo à personalidade constituindo-lhe um mínimo necessário⁷⁵.

Sendo assim, é possível endossar a afirmação de Peter Haberle no sentido de que os direitos sociais (aqui compreendidos em sentido amplo, abrangendo a dimensão cultural e ambiental), especialmente em virtude de sua umbilical relação com a dignidade da pessoa humana, direito a personalidade, direitos fundamentais e a própria democracia, constituem parte integrante de um autêntico Estado (Constitucional) Democrático de Direito⁷⁶, à exceção, por evidente, daquilo que se pode designar de um constitucionalismo meramente textual ou aparente, lamentavelmente não raro de ser encontrado.

⁷³ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 6. Ed. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 2003. Página 11-12 e 23.

⁷⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. Das fronteiras à interlocução entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos: elementos para a construção da subjetividade. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 12, n. 1, jan./jun. 2012, P. 179.

⁷⁵ CUPIS, Adriano de. Os direitos de personalidade. São Paulo, SP: Quorum, 2008. P. 24.

⁷⁶ Cf. Peter Haberle, Dignità'Dell'Uomo e Diritti Sociali nelle Costituzione degli Stati di Diritto. In: Costituzione e Diritti Sociali. Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1990. P. 99-100-102.

Com efeito, ainda de acordo com Peter Haberle, ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana, na sua condição de “premissa antropológica” do Estado Constitucional e do Direito estatal, implica o dever do Estado de impedir que as pessoas sejam reduzidas à condição de mero objeto no âmbito social, econômico e cultural, o princípio democrático-pluralista, como consequência organizatória da própria dignidade da pessoa humana, assim como só direitos políticos-participativos que lhe são inerentes, exige um mínimo de direitos sociais, que viabilizem a efetiva participação do cidadão no processo democrático-deliberativo de uma autêntica sociedade aberta⁷⁷, da mesma forma como – cabe acrescentar - não se pode mais conceber um existência humana digna sem a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável e sem que o Estado Democrático de Direito seja simultaneamente também um Estado Socioambiental, que tenha como tarefa permanente a proteção e promoção sustentável dos direitos fundamentais em todas as suas múltiplas dimensões.

Ademais, no Brasil esse compromisso do sistema capitalista em contribuir para a formação de uma sociedade democrática e inclusiva está retratado não apenas no preâmbulo do texto constitucional⁷⁸, mas também na clara opção pelo reconhecimento expresso do caráter fundante dos Direitos Sociais. Os valores sociais do trabalho aparecem como fundamento da República já no artigo 1º da Constituição de 1988.⁷⁹

Os Direitos Sociais, conforme definição do artigo 6º e aos quais se integrou a especificação dos direitos de natureza trabalhista (arts. 7º a 11º), são inseridos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, juntamente como os direitos individuais (artigo 5º), nos quais se prevê, ademais, expressamente, que a “propriedade atenderá a sua função social” (inciso XXIII), tendo sido incorporados, portanto, à cláusula pétrea da Constituição, conforme acentua Paulo Bonavides:

“Só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia como os postulados do Estado Social e democrático de direitos pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de

⁷⁷ Cf. Peter Haberle. In: EuGRZ 2006, cit., p. 533-534.

⁷⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷⁹ Sítio eletrônico internet www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
Acessado em 15/09/2014.

*legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (artigos 1º, 3º e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica “direitos e garantias individuais” (artigos 60, 4º, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais”.*⁸⁰

Com efeito, olvidar não se pode que prática do *dumping social* prejudica a ordem e estabilidade social à medida que vai de encontro aos preceitos tutelados pela própria Constituição da República, ápice do ordenamento jurídico vigente no Brasil.

Afetam não só o concorrência mercantil, intrínseca ao capitalismo contemporâneo, mas aos direitos e garantias fundamentais, em especial ao direito da personalidade e da dignidade da pessoal humana à medida que em prol do aumento do lucro e capital, suprimidos e transpassados são as proteções tuteladas ao Direito Econômico, Civil e do Trabalho.

Nesta seara, a jurisprudência vem demonstrando de forma incontestável, a crescente preocupação do poder judiciário com a efetividade dos direitos sociais, mediante exigência de conduta compatível com o projeto constitucional de 1988. Neste sentido é lapidar o acórdão da lavra do Desembargador Carlos Teixeira Leite Filho, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que condenou, de ofício, empresa operadora de planos de saúde a indenizar a sociedade pelos danos sociais causado, nos seguintes termos:

“PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação.

Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinando que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida.

DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva.

DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. Página 597.

reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo.

*LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte*⁸¹.

Neste mesmo sentido, são os recentes acórdãos proferidos pelos Pretórios Tribunais Regionais da 3ª e 4ª Região, vejamos:

“17359391 - DUMPING SÓCIO-TABALHISTA. CONCEITO E APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO PELO DANO SOCIAL DE NATUREZA SUPLEMENTAR EM PROL DO FAT- Dumping sócio-trabalhista é um termo utilizado para designar a prática empresarial visando à redução dos custos da mão obra, mediante o descumprimento reiterado da legislação. Segundo a doutrina de Jorge Luiz Souto Maior, a precarização completa das relações sociais, decorrente das reiteradas agressões aos direitos trabalhistas, traduz a prática de dumping social, apta a gerar um dano à sociedade, ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. Segundo esta doutrina, os fundamentos da reparação por dano social encontram-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, e artigos 652, d, e 832, § 1º, da CLT. Nesse contexto, caracteriza-se o dumping quando a empresa obtém vantagens em decorrência da supressão ou do descumprimento total ou parcial de direitos trabalhistas, reduzindo com essa postura o custo da produção, e potencializando maior lucro, o que, no fundo e em última análise, representa, uma conduta desleal de prática comercial de preço predatório, além, é claro, da evidente violação aos direitos sociais. Esse importante tema foi objeto de estudo da 1ª jornada de direito material e processual na justiça do trabalho, realizada no final de 2007, e desaguou no enunciado nº 4, in verbis: Dumping social. Dano à sociedade. Indenização suplementar. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se,

⁸¹ TJ-SP 04ª Câmara de Direito Privado - ACORDÃO N 20130000408824 – PROCESSO – AP 0027158-41.2010.8.26.0564 – Relator Desembargador Carlos Teixeira Leite Filho. Julgamento em 19/07/2013. DE 1465.

propositalmente, a estrutura do estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido 'dumping social', motivando a necessária reação do judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, 'd', e 832, § 1º, da CLT. Assim, evidenciada a prática de dumping sócio-trabalhista, impõe-se a condenação da empresa ao pagamento de uma indenização suplementar em prol do fat. (TRT 3ª R.; RO 0010704-74.2014.5.03.0163; Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault; DJEMG 27/02/2015; Pág. 48)”.⁸²

“22724538 - FRS S.A. AGRO AVÍCOLA INDUSTRIAL. JBS AVES LTDA. SUCESSÃO DIFERENCIADA. 1. As rés exploram a mesma atividade econômica no estabelecimento da prestação de serviços (CNAE 1012-1/01 abate de aves, suínos, bovinos e ovinos) e a ocorrência da locação da unidade industrial não autoriza a limitação/exclusão de responsabilidades, considerando que a primeira ré continua no mesmo ramo de atividade (não foi extinta e nem alega tal situação) e também continua se beneficiando do labor prestado na fábrica locada, dela auferindo renda (aluguel). Ademais, o contrato entabulado entre as rés pode vir a ser rescindido por qualquer das signatárias a qualquer momento, caso em que a unidade retornará à administração da primeira demandada. 2. Considerando o contexto peculiar do negócio operado entre as empresas demandadas, não cabe nenhuma limitação da responsabilidade, por se tratar de sucessão trabalhista sui generis. Muito embora tal instituto transfira a integralidade da responsabilidade ao sucessor, na espécie o estabelecimento empresarial continua de propriedade da demandada sucedida que opera o mesmo ramo de atividade da sucessora, podendo retomar as atividades a qualquer momento. 3. Cabível a responsabilização integral e solidária de ambas as rés quanto às obrigações trabalhistas dos empregados da primeira demandada que prestaram serviços naquela unidade industrial. Eventuais controvérsias acerca da extensão das responsabilidades, decorrentes do contrato de locação da fábrica pactuado entre as mesmas, devem ser dirimidas no juízo cível. Inteligência dos arts. 10 e 448 da CLT. LESÃO MASSIVA DE DIREITOS SOCIAIS.

⁸² TRT 3ª Região - PROCESSO – RO 0010704-74.2014.5.03.0163 – Relator Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault. Publicado no DJEMG em 27/02/2015. Página 48.

DUMPING SOCIAL. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. A utilização do processo do trabalho, mediante a sonegação contumaz de direitos para posterior defesa em ação trabalhista, com o afã de fragilizar as condições de trabalho, auferindo enriquecimento ilícito empresarial, com violação de dispositivos legais de ordem pública, sobretudo no que tange a direitos sociais consagrados na Constituição da República, gera, sem dúvida, dano social, haja vista a flagrante violação dos preceitos do Estado Democrático de Direito concernentes à função social da propriedade e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Neste contexto, considerando a conduta reiterada das empresas rés, caracterizada pela supressão massiva de direitos trabalhistas, não pode o Julgador permanecer inerte diante deste quadro abusivo e nefasto que induz ao uso predatório do Poder Judiciário. Condenação imposta de ofício no pagamento de indenização por dumping social. (TRT 4ª R.; RO 0000704-74.2013.5.04.0663; Segunda Turma; Rel. Des. Marcelo José Ferlin D'Ambroso; DEJTRS 24/04/2015; Pág. 113)”.⁸³

Com efeito, percebe-se de maneira clara e concisa a resposta dada pelo Judiciário a prática do dumping social vez que além de gerar a denominada concorrência desleal no âmbito econômico, ofende, de maneira insofismável, garantias constitucionais tais como o direito a personalidade, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, entre outros.

Como se vê, a noção de dano social já se encontra devidamente incorporada pela doutrina e jurisprudência ao direito nacional, não sendo sequer questionada pela própria mídia não especializada, conforme se verifica na notícia vinculada em 24 de fevereiro de 2015, que trouxe a tona condenações e sanções sofridas por uma das maiores redes de *fast-food* do mundo que em 2013 chegou a ser condenada pela Justiça de Pernambuco a pagar uma indenização de R\$ 7,5 milhões por dano moral coletivo.⁸⁴

⁸³ TRT 4ª Região - PROCESSO – RO 0000704-74.2013.5.04.0663 – Relator Desembargador Marcelo José Ferlin D' Ambroso. Publicado no DEJTRS em 24/04/2015. Página 113.

⁸⁴Site eletrônico internet - <http://www.parana-online.com.br/editoria/economia/news/861381/?noticia=SINDICATOS+DE+UNEM+CONTRA+REDE+D+E+FAST+FOOD+MCDONALDS>. Acessado em 24/02/2015. Sindicatos de unem contra rede de fast-food McDonald's. Publicação 24/02/2015 - 08h06 Atualizado 24/02/2015 - 09h41. Um grupo de entidades sindicais, que tem o apoio da CUT e da UGT (União Nacional dos Trabalhadores), protocolou, nesta segunda-feira (23), na Justiça do Trabalho, em Brasília, uma ação civil pública contra a rede de fast-food McDonald's no Brasil, por violação de direitos trabalhistas.

Os sindicalistas acusam a Arcos Dorados, maior franqueadora do McDonald's na América Latina, de praticar "dumping social", por desrespeitar a legislação trabalhista com objetivo de reduzir custos e oferecer preços

Sendo assim, tendo em vista a proteção dos direitos pétreos do nosso ordenamento, bem como a contribui o da prática do *dumping social* para com a precariza o das rela es econ micas e sociais, resta evidente e necessária a interven o do Estado a fim da legítima prote o dos direitos fundamentais e garantia do real Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O paradigma do Estado Democrático de Direito constrói-se em torno de três eixos centras: a pessoa humana e sua dignidade; a sociedade política, democrática e inclusiva; a sociedade civil, também democrática e inclusiva.

mais competitivos que os da concorrência. E pedem que a rede fique proibida de abrir novas unidades caso continue a cometer irregularidades.

A ofensiva dos sindicatos brasileiros ocorre num momento em que a matriz americana vem sendo pressionada por ativistas a aumentar a remunera o de seus funcionários e seguir o exemplo de grandes varejistas, como o Walmart, que decidiram pagar mais que o s lario mínimo vigente nos Estados Unidos.

Com o apoio informal da americana União Internacional dos Empregados em Serviços (Seiu, na sigla em inglês), a a o movida contra a rede de fast-food, que emprega quase 48 mil pessoas no Brasil, vai além da questão salarial e incluiu acusa es de acúmulo e desvio de fun es; fraude nos controles de ponto; não recolhimento do FGTS e prática de "jornada móvel de trabalho", em que o empregado fica mais de oito horas   disposi o da empresa. Em nota, a assessoria de imprensa do McDonald's informou apenas que a empresa ainda não foi notificada.

Processos

Entre 2012 e agosto do ano passado, as entidades sindicais levantaram cerca de 400 processos trabalhistas contra a multinacional no País inteiro. Essa pesquisa foi feita por amostragem, o que significa que o número pode ser bem superior a esse.

De l  para c , o McDonald's chegou a assinar termos de ajustamento de conduta com trabalhadores, com o Ministério Público do Trabalho e com a própria Justiça mas, com base no levantamento, os sindicalistas afirmam que as irregularidades não foram corrigidas.

"Essa empresa vem violando os acordos de forma sistemática, desrespeitando a legisla o brasileira e a dignidade do trabalhador", diz Moacyr Roberto Tesch Auersvald, presidente da Confedera o Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade (Contratuh), que   a entidade autora da a o junto com o Sinthoresp, representante dos funcionários de fast-food em São Paulo. "Diferentes níveis de entidades sindicais decidiram se unir porque o descumprimento das regras trabalhistas ocorre em todo o território nacional", diz Ant nio Carlos Lacerda, coordenador jurídico do Sinthoresp.

Essa   a primeira mobiliza o nacional contra a rede de fast-food no País, mas, regionalmente, a empresa já vem enfrentando processos. O mais emblemático terminou em março de 2013 com a decisão da Justiça de Pernambuco que obrigou a rede a pagar uma indeniza o de R\$ 7,5 milhões por dano moral coletivo. A empresa foi acionada, na ocasião, por obrigar funcionários a fazer a jornada móvel e consumir apenas lanches do McDonald's no horário das refei es.

Agora, os sindicatos pedem, liminarmente, que a Justiça d  um prazo para que a rede corrija as irregularidades sob pena de ficar proibida de abrir novas unidades no País. No processo conjunto em que acusa o McDonald's de "dumping social", os trabalhadores também pedem ressarcimento por dano moral e pagamento de indeniza o, em valores que podem variar de 1% a 30% do faturamento da companhia. As informa es são do jornal O Estado de S. Paulo.

Esse paradigma estruturou-se depois de suplantada a fase de transição que se deflagrou ainda no início do século XX, pelo Estado Social de Direito, que teve o condão de repercutir o temário da Democracia na estrutura institucional e cultural do precedente Estado Liberal Primitivo.

Desse modo, tem-se que insofismável é a proteção ao direito da dignidade da pessoa humana e da personalidade pela aplicação da indenização por dumping social pois, ainda que medida indenitária e posterior ao descumprimento do ordenamento jurídico vigente pelos empregadores, se faz perfeitamente cabível e necessária à medida que ao menos de maneira punitiva busca refutar tais irregularidades.

Outrossim, tais afrontas perpassam a relação de trabalho *strictu sensu*, atingindo a sociedade como um todo, a qual se vê indefesa a tamanhas babáreis.

Ademais, a prática do *dumping social* desestabiliza do o mercado econômico, afetando a sociedade como um todo, razão pela qual sua impunidade não há de prevalecer.

De igual sorte, olvidar não se deve que a prática do dano social, corrobora para a precarização da relação de emprego vez que preconiza o descumprimento de inúmeros direitos e garantias adquiridas pelos empregados no decorrer de suas conquistas históricas e, inclusive, amparadas pela Consolidação da Leis do Trabalho, entendimentos doutrinários e jurisprudências vigentes no país.

Desse modo, apenas pela ausência de regulação expressa, sua aplicação se faz indubitável, haja vista que os princípios e garantias constitucionais devem prevalecer à qualquer omissão da norma infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. In: *Inclusão Social*, vol. 2, n. 1, out. 2006/mar.2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. Ed. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Campus.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto lei n.5.452, 1943. Consolidação das Leis do Trabalho.

BRASIL. Decreto lei n. 5.869, 1973. Código de Processo Civil.

BRASIL. Decreto lei n.8.078, 1990. Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. Decreto lei n. 10.406, 2002. Código Civil.

Cf. Peter Habermas, Dignità dell'Uomo e Diritti Sociali nelle Costituzioni degli Stati di Diritto. In: Costituzione e Diritti Sociali. Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1990.

Cf. Peter Habermas. In: EuGRZ 2006.

CUPIS, Adriano de. Os direitos de personalidade. São Paulo, SP: Quorum, 2008. P. 24.

FUX, Luiz. Tutela de segurança e a tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996.

JÚNIOR, Paulo Gomes de Lima. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 12, n. 1, jan./ju. 2012. P. 315.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo, SP: Cia das Letras, 1988, P. 78.

MAGANO, Octavio Bueno. Manual de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1992, v. 2.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. PAR-GENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. In: Revista CEJ, Brasília, nº 28, jan./mar. 2005.

MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. O *dumping* social e a total possibilidade de tutela das minorias na atividade empresarial.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. Das fronteiras à interlocução entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos: elementos para a construção da subjetividade. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 12, n. 1, jan./jun. 2012, P. 179.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2000. P. 85.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leornado da. FIGUEIRA, Luiz Eduardo. A proteção na cultura jurídica trabalhista: revisão conceitual. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, julho/dezembro de 2012, p. 308

Sítio eletrônico internet - <http://www.parana-online.com.br/editoria/economia/news/861381/?noticia=SINDICATOS+DE+UNEM+CONTRA+REDE+DE+FAST+FOOD+MCDONALDS>. Acessado em 24/02/2015.

TAYLOR, Charles - Sources of the Self: the making of the modern identity. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

TJ-SP 04ª Câmara de Direito Privado - ACORDÃO N 20130000408824 – PROCESSO – AP 0027158-41.2010.8.26.0564 – Relator Desembargador Carlos Teixeira Leite Filho. Julgamento em 19/07/2013. DE 1465.

TRT 3ª Região - PROCESSO – RO 0001615-85.2014.5.03.0176 – Relatora Desembargadora Taísa Maria Macena de Lima. Publicado no DJEMG em 31/03/2015.

TRT 3ª Região - PROCESSO – RO 0001052-85.2013.5.03.0157 – Relator Juiz Conv. Paulo Maurício Ribeiro Pires. Publicado no DJEMG em 13/03/2015.

TRT 3ª Região - PROCESSO – RO 0010704-74.2014.5.03.0163 – Relator Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault. Publicado no DJEMG em 27/02/2015.

TRT 4ª Região - PROCESSO – RO 0000704-74.2013.5.04.0663 – Relator Desembargador Marcelo José Ferlin D' Ambroso. Publicado no DEJTRS em 24/04/2015.

WANDELLI, Leonardo Vieira. O Direito Humano e Fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade. São Paulo, LTr, 2012, p. 223.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. PARRON, Stênio Ferreira. Por uma filosofia da pessoa no Direito do Trabalho. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 12, n. 1, jan./ju. 2012. P. 9-32.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.

Lea Maria Massignan Berejuk⁸⁵

RESUMO

Este artigo analisa o direito fundamental social à saúde, inserido no catálogo dos direitos sociais da Constituição de 1988, estendendo-se para a compreensão das teorias do mínimo existencial como fundamento para realização da dignidade humana, e da reserva do possível como restrição à concretização desse direito. Portanto, a análise desses dois institutos, suas características e peculiaridades, ligados ao dever do Estado na prestação dos direitos sociais pelas políticas públicas, especificamente no âmbito da saúde, constituem o objeto desse estudo.

Palavras-chave: direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial; reserva do possível.

Abstract: This article analyzes the fundamental social right to health, included in the catalog of social rights of the 1988 Constitution, extending the understanding of theories of existential minimum as a basis for realization of human dignity, and “reservation of possibility” as a constraint to the achievement of this right. Therefore, the analysis of these two institutes, their characteristics and peculiarities, linked to the duty of the state in the provision of social rights by public policies, specifically in the field of health, are the subject of this study.

Key words: fundamental social rights, human dignity, existential minimum; “reservation of possibility”.

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 apresentou uma nova visão dos direitos fundamentais, na inserção de valores com fundamento no princípio da dignidade humana, princípio fundamental e estruturante do Estado Democrático de Direito, contemplando os direitos fundamentais sociais na promoção das políticas públicas. Dessa forma, no artigo 1º, inciso III, inovou ao determinar saúde como direito fundamental social, numa perspectiva constitucional voltada para a dignidade da pessoa humana.

Considerando que “o direito à saúde é indissociável ao direito à vida, o mais fundamental de todos os direitos, e pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos⁸⁶”, disciplinado em vários artigos da Carta Constitucional e inserido no rol dos direitos sociais, entende-se como direito fundamental⁸⁷. Sendo saúde inexoravelmente relacionada à dignidade da pessoa humana, e, também, o entendimento

⁸⁵ Mestranda na área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, da UNIBRASIL

⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. S Paulo: Atlas, 2012. p 34.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2015. Cf. Ingo W. Sarlet., ” (...) a fundamentalidade em sentido material encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.”

de que não há dignidade sem saúde, pode-se afirmar que a não concretização dessa máxima constitucional representa a violação de um dos pilares fundamentais sob o qual está assentada a Carta Constitucional.

1 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE

1.1 O Contexto histórico dos Direitos Sociais

O surgimento dos direitos sociais situa-se na transição entre o Estado Liberal, de características de não intervencionismo e atuando apenas na proteção das liberdades individuais, e o Estado Social. Devido à ausência de controle sobre os efeitos socialmente indesejáveis da livre atuação dos agentes econômicos privados, verificou-se grande desigualdade social, e, conseqüentemente, expressiva parcela da população passou a viver em condições de precariedade, sem efetiva possibilidade de exercício de grande parte dos direitos⁸⁸. Nesse contexto surgiu a concepção do Estado Social, caracterizado pela intervenção na ordem econômica e social para a promoção do bem estar dos cidadãos. Os direitos sociais passaram, dessa forma, a ser incorporados, de forma significativa, às Constituições⁸⁹.

1.2 A fundamentalidade do direito social à saúde

Diante da relevância do tema saúde, constata-se o esforço do constituinte ao disciplinar a matéria em vários artigos, – também contemplada em diversos outros diplomas – cujos dispositivos constitucionais consagram o direito à saúde como um direito fundamental do homem, direito social e dever do Estado⁹⁰. No entanto, devido à formulação vaga das normas de direitos sociais, abre-se discussão a respeito da fundamentalidade. Conforme Ingo W. Sarlet⁹¹ observa, os direitos sociais abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos). Para o autor, a atuação positiva do Estado pelo dever de implementação, garantia de proteção e segurança social ao cidadão, e como instrumento para assegurar um patamar mínimo de condições para uma vida digna, direciona ao conteúdo dos direitos fundamentais e de sua própria fundamentalidade.

A esse respeito, o ensinamento de J.J. Gomes Canotilho: “(...) como são um elemento constitutivo do estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático (...) coenvolve a abertura do processo político no

⁸⁸ POTRICH, Felipe Bittencourt. **Efetividade dos Direitos Sociais, Reserva do Possível e seus Limites.**

Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/>. Acesso em: 06.set

⁸⁹ Id.

⁹⁰ Cf. artigos 196 e 197 da Constituição de 1988: **Art. 196.** *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.* **Art. 197.** *São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.*

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais. “Mínimo Existencial” e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares.** In: SARMENTO, Daniel, GALDINO Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006. p. 555.

sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia econômica, social e cultural”⁹².

Nessa linha de pensamento, José Afonso da Silva leciona: “no qualificativo **fundamentais** (grifo do autor) acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem sempre sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”⁹³. Para o autor, “(...) os **direitos sociais** (grifo do autor), são a dimensão dos direitos fundamentais do homem”⁹⁴. Nesse sentido, Sarlet⁹⁵ consigna: “verifica-se, em primeiro lugar, que o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram (...) na base de todos os direitos sociais em exame”.

Na perspectiva dos direitos sociais, Ana Carolina Lopes Olsen⁹⁶ anota: “trata-se da possibilidade de determinar que os destinatários da prestação de obrigações sociais, de zelar pela saúde dos cidadãos, prover educação e fornecer assistência aos desamparados, realizem, compulsoriamente, estas ações”. Para tanto, complementa a autora, “tão importante quanto qualificar direitos sociais como direitos fundamentais é neles reconhecer o caráter da subjetividade, que confere ao titular do direito subjetivo o poder de exigir o cumprimento do mandamento prescritivo mesmo contra a vontade do seu destinatário”.

2. O MÍNIMO EXISTENCIAL

2.1 O mínimo existencial como garantia da dignidade da pessoa humana

Conforme as lições de Ingo W. Sarlet⁹⁷, considerando que os direitos subjetivos a prestações se relacionam com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, e tendo em vista as necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo para uma vida digna, se reconhece a ligação do mínimo existencial com os direitos sociais. Ricardo Lobo Torres⁹⁸ ensina que “o mínimo existencial, de larga tradição do direito brasileiro e no alemão, ou *direitos constitucionais mínimos* (grifo do autor) para doutrina e a jurisprudência americana, integram o conceito de direitos fundamentais”. A esse respeito,

(...) firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Neste sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem

⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 290.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo. Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem**. 17. ed. S. Paulo: Malheiros, 2000. p. 182.

⁹⁴ Ibid. p. 289.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 342.

⁹⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pela Jurisdição Constitucional**. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (coord). **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 910-950.

⁹⁷ SARLET, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, op. cit., p. 325 e ss.

⁹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 313.

garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável⁹⁹.

Da mesma forma o entendimento, de que “sem o mínimo necessário à existência não há possibilidade do homem sobreviver, nem existe condições de liberdade (...) a dignidade humana e as necessidades materiais da existência não retrocedem aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”¹⁰⁰.

Ainda que muito se expresse, a doutrina reconhece que não há um conceito único sobre dignidade sendo quase impossível a definição, no entanto, algumas reflexões induzem à compreensão do significado do termo. Na visão de Maria Celina Bodin de Moraes¹⁰¹, “para distinguir os seres humanos, diz-se que detém uma substância única, uma qualidade própria comum unicamente aos humanos: ‘uma dignidade’ (grifo da autora) inerente à espécie humana”. Conforme Kant expressou: “no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado), a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral”. Assim, resume a autora: “as coisas tem preço; as pessoas, dignidade”. Para Ingo W. Sarlet¹⁰², uma proposta de conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana, compreende:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres.

Nesse sentido, pertinentes as observações de José Ricardo Cunha: “(...) é possível falar que existe uma visceral ligação entre a pobreza mesma e a violação dos direitos humanos (...) isso está presente na orientação de organismos internacionais, como a PNUD e seu conceito de desenvolvimento humano, e na orientação dada pela própria constituição brasileira ao elencar não apenas direitos civis, políticos e econômicos e sociais, mas ao estabelecer como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e como objetivo fundamental erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades regionais”¹⁰³.

Nessa linha de pensamento, é preciso voltar os olhos para a nossa realidade: uma sociedade desigual, em que muitas pessoas não têm acesso aos bens necessários a uma existência digna. Necessidades mais elementares como alimentos, vestuário e medicamentos, para muitos ainda são inatingíveis, e nessa perspectiva está a importância

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito Privado**, op. cit., p. 572

¹⁰⁰ TORRES, op. cit., p. 314.

¹⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin. **O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110-113.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

¹⁰³ CUNHA, José Ricardo. **Os direitos sociais vistos de uma perspectiva humanística ou sobre por que estamos diante de uma questão de primeira grandeza**. In: TOLEDO, Cláudia (org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 213. p. 103-105, apud Olsen, op. cit., p. 914.

da atuação do Estado na prestação de políticas públicas, de forma a suprir, ou ao menos, minorar essa desigualdade.

2.2 Dimensões do mínimo existencial

O mínimo existencial é uma ideia abrangente, e segundo Ricardo Lobo Torres não tem uma redação própria, mas pode traduzir-se “na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”¹⁰⁴. A esse respeito, Clemerson Merlin Clève¹⁰⁵ consigna:

sem a garantia de determinadas condições de vida, uma pessoa não pode ser verdadeiramente livre. Afinal, só pode exercer com plenitude a liberdade, mesmo no âmbito do mínimo existencial, quem possui capacidade para exercê-la. Para que seja possível este exercício de liberdade jurídica é necessário assegurar a liberdade real (Alexy), ou a possibilidade de exercer suas capacidades (Amartya), através dos direitos fundamentais sociais.

Conforme observam os doutrinadores, não há um conteúdo específico para o mínimo existencial¹⁰⁶, e nem um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos) negativas e positivas que a ele correspondam¹⁰⁷; considera-se o mínimo existencial numa dimensão essencial e inalienável, e assim sendo, se estende a qualquer direito, seja tributário, previdenciário, civil, etc. Por envolver aspectos de qualidade ao invés de quantidade, é difícil de delimitar o máximo de utilidade, no entanto, entende-se que é um princípio ligado à ideia de justiça e redistribuição da riqueza social¹⁰⁸.

Sendo considerado um direito fundamental, conforme Ricardo Lobo Torres¹⁰⁹ expõe, o mínimo existencial apresenta-se como direito subjetivo e objetivo. Como direito subjetivo, propicia ao cidadão a faculdade de invocar as garantias processuais e institucionais para defesa de seus direitos mínimos. Como direito objetivo situa-se como norma da declaração de direito fundamental, no espaço da cidadania. Nesse sentido, J. J. Canotilho¹¹⁰ identifica a subjetividade dos direitos fundamentais sociais no espaço existencial do cidadão, ou seja, no que se relaciona com a supressão das necessidades existenciais de cada ser humano. Para Ingo W. Sarlet¹¹¹ é a necessidade da preservação da vida.

Para entender a amplitude do significado do mínimo existencial, valemo-nos mais uma vez da explicação de Ricardo Lobo Torres, ao consignar que o mínimo existencial é um

¹⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais...**, op. cit., p.313.

¹⁰⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**, p. 37. In:CLÈVE, Clemerson Merlin (coord.) **Direito Constitucional Brasileiro, teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Apud OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Efetivação dos direitos fundamentais sociais, pela jurisdição constitucional**, p. 932.

¹⁰⁶ TORRES, op. cit., p.314.

¹⁰⁷ SARLET, **Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito Privado...**, op. cit., p. 574.

¹⁰⁸ TORRES, op. cit., p. 314.

¹⁰⁹ TORRES, *ibid.*, p.315.

¹¹⁰ CANOTILHO. op. cit., p. 476.

¹¹¹ SARLET, **A Eficácia...**, op. cit., p. 313.

direito de dupla face – direito subjetivo e de norma objetiva – ou seja, como direito subjetivo compreende os direitos fundamentais originários ou da liberdade, declarados no art. 5º da Constituição Federal, e os direitos fundamentais sociais, no que tange aos interesses fundamentais e a dignidade humana. Por outro lado, o autor ressalta: “os direitos sociais que não se relacionam com os direitos fundamentais, não pertencem ao entendimento de mínimo existencial”¹¹².

Ricardo Lobo Torres observa, segundo Dworkin e Alexy¹¹³, que o mínimo existencial não pode ser ponderado, portanto, não é valor, nem princípio jurídico. Assim considerado, é irreduzível por definição, insuscetível de sopesamento, e por valer *prima facie* se traduz em conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Menciona o autor, que no entender de Borowski¹¹⁴ o mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação. No entanto, explica o autor, “como regra jurídica, o mínimo existencial se toca e deixa permanentemente imantar pelos valores de liberdade, justiça, igualdade e solidariedade”¹¹⁵.

Nesse contexto, Ingo W. Sarlet resume o mínimo existencial como “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto saudável) (...) constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais”. Entende que a assistência aos necessitados é “uma obrigação evidente do Estado social que compreende, necessariamente, (...) ajuda para os cidadãos, que devido as suas carências corporais ou espirituais, estão impedidos para o desenvolvimento social e espiritual e não estão em condições de sustentarem-se a si mesmos”¹¹⁶.

Complementando essas reflexões, relevante o pensamento de Fernando Facury Scaff¹¹⁷ ao se referir à desigualdade econômica da sociedade, que impõe “maior necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas capacidades (ou liberdades reais) a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas”. Destacando a necessidade de garantir os direitos fundamentais pelo mínimo existencial, o autor observa:

(...) sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade. Grande parte da população será parcialmente excluída da comunidade jurídica, pois não poderá exercer seus direitos, mas será compelida a cumprir seus deveres para com o Estado e demais parcelas da sociedade.

Nesse sentido, é relevante o pensamento de Amartya Sen¹¹⁸, quando se refere à concretização dos direitos humanos sociais e econômicos: “a não realização, por si só, não transforma um direito reivindicado num não direito. Pelo contrário, ela motiva uma maior ação social”.

¹¹² TORRES, op. cit., p. 315.

¹¹³ Cf. citados por Torres, op. cit., 316.

¹¹⁴ Id.

¹¹⁵ Id.

¹¹⁶ SARLET, **Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direitos Privados...**, op. cit., p. 572-73.

¹¹⁷ SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Verba Iuris, a.4,n.4, apud. Olsen, p. 933.

¹¹⁸ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça. A prática da Democracia**. 3.ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 419-420.

2.3 Restrições ao mínimo existencial

Conforme Ana Carolina Lopes Olsen¹¹⁹ observa, ainda que se reconheça por uma grande maioria de doutrinadores e estudiosos a dimensão subjetiva nos direitos sociais, não significa que todos alcançam a realidade. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso¹²⁰ consigna: “o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não deve ter a pretensão de normatizar o inalcançável”. Na realidade, é preciso dizer que os direitos fundamentais também podem ter seus efeitos restringidos.

De acordo com Ricardo Lobo Torres, são duas as teorias que explicam as restrições aos direitos fundamentais: a interna, que diz respeito ao intervencionismo estatal, e a externa, que se conecta na defesa da liberdade e do individualismo¹²¹. A teoria externa se baseia nos princípios e parte da ideia de que os direitos fundamentais são restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial, enquanto que a teoria interna, desenvolvida por Häberle¹²², defende que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se contém em limites imanentes, insuscetíveis de ponderação.

Para a teoria interna, ou imanente, conforme Borowski¹²³, “não existe, a rigor, restrição a direitos fundamentais”. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres observa o posicionamento de Häberle: “para a teoria interna, que defende os limites imanentes, o conceito de mínimo existencial não existe”. Para o autor alemão, se o conteúdo essencial abrange a totalidade do ordenamento, o mínimo existencial se confunde com o máximo social, ou seja, nesse entendimento, entre direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais a diferença é de grau, mas não de essência¹²⁴.

Para Robert Alexy¹²⁵, na teoria interna não existem duas coisas, o direito e suas restrições, mas apenas uma: o direito com seu conteúdo determinado. Assim sendo, “as dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre se o direito deve ou não ser limitado, e sim sobre qual é o seu conteúdo.” Nesse sentido, Ana Lucia Pretto Pereira¹²⁶ esclarece: “direito e restrição são um elemento só, a restrição não existe exteriormente ao direito, mas está nele inserida”, e uma eventual intervenção legislativa sobre o direito fundamental “não configuraria propriamente uma restrição, e sim, atuaria como determinante do conteúdo dos direitos fundamentais, através da reserva de conformação do legislador para com a Constituição”.

No que tange à teoria externa das restrições, ensina Ricardo Lobo Torres¹²⁷, “o conteúdo essencial, consistindo no núcleo irreduzível dos direitos fundamentais resultante das ponderações e restrições, coincide com a base do mínimo existencial, que é parcela indisponível dos direitos fundamentais, e sem o que não é possível viver com dignidade”.

¹¹⁹ OLSEN, op. cit., p. 913.

¹²⁰ BARROSO, Luis Roberto. apud, id.

¹²¹ TORRES..., op. cit., p. 317-318.

¹²² Cf. citação do autor, id.

¹²³ Id.

¹²⁴ Id.

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Apud. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais**. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007, p. 37. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 06 set. 2015.

¹²⁶ PEREIRA, id.

¹²⁷ TORRES, op. cit., p 318.

Sob essa ótica, se não há excesso no mínimo essencial que ultrapasse a sua base de entendimento, ele é insuscetível de ponderação e de restrição pelo legislador. Por outro lado, numa análise lógica, os direitos sociais prestacionais que excedam ao mínimo existencial, não sendo fundamentais, são suscetíveis às restrições do legislador¹²⁸.

Considerando que a prestação de bens e direitos fundamentais sociais depende da alocação de recursos financeiros, a insuficiência desses recursos é um limitador para os direitos fundamentais sociais, e representam restrição ao mínimo existencial. Nesse sentido, Ana Carolina Lopes Olsen entende que “o risco de se tornar a reserva do possível como elemento característico do direito fundamental social, ou seja, como um limite imanente, reside na grande discricionariedade que o poder público dispõe em decidir pela destinação do bem escasso”¹²⁹.

3 A RESERVA DO POSSÍVEL

3.1 A reserva do possível e as políticas públicas

A expressão reserva do possível tem como marco histórico a decisão da Corte Constitucional alemã, no caso *numerus clausus*, em que se pleiteava uma vaga para cada estudante no curso superior de medicina em universidades daquele país, em um período pós-guerra em que os escassos recursos inviabilizavam custear a todos. O caso foi levado ao Tribunal, que concluiu que “as normas eram constitucionais, pois o Estado alemão vinha fazendo tudo que estava ao seu alcance para se desincumbir de forma adequada do seu dever de tornar acessível o ensino superior”. Entendeu-se assim, que não seria razoável exigir a satisfação do interesse individual do cidadão em potencial sacrifício de outros programas sociais ou de outras políticas públicas¹³⁰.

Esse caso é considerado o marco do surgimento da reserva do possível, “como questão de razoabilidade da pretensão social”. Entendeu-se que na promoção das políticas públicas “para atender a pretensões de direitos individuais não se poderia exigir mais, em detrimento de toda a coletividade”. No Brasil a teoria foi adotada, mas com um entendimento diferente, trata-se de uma restrição aos direitos fundamentais em que deixam de ser exigíveis em razão da ausência de recursos financeiros do Estado para a sua efetivação¹³¹.

Conforme visto, o mínimo existencial consiste nas ações positivas de prestação de políticas públicas pelo Estado ao cidadão, no entanto, existe o outro lado da moeda a ser considerado. De acordo com Ana Paula de Barcellos¹³², na prestação de políticas públicas “toda e qualquer ação envolve gasto de dinheiro público, e recursos públicos são limitados. São evidências fáticas e não teses jurídicas”. Observa a autora, que a existência de órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo, do Judiciário – envolve dispêndio permanente com a manutenção das instalações físicas, a remuneração dos titulares dos poderes e servidores públicos, entre outros custos, e no conjunto

¹²⁸ Ibid., p. 319.

¹²⁹ OLSEN, Ana Carolina, **A Eficácia dos Direitos...**, apud. PEREIRA, **A reserva do Possível como restrição...**, op. cit., p. 40.

¹³⁰ POTRICH, Felipe Bittencourt. **Efetividade dos Direitos Sociais...** op. cit.

¹³¹ OLSEN, op. cit. p. 920.

¹³² BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista Diálogo Jurídico. n. 15. Jan, fev, mar/2007. Salvador, Bahia, p.11. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21.jul.2015.

representam despesas muito expressivas¹³³. Tal realidade impõe limitações de recursos públicos e constituem restrições ao mínimo existencial, uma vez que, “não havendo recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público será investido”¹³⁴.

Considerando que a prestação, ou não, de determinada necessidade ao cidadão pelo Poder Público é uma decisão discricionária da Administração Pública, é na medida em que se manifesta a escassez de recursos públicos que entra em cena a teoria da reserva do possível como limitação, ou restrição, à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Portanto, conforme Ana Paula de Barcellos¹³⁵ observa, a definição dos gastos públicos é “um momento típico da deliberação político-majoritária, salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais”.

Nesse ponto, importa refletir, na linha dos questionamentos da autora, os seguintes pontos: “o que decorre da Constituição como atividade vinculada e o que está na esfera da decisão política? Que espécie de prestação de saúde deve ser obrigatoriamente oferecida pelo Estado à população como um todo?” Seria impossível afirmar que todas as prestações existentes são viáveis, considerando que, poderia “esvaziar o espaço de escolha política na matéria e conduzir os recursos públicos a uma possível exaustão, tendo em conta a progressiva sofisticação e o incremento de custos

dos serviços de saúde”. Por outro lado, isso “não significa que não haja um conjunto de prestações mínimas que deva ser ofertado pelo Estado”¹³⁶.

Nesse sentido, é relevante o posicionamento de Ana Lucia Pretto Pereira ao consignar: “a diferença crucial, e determinante ao acolhimento ou não do argumento da reserva do possível, é identificar se os satisfatores – bens econômicos – demandados atendem às *necessidades humanas* ou às *necessidades humanas fundamentais* (grifos da autora)”. Para a autora, o argumento da escassez de recursos pode restringir a satisfação de *preferências*, apenas; por outro lado, ressalta: “tratando-se do atendimento de *necessidades humanas fundamentais*, em sentido estrito, sai-se do campo da *preferência* e entra-se no campo da *exigência*” (grifos da autora)¹³⁷. A respeito da reserva do possível, a decisão do Ministro Celso de Melo é paradigmática:

*(...) a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.*¹³⁸

Nessa perspectiva, Ana Lucia Pretto Pereira pontua: “aqui, alinha-se o entendimento de que a reserva do possível não poderá ser aventada quando a restrição decorrente da ação

¹³³ GALDINO, Flávio. **O custo dos direitos**. In: Ricardo Lobo Torres (org). **Legitimação dos direitos humanos**. 2002, p. 139-222, apud. Barcellos, op. cit., p. 11.

¹³⁴ Id.

¹³⁵ BARCELLOS, op. cit., p. 14.

¹³⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 21-22.

¹³⁷ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009, p. 28-29. Disponível em: <http://200.17.203.155/index.php?codigo_sophia=257478>. Acesso em: 06 set. 2015.

¹³⁸ MELLO, Celso. **ADPF 45**, DJU de 04/05/2004.

ou omissão estatal frustrar a satisfação de necessidades fundamentais, e, por consequência, a concretização da dignidade humana”¹³⁹. No entanto, é forçoso reconhecer, consoante a autora, que “a *possibilidade financeira* (grifo da autora) é o fundamento correlato à impossibilidade de satisfação das necessidades humanas em virtude da escassez de recursos relacionados ao orçamento”, e, não obstante a relevância dos fins sociais, previstos constitucionalmente, não se pode desconsiderar a importância dessa questão, uma vez que, para atender às necessidades humanas é fundamental a alocação de recursos financeiros¹⁴⁰. Nessa perspectiva, observa¹⁴¹, “o fator custo é fortemente desfavorável aos direitos sociais”, e a expressão de Luigi Ferrajoli enfatiza essa ideia: “todos os direitos custam, e os direitos sociais também possuem duas facetas (de omissão e de atuação), mas a sua dimensão econômica é profundamente mais evidente”¹⁴².

3.2 A reserva do possível e a ponderação

Ana Carolina Lopes Olsen¹⁴³ destaca que “os direitos fundamentais sociais são, em sua grande maioria, normas jurídicas de feição principiológica, dotadas de certa imprecisão terminológica e abertura semântica, mas que determinam um estado de coisas a ser atingido, progressivamente, pelos seus destinatários, embora sem apontar os caminhos a serem perseguidos”. Dessa forma, considerando que “não se possa adotar uma radical e absoluta subjetivação exauriente dos conteúdos objetivos dos direitos fundamentais sociais”, é possível defender que suas normas instituem posições jurídicas subjetivas de caráter de otimização¹⁴⁴, e, conforme Rogério Leal expõe, ‘tal otimização indica que a subjetivação se apresenta unicamente como um mandato *prima facie* que, em caso de colisão, reclama uma ponderação delimitada’¹⁴⁵ (grifo do autor).

Considerando a escassez de recursos como limitador da prestação das políticas públicas da forma ideal, de acordo com Ana Lucia Pretto Pereira, impõe-se a ponderação de bens para a realização ou não de um direito fundamental social na esfera da Administração Pública. Nesse sentido, pertence aos poderes constituídos, levando em consideração a cláusula da reserva do possível – possibilidades econômicas, jurídicas e políticas – o procedimento da análise e decisão sobre “*em qual medida* (grifo da autora) será dado cumprimento ao dever constitucional de agir pela efetividade dos direitos sociais”. Entende-se “*em qual medida*, por não ser dado ao agente político escolher por *não agir*, mas sim, em *como agir*”¹⁴⁶.

Por outro lado, nessa perspectiva da escassez de recursos, há que se considerar a reserva do possível sob a ótica do que se pode exigir de forma razoável dos poderes públicos,

¹³⁹ PEREIRA, A reserva do possível na jurisdição constitucional..., op. cit., p. 92-93.

¹⁴⁰ Id.

¹⁴¹ Id.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 10. Apud. Pereira, p. 93.

⁵⁹ OLSEN, op. cit., p. 914

¹⁴³ OLSEN, op. cit., p. 914

¹⁴⁴ Id.

¹⁴⁵ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41-41, apud OLSEN, id.

¹⁴⁶ PEREIRA, A reserva do possível na jurisdição constitucional..., op. cit., p. 93.

e nesse sentido, Clemerson Merlin Clève¹⁴⁷ observa que “há limites também no universo dos direitos originários e ninguém pode pretender ir além daquilo que se encaixa como possível”.

3.3 A reserva do possível e a atuação do judiciário

Partindo da ideia concreta de que a Constituição estabeleceu fins públicos prioritários, disciplinados em normas jurídicas dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade, Ana Paula de Barcellos pondera que não haveria sentido entender que as políticas públicas, que irão realizar esse direito constitucionalmente previsto, estão imunes de qualquer controle jurídico. Além da vinculação aos fins previstos, “a definição de políticas públicas e do destino a ser dado aos recursos públicos, sofre uma limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado republicano”¹⁴⁸.

Nesse sentido, considerando o expressivo aumento das demandas judiciais na seara da saúde, Daniel Sarmiento¹⁴⁹ observa: “cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais”. Sobre essa questão, o autor questiona a legitimidade dos membros do Poder Judiciário, que não são eleitos e nem respondem politicamente perante o povo, para interferir nas escolhas do Legislativo e Executivo sobre prioridades dos gastos em face da escassez de recursos; questiona também, se essas intervenções favorecem, de fato, os excluídos; se o Judiciário tem as condições de atuar de forma racional e eficiente na tomada dessas decisões¹⁵⁰.

De acordo com o autor, a reserva do possível desdobra-se em dois componentes: fático e jurídico¹⁵¹. “A reserva do possível fático deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”. Sob essa ótica, o autor pondera que numa demanda judicial, por exemplo, em que se exija do Estado a prestação de um tratamento especializado e dispendioso para alguém, a ser prestado fora do País, a questão a ser analisada deverá se pautar pela razoabilidade de proporcionar aquele tratamento para todos os que se encontrem em situação similar. Obedecendo ao princípio da isonomia¹⁵², entende o autor que não se pode exigir do judiciário uma decisão que favoreça apenas a um indivíduo¹⁵³.

No que tange à reserva do possível jurídica, conforme o autor,¹⁵⁴ diz respeito ao embasamento legal da previsão orçamentária necessária para que o Estado preste a satisfação do direito social ao demandante – o princípio da legalidade – que motiva o

¹⁴⁷ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 54, p. 35, jan-mar. 2006.

¹⁴⁸ BARCELLOS, op. cit., p. 14-17

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO Daniel (Coords.) **Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 556.

¹⁵⁰ Id.

¹⁵¹ Ibid., p. 569

¹⁵² Nesse sentido, cf. Sarlet, “de acordo com o princípio da isonomia, o Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos com prestações (com base ou não em norma constitucional definidora de direito fundamental), não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefício, quanto a encargos (...)”. **A Eficácia...**, op. cit., p. 320.

¹⁵³ SARMENTO, op. cit., ibid., p. 572.

¹⁵⁴ Ibid., p. 573-574.

debate sobre o Poder Judiciário determinar gastos para a satisfação de direitos sociais, sem previsão orçamentária para tal. Nessa perspectiva, entende que é o legislador quem tem a melhor visão sobre o orçamento, e, portanto, quem detém legitimidade constitucional para decidir como empregar os recursos financeiros. Sob essa ótica, o Poder judiciário ao decidir nessas questões, estaria interferindo no Poder Legislativo.

Por outro lado, Daniel Sarmento¹⁵⁵ pondera que, se a Constituição conferiu ao cidadão o direito fundamental social da prestação de políticas públicas, cabe ao judiciário atender a essa demanda. Nessa tensão, entende que há parcelas de razão para os dois lados, pois não se pode ignorar o legislador democrático nas escolhas sobre gastos públicos, e tampouco, desconsiderar a natureza vinculante dos direitos fundamentais sociais. Argumenta que são situações difíceis e que deverão ser analisadas numa ponderação de interesses levando-se em conta as duas realidades. Nesse sentido Virgílio Afonso da Silva observa que “um amplo controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável do sistema constitucional e que, deve ser aceito que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais”¹⁵⁶.

No que refere às demandas individuais, Daniel Sarmento manifesta que classes mais carentes dispõem de menos informação, e por essa razão deixam de ir ao judiciário para reivindicar demandas sociais, e por essa razão, muitas decisões na esfera da saúde, contemplam classes mais favorecidas, demonstrando assim, uma face não inclusiva do Poder Judiciário. Na visão do autor, as demandas coletivas são mais benéficas, por atender mais pessoas e de forma mais eficiente, devido a melhor instrução processual, proporcionando melhor distribuição na execução de políticas públicas¹⁵⁷.

José Reinaldo de Lima Lopes¹⁵⁸ entende que o judiciário, provocado adequadamente, pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas, no entanto, faz a ressalva: “resta ver, para que efetivamente se fale em políticas públicas, que haja iniciativas de caráter menos particularmente reivindicantes e mais sociais, como nas defesas de interesses difusos antes de interesses individuais homogêneos”.

A esse respeito Virgílio Afonso da Silva manifesta: “(...) o certo é que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não tem em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter” (...) “se não há recursos para tudo, e se a decisão do juiz deve ser cumprida, o dinheiro terá que sair de outras áreas.”¹⁵⁹.

Por outro lado, o autor defende a importância do judiciário em “canalizar as demandas individuais em espécie de diálogo institucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos”, de forma a questionar as atuações do Poder Público quando se fizer necessário¹⁶⁰. Essas ideias induzem à reflexão sobre

¹⁵⁵ Id.

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord) **Direitos Sociais...**, op. cit., p. 591.

¹⁵⁷ Ibid., p. 583-585

¹⁵⁸ LIMA LOPES, José Reinaldo de. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. In: FARIA, José Eduardo. (Org). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 136-137.

¹⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit., p.596-597.

¹⁶⁰ Id.

a responsabilidade do Poder Público no planejamento das políticas públicas, e, na esteira desse pensamento, pertinente a exposição crítica de Ana Paula de Barcellos¹⁶¹:

(...) é certo que muitos debates que se desenvolvem no âmbito do direito tributário têm origem e são alimentados por um dado da realidade: o ímpeto arrecadador do Estado. Entretanto, a realidade das despesas públicas, deveria despertar interesse semelhante: desperdício e ineficiência, prioridades incompatíveis com a Constituição, precariedade de serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais básicos, como educação e saúde, e sua convivência com vultosos gastos em rubricas como publicidade governamental e comunicação social não são propriamente fenômenos pontuais e isolados na Administração Pública brasileira.

Nessa perspectiva, visualiza-se a importância do papel do judiciário como fator de equilíbrio na esfera das decisões nas políticas públicas. Para José Reinaldo de Lima Lopes, “pela sua natureza, o debate judicial permite o avanço da democracia ao permitir as discussões de temas relevantes (...), a submissão a uma discussão judicial amplia o espaço de democracia, porque exige, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas divergentes”¹⁶².

No entanto, destacando que o que está em jogo perante o Poder Judiciário é a justiça distributiva no Brasil, o autor observa que o Judiciário subordina-se à lei de um lado, e de outro precisa “estar preparado para reconhecer os limites e os avanços legais no que diz respeito aos direitos subjetivos à distribuição dos recursos sociais”. Sobretudo, complementa o autor, “é preciso estar atento aos efeitos perversos que decisões judiciais podem trazer”, seja negando reiteradamente a justiça distributiva, seja reforçando posições já adquiridas nessa seara. Destaca o autor: “o justo é proporcional, e o injusto é o que viola a proporção”¹⁶³.

A respeito da atuação do Poder Judiciário nessa seara, Ingo W. Sarlet¹⁶⁴ se posiciona: “não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável autolimitação funcional (...), que evidentemente deve estar sempre em sintonia com a sua necessária e já afirmada legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais”. Para o autor¹⁶⁵: “tudo está a demonstrar, portanto, e como bem recorda Eros Grau, que a assim designada reserva do possível ‘não pode ser reduzida **a limite posto pelo orçamento**’ (grifo do autor), até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”¹⁶⁶.

¹⁶¹ BARCELLOS, op. cit., p. 16

¹⁶² LIMA LOPES, cf. op. cit. Verifica-se que essa obra foi publicada há 17 anos, no entanto, nesse período muita coisa ainda não avançou em termos de políticas prestacionais, razão pela qual pode-se entender atual o pensamento do autor

¹⁶³ Ibid., p. 142-143

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 07 set. 2015.

¹⁶⁵ SARLET, **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde...**, op. cit.

¹⁶⁶ Apud, id.

Por outro lado, é importante refletir na esteira dos pensamentos de Ana Lucia Pretto Pereira¹⁶⁷, que, na busca para as soluções normativas mais complexas nem sempre se encontram soluções fixadas no ordenamento jurídico, “o que leva o julgador a fazer escolhas morais, e implica num *custo de legitimidade* (grifo da autora), razão pela qual, a tal legitimidade da decisão só será possível, quando sintonizada com a comunidade e seus valores, na conformidade da Carta Constitucional”. No entanto, ressalta a autora,¹⁶⁸ ainda que se entenda a reserva do financeiramente possível como limite à efetividade plena do direito fundamental social, “não é excludente da ilicitude estatal”, assinalando, assim, que em razão de limitações de ordem econômica, a impossibilidade da prestação a que esteja obrigado o ente estatal, não encontra justificativa “se a prestação for objeto de direito fundamental e necessária à satisfação de necessidades humanas fundamentais”. Entende-se, assim, que na ocorrência de violações aos direitos fundamentais sociais a atuação do judiciário representa o ponto de equilíbrio entre as escolhas das políticas públicas prestacionais em face da reserva econômica.

CONCLUSÃO

Observando a realidade, é possível constatar que as conquistas dos direitos fundamentais sociais consagrados pela Constituição de 1988, não foram suficientes para excluir a miséria que ainda se verifica no País. Não obstante todas as inserções na Carta constitucional e no ordenamento infraconstitucional percebe-se que, em muitos aspectos, a saúde pública no Brasil ainda se encontra em patamares muito aquém do esperado, apresentando muitas lacunas na prestação. Na prática, quando o cidadão recorre à prestação do serviço público nessa área, notadamente, na área da saúde, não raras vezes encontra um sistema que apresenta falhas, ou até mesmo a ausência do Estado no atendimento, o que leva a questionar a efetividade dos direitos fundamentais.

Portanto, a teoria da reserva do possível como restrição ao mínimo existencial, abre importante debate a respeito do cerceamento de um direito fundamental social em face da escassez dos recursos públicos, situação que leva a questionar a gestão pública na sua adequada utilização. Num país que caminha a passos lentos para a concretização da democracia, a constante evidência de falhas na área da prestação da saúde por deficiência das receitas públicas, impõe o controle da gestão pública pelo judiciário, conforme a Constituição, na defesa do direito fundamental à saúde e da dignidade do cidadão, com o fim de promover o mínimo necessário à preservação da vida.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Revista Diálogo Jurídico. n. 15. Jan, fev, mar/ 2007. Salvador, Bahia. p. 11. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

¹⁶⁷ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões**. In: CLÈVE, Clemerson M. **Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.17-36.

¹⁶⁸ PEREIRA, A reserva do possível na jurisdição constitucional..., op. cit., p. 83.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 54.

GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*. In: Ricardo Lobo Torres (org). *Legitimação dos direitos humanos*. 2002.

_____. *O custo dos direitos*. In: Ricardo Lobo Torres (org). *Legitimação dos direitos humanos*. 2002. p. 139-222, apud. Barcellos.

_____. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

LOPES, José Eduardo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário No Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. S. Paulo: Atlas, 2012. p 34.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110-113.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pela Jurisdição Constitucional*. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (coord). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2009. Disponível em: <http://200.17.203.155/index.php?codigo_sophia=257478>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. *A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. *A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões*. In: CLÈVE, Clemerson M. *Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.17-36.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 07 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. *Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

_____. *Direitos Fundamentais Sociais. “Mínimo Existencial” e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares*. In: SARMENTO, Daniel, GALDINO Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A proteção Judicial dos Direitos sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) *Direitos Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro; Lumen Iuris, 2010.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça. A prática da Democracia*. 3.^a reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo. Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem*. 17. ed. S. Paulo: Malheiros, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO E DO PÓS-POSITIVISMO PARA INTERPRETAÇÃO DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Moacir Iori Junior¹⁶⁹

Daiane de Oliveira Iori¹⁷⁰

RESUMO

Estudou-se a influência que a teoria positiva, do início do século XX, e a teoria pós-positivista, ou neoconstitucionalista, influenciou na interpretação aplicada pelo Supremo Tribunal Federal para entender a hierarquia que os tratados internacionais de direitos humanos ingressam no direito doméstico. Observou-se que as teorias foram notórias para alterar a hierarquia dos tratados, que passaram de normas ordinárias para normas constitucionais, conforme a aplicação de uma e de outra teoria. Assim o estudo focou inicialmente nas premissas de cada uma das teorias, observando posteriormente a relação entre o direito interno e o internacional, verificando ao final os principais julgados do Supremo Tribunal Federal que aplicaram a matéria de tratados internacionais no âmbito de interpretação constitucional e sua hierarquia no direito interno.

Palavra-chave: Positivismo, Pós-positivismo, Tratados Internacionais, Direitos Humanos, Constituição.

ABSTRACT

We studied the influence that the positive theory of the early twentieth century, and the post-positivist theory, or neoconstitucionalista influenced the interpretation applied by the Supreme Court to understand the hierarchy that the international human rights treaties in domestic law join. It was observed that the theories were notorious for changing the hierarchy of treaties, which went from ordinary to constitutional standards, as the application of one or the other theory. Thus the study focused initially on the premises of

¹⁶⁹ Possui graduação pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Cescarelli (2009). Mestre pelas Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil (CAPES 4). Professor Coordenador do Curso de Direito das Faculdades do Centro do Paraná - UCP. Professor de Direito Constitucional e Internacional.

¹⁷⁰ Graduanda em Direito pela Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná – UCP. Estagiária do Patronato Municipal de Pitanga-PR.

each of the theories, noting further the relationship between international law and by checking the main judged at the end of the Supreme Court which applied the terms of international treaties in the context of constitutional interpretation and its hierarchy in law.

Keywords: Positivism, Post-positivism, International Treaties, Human Rights, Constitution.

INTRODUÇÃO

Quando o Estado era regulado pelo poder dos soberanos, somente eles detinham capacidade para promover negociações internacionais, vez que o comprometimento revestia-se de caráter pessoal como o próprio poder¹⁷¹.

Com a transferência da soberania dos reis para o povo, as relações internacionais passaram a ser protagonizadas pelos Estados que tornaram-se sujeitos do Direito Internacional. Diferente dos soberanos, a responsabilidade assumida passou a todo o Estado e consequentemente a toda a população¹⁷².

Hoje a codificação por meio de tratados se faz cada vez mais presentes nas normas internacionais. Os tratados trazem consigo certa margem de segurança nas relações internacionais e, no plano da proteção dos direitos humanos, afirmam sua autenticidade¹⁷³, notadamente pela aceitação livre dos Estados¹⁷⁴.

Por tratado entende-se como todo acordo formal (escrito) de vontades, que determinam direitos e obrigações àqueles que o celebram¹⁷⁵. “O tratado designa qualquer

¹⁷¹ MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 434.

¹⁷² MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 435.

¹⁷³ Celso D. de Albuquerque Mello (**Curso de Direito Internacional Público**. 13ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 318) aponta que uma das maiores distinções entre a normativa no âmbito interno e o internacional refere-se a forma autoritária que aquela é criada, pois normalmente um pequeno grupo de pessoas (representando todos os habitantes) deliberam e “impõe” a todos sua vontade de forma obrigatória. Já no plano internacional ela só se impõe aos Estados que concordem e aceitem ela.

¹⁷⁴ MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31.

¹⁷⁵ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados traz em seu art. 2º a definição de tratado como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

acordo concluído entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, destinado a produzir efeitos de direito e regulado pelo direito internacional”¹⁷⁶.

Assim tratado internacional é expressão genérica utilizada largamente para referenciar um acordo¹⁷⁷ - por qualquer que seja a sua denominação – efetivado pelos sujeitos com capacidade para tal¹⁷⁸ e que cria compromissos jurídicos, aos signatários, com caráter obrigatório.

Inicialmente os tratados foram acordados de forma bilateral, predominando tal forma até a metade do século XIX, quando os Estados começaram a celebrar tratados multilaterais, tendo esta prática se intensificado, principalmente após a primeira guerra mundial¹⁷⁹.

Os sujeitos que podem, no plano internacional, realizarem acordos são os Estados, as organizações¹⁸⁰ internacionais¹⁸¹, os beligerantes, a Santa Sé e outros entes internacionais, estendendo tal capacidade aos membros de uma federação e aos Estados subordinados¹⁸² quando autorizados pelos Estados soberanos vinculados¹⁸³.

¹⁷⁶ NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2003. p. 120.

¹⁷⁷ “Além do termo tratado, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convenio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, pacto ou carta) ou a natureza suplementar do acordo (protocolo)” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100).

¹⁷⁸ CASELA, Paulo Borba, ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 159.

¹⁷⁹ MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 438.

¹⁸⁰ É importante frisarmos que organizações internacionais não são formadas por pessoas jurídicas privadas, mas sim por pessoas jurídicas de direito internacional público. Assim “não tem personalidade jurídica de direito das gentes, e carecem, por inteiro, de capacidade para celebrar tratados, as empresas privadas, pouco importando sua dimensão econômica e sua eventual multinacionalidade” (REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18).

¹⁸¹ Antonio Augusto Cançado Trindade (**Direito das Organizações Internacionais**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 203) aponta que a força de participação das organizações internacionais não encontra-se no mesmo plano dos países: “Distintamente dos Estados, todos iguais ante o direito internacional, as organizações internacionais resultam de instrumentos constitutivos que a elas atribuem características jurídicas próprias: têm, assim, competência mais limitada que a dos Estados, e não raro não claramente definida”.

¹⁸² As organizações ou outros entes internacionais alcançaram o status de sujeitos capazes de celebrar tratados com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986. Ocorre que referida norma não entrou em vigor ainda, pela falta do depósito mínimo de 35 ratificações de Estados signatários. Até o início de 2013 a Convenção contava com 29 ratificações (o Brasil somente é signatário pois ainda não ratificou a convenção). Disponível em: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en. Acesso em: 20 fev. 2013.

¹⁸³ MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 202.

O processo de formação dos tratados, desde seu curso embrionário até a vigência e obrigatoriedade, conforme a Convenção de Viena, é centrado por várias fases (negociação, assinatura, ratificação, promulgação, registro e publicação), e torna sua conclusão uma forma mediata de aplicação.

Somente após o transcurso dessas fases que o tratado terá o caráter de observância e vigência¹⁸⁴ ao país signatário¹⁸⁵. O cumprimento de tais fases mostra-se necessária em razão de sua matéria ser interdisciplinar, ao depender da relação estreita entre a ordem jurídica internacional e a interna, que estipula obrigações aos Estados, alterando as atividades estatais¹⁸⁶.

A formação de um tratado se dá pela assinatura dos representantes de cada Estado, após seu texto¹⁸⁷ ser estipulado pelas negociações entre as partes, logo estas são o estopim deflagrador do processo. “Encerrada a fase de negociações dos tratados internacionais, as autoridades competentes (originárias ou delegadas) firmam o documento, que é a forma pela qual as soberanias expressam sua vontade de celebrar aquele tratado”¹⁸⁸.

Assim concluir um tratado e internalizá-lo é “antes de mais, um atributo de soberania, ao mesmo tempo que o seu exercício”¹⁸⁹.

No caso brasileiro, a Constituição Federal, pouco tratou da temática dos tratados internacionais¹⁹⁰, trazendo somente dois artigos – o artigo 84, inciso VIII¹⁹¹, e o artigo 49

¹⁸⁴ Importante apontarmos que a vigência internacional pode ter regra específica no tratado, como por exemplo a estipulação de determinado número de ratificações para sua vigência. Referida regra é facilmente encontrada nos tratados multilaterais.

¹⁸⁵ MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 212.

¹⁸⁶ NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2003. p. 121.

¹⁸⁷ A forma escrita é a mais comum nos tratados e modernamente a mais utilizada, porém os acordos orais também são aceitos e possuem o mesmo caráter de obrigatoriedade (MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 200).

¹⁸⁸ GAVETTI, Erica Marta. Tratados Internacionais em Matéria Tributária. In D'ANGELIS, Wagner Rocha. **Direito Internacional do Século XXI: Integração, justiça e paz**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 324.

¹⁸⁹ NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2003. p. 127.

¹⁹⁰ A Constituição Brasileira pouco tratou sobre a temática das relações internacionais deixando de acompanhar a evolução do Direito Internacional. Neste sentido Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros aponta que: “O progresso das relações internacionais dinamizou a produção de normas jurídicas, diversificando amplamente os meios de criação das mesmas e levando vários desses meios a ficarem excluídos da previsão estática das regras constitucionais. Por isso, fala-se na existência de uma área cinzenta em algumas Constituições, que torna sombrias as normas referentes às relações exteriores” MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 16.

¹⁹¹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

inciso I¹⁹² – que indicam, de forma sucinta, como é o processo de incorporação dos tratados no plano interno¹⁹³.

A fórmula foi a mesma utilizada pelas Cartas Republicanas anteriores, com alterações mínimas, mantendo a Constituição um certo distanciamento do direito internacional, deixando à aplicação prática definir a relação entre os dois poderes¹⁹⁴.

Ingressando a norma internacional no ordenamento jurídico é necessário observar qual a hierarquia que o tratado possuía no ordenamento interno. No caso brasileiro, permanecendo silente a Constituição quanto a esta hierarquia, coube a nossa Corte máxima interpretar tal status.

O trabalho propõe-se a observar os fundamentos que importaram a interpretação dos tratados, evidenciando a influência das teorias positivista e pós positivista que alicerçaram os julgados sobre a matéria, modificando a hierarquia da norma internacional no âmbito doméstico, sobretudo pela influencia dos direitos humanos.

A TEORIA POSITIVISTA JURÍDICA

Um dos principais ícones do positivismo jurídico foi Hans Kelsen. O doutrinador, por meio de sua “Teoria pura do Direito” buscou, conforme suas palavras, determinar que o,

objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana

¹⁹² Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

¹⁹³ Se quase nada tratou acerca da incorporação dos tratados internacionais, longe disso passou a Constituição sobre a denúncia dos Tratados. Todas as Constituições Brasileiras, incluindo a de 1988, foram omissas sobre a possibilidade de denúncia dos Tratados, deixando a cargo da jurisprudência e das ações práticas a estipulação de regras para a atuação dos órgãos legislativo e executivo. A discussão da matéria formulou no Brasil o conceito de que o Presidente da República teria plenos poderes para denunciar um tratado. Em 1926, Clóvis Beviláquia, consultor jurídico do Itamaraty, emitiu um parecer onde o Presidente da Republica não precisaria ouvir o Congresso Nacional, vez que o tratado estipulava uma cláusula de denúncia que foi aprovada pelo poder legislativo e portanto autorizava o Chefe de Estado a exercer tal poder de forma completa. Atualmente nova discussão surgiu com o julgamento da ADIN 1625-3/DF, que discute a constitucionalidade da denúncia do Presidente da Republica à Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

¹⁹⁴ Um caso interessante de tais relações é da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1625-3/DF que discute a constitucionalidade da denúncia do Presidente da Republica a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Brasil ratificou a Convenção em 1996, e no mesmo ano, o Presidente denunciou-a, estipulando que sua vigência perderia eficácia um ano após. Foi impetrado a ADI em comento, já tendo votos favoráveis a anular a denúncia do presidente por inconstitucionalidade, entendendo que o Congresso Nacional deve participar de tais atos, principalmente se as normas internacionais tratarem de direitos humanos.

só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas¹⁹⁵.

Daniel Sarmento aponta que as premissas básicas formadoras da ideologia política foram: “(a) a crença na legitimidade dos parlamentos para criação do Direito e na ilegitimidade dos juízes para a mesma tarefa; e (b) a ideologia do *laissez-faire* – o Estado não deveria intervir na esfera social, cabendo-lhe apenas proteger a propriedade e a segurança interna e externa do cidadão”¹⁹⁶.

Nesta referência o direito é entendido como um ordenamento único, colocado sobre a conduta humana, importando mais a norma escrita do que a própria conduta humana. Norberto Bobbio, na mesma linha de pensamento, traça que uma norma somente adquire eficácia por meio de um ordenamento jurídico, formado pela autoridade que determina sua natureza¹⁹⁷.

O ordenamento jurídico compreendia-se como formado por uma complexidade de normas que formam juntas a unidade do sistema. A garantia da unicidade do sistema somente ocorre se há entre as normas uma hierarquia necessária. O próprio pensamento de ordem, e assim ordenamento, deriva da concepção de subordinação, enquanto respeito ao poder superior que por sua força comanda aqueles que estão abaixo de seu grau¹⁹⁸.

Norberto Bobbio indica que para garantir a unicidade do sistema normativo, a presença hierárquica entre as normas também é necessária, existindo normas inferiores e normas superiores. As normas de menor grau devem seguir todas as normas de grau superior, respeitando seus comandos. Nesse sistema verticalizado torna-se imprescindível a presença de uma norma fundamental como força de validade e fonte das normas que lhe são inferiores¹⁹⁹.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p. 51.

¹⁹⁶ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. p. 7.

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 22

¹⁹⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1995, p. 49.

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1995, p. 49.

Hans Kelsen aponta que o sistema hierárquico das normas deve encontrar um fim para todo o ordenamento em uma norma suprema que se pressupõe²⁰⁰ como a última e mais elevada.

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa²⁰¹.

A concepção de pirâmide jurídica, seguida pelo modelo Kelsiniano de hierarquia das normas, coloca a Constituição no patamar máximo das leis orientando e ‘iluminando’²⁰² os demais atos infraconstitucionais.

Assim os teóricos positivistas compreendem que somente integram a ordem jurídica as normas que seguem efetivamente os parâmetros impostos pela Constituição, de forma positivada. Hans Kelsen é preciso ao determinar que

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. [...]. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva.

Mas a constituição não era vista como principal norma reguladora da vida. As constituições eram vistas como proclamações políticas importantes, mas não autênticas

²⁰⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed., p. 137-138. Grande destaque tem as lições de Kelsen sobre a resposta de uma pergunta intrigante: Sendo a norma constitucional o centro de validade das outras normas então quem ou o que dá validade a própria Constituição? O autor aponta que a validade das normas constitucionais são aplicadas num plano *pressuposto*. Enquanto as normas infraconstitucionais são *postas* pelos critérios aplicados pelo poder constituinte. As normas constitucionais não possuem um plano palpável de validade devendo aos indivíduos suporem sua validade. O autor ainda discorre que a norma fundamental é pressuposta por razão aceita pelos indivíduos, como um poder político, um consenso, uma cultura, etc. Também tratando da suposição da norma fundamental constitucional, ler: BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1995, p. 59-65.

²⁰¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. p. 135.

²⁰² LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 39.

normas jurídicas. As determinações presentes na constituição não podiam ser aplicadas diretamente pelos juízes, e tampouco geravam direitos subjetivos para os cidadãos. Erma nas leis que existia a obrigação vinculativa de todas as ações e não as solenes e abstratas determinações constitucionais²⁰³.

Norberto Bobbio indica que esse modo de abordar o direito sob olhar do formalismo é um dos fundamentos dos positivistas. Segue o autor indicando que a doutrina positiva vê o direito como “um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural”. Assim importa mais a estrutura formal das normas em detrimento do seu aspecto material. A validade do direito é formada pela estrutura da norma, prescindindo do seu conteúdo²⁰⁴.

Ademais as fontes do direito serão compreendidas com base na legislação, sendo elas preeminentes em razão de outras fontes²⁰⁵. O ordenamento jurídico estabelece uma hierarquia também às fontes considerando que as leis seriam a primariedade das fontes²⁰⁶.

Continua o Autor discorrendo que aos positivistas, entendendo o fenômeno jurídico como um ordenamento organizado, coerente em si, duas normas antinômicas não conviveriam no mesmo ordenamento posto que o próprio ordenamento estabeleceria de forma implícita que uma das duas seria inválida²⁰⁷.

No sistema positivo os fatos se constituem juridicamente como premissas menores enquanto que a regra jurídica é a premissa maior, aplicados em termos de subsunção do caso concreto sob o caso abstrato. O trabalho da jurisprudência se esgota somente ao serviço do legislador e para sua vontade, ou seja, a expressão do verdadeiro significado contido nas fórmulas utilizadas pelo legislador²⁰⁸.

O positivismo jurídico constrói a ideia (ou o mito) de que o ordenamento jurídico sempre oferece apenas uma resposta, devendo o intérprete encontrar essa única solução

²⁰³ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. p. 10.

²⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131.

²⁰⁵ Ronald Dworking indica três principais aspectos do positivismo, sempre relacionando com a fonte-lei: (i) o direito de uma comunidade será determinado por critérios específicos que não observam o conteúdo da norma mas sim a sua formação; (ii) caso uma regra específica não se aplica a um determinado fato cabe ao juiz avaliar dentro dos parâmetros do ordenamento o encontro do fato ao ordenamento; (iii) a obrigação jurídica (exercício de um direito) somente ocorre nos casos previstos na lei e assim a decisão do juiz não gera uma obrigação jurídica. (DWORKING, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martin Fontes, 2002, p. 26-27).

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 162.

²⁰⁷ Idem, p. 211.

²⁰⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trotta: Madrid, 2007, p. 123-6.

fazendo uso de bom método da interpretação literal, que remontaria à vontade do legislador²⁰⁹.

Por fim, ainda sob os argumentos de Bobbio, verifica-se que a doutrina positivista, ao tratar da interpretação das normas, entende que o jurista não pode criar o direito mas somente o declarar. Cabe ao intérprete realizar uma atividade mecânica, que aplica os dizeres da norma sem afastar-se dela, sob pena de criar um novo direito inadmissível²¹⁰.

Neste sentido as palavras de Frederick Muller são claras em conceituar o trabalho do intérprete:

a concretização da norma é a interpretação do texto da norma, que por sua vez não é nada mais do que a reelaboração da vontade da norma ou do seu dador, que se manifesta no texto da norma, na sua história legislativa, no nexo sistemático com outros textos de normas, na história legislativa, no nexo sistemático com outros textos de normas, na história dos textos de correspondentes regulamentação anteriores e no sentido e na finalidade da prescrição a serem extraídos desses indícios.²¹¹

No que tange sobre as regras e princípios²¹², os princípios desempenham um papel propriamente constitucional (constitutivo da ordem jurídica) enquanto que as regras (mesmo escritas na constituição) são leis reforçadas por sua forma especial, tendo que seus efeitos se esgotam em si mesmas, ou seja, que não possuem nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam²¹³.

A interpretação restringe-se mais as regras, cabendo aos princípios a compreensão de seu ethos (significado). Nesta esteira as regras determinam critérios para executar determinadas ações, formas de atuação. Já os princípios apresentam critérios para tomada de uma posição na situação concreta. Logo o princípio é valorado somente no caso concreto, recebendo deste seu significado e limites²¹⁴.

²⁰⁹ Idem

²¹⁰ Ibidem, p. 226.

²¹¹ MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 26.

²¹² Luis Roberto Barroso condensa três diferenças entre princípios e regras: “(i) quanto ao conteúdo: regras são relatos objetivos jurídicos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados. (ii) quanto à estrutura normativa: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de várias condutas. (iii) quanto ao modo de aplicação: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção. Princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação.” (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 317).

²¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trotta: Madrid, 2007, p. 113

²¹⁴ Idem, p. 116-120.

Contendo princípios²¹⁵ o direito afasta-se da teoria positivista pois nesta há uma aplicação mecânica e passiva das regras, por meio do silogismo e da subsunção. Segundo eles as normas de princípios guardavam em si um vazio jurídico, pois continha fórmulas vagas, referências a aspirações ético-políticas e promessas impraticáveis no momento, produzindo uma contaminação das normas jurídicas (normas-regras) com afirmações políticas e proclamações de boas intenções. A norma-princípio produziria a desconfiança ao direito²¹⁶.

Considerando sob estes pontos resume-se²¹⁷ que os positivistas compreendem a existência de uma norma fundamental, que ordena o sistema, compreendendo nela a hierarquia das normas seguindo a forma (estrutura) que cada uma é elaborada, deixando de lado qualquer abordagem material, com previsão valorativa²¹⁸.

O positivismo jurídico proporcionou segurança, não em razão de que ele professava uma melhor doutrina interpretativa, mas que o contexto cultural e político em que foi concebido caracterizava-se por uma homogeneidade e uma maior estabilidade. Dessa forma, um modelo voltado a regras compatibilizava-se com as demandas sociais da época.

Com a evolução do Estado surge uma nova visão de ordenamento jurídico chamado de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo jurídico, contrariando o positivismo anteriormente proferido.

²¹⁵ Ronald Dworkin, diferenciando as regras e os princípios, aponta que as regras conduzem ao tudo ou nada e que os princípios não apresentam consequência jurídica automática comum as regras. Assim o princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita uma decisão particular” aplicada na dimensão do peso ou da importância (DWORKING, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-43).

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ A doutrina positivista possui outras características além das três citadas, mas que por critérios metodológicos deixa-se de estudá-las. Norberto Bobbio indica sete elementos desta doutrina formada pelas três citadas: (i) a validade do ordenamento com base na formalidade; (ii) a definição do direito que vige por força coativa; (iii) a legislação como fonte do direito preeminente do direito; (iv) a norma jurídica como comando imperativista; (v) a coerência e completude do ordenamento hierarquizado; (vi) o método de interpretação mecanicista; e (vii) a obediência estrita a norma. (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995)

²¹⁸ Frederich Muller é veemente em indicar: “A suposição e aceitação de um “sistema de valores” (Annahme eines “Wertsystems”) de direitos fundamentais localizados ao lado da – em si também questionável – “ordem geral de valores da constituição” contém ou uma contradição ou uma interpretação falha ou a afirmação de um pluralismo de sistemas não documentado pelo Tribunal Constitucional Federal nem documentável a partir do direito constitucional vigente”. MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 36-37.

A TEORIA PÓS POSITIVISTA (OU NEOCONSTITUCIONALISMO)

Susanna Pozzolo discorre que a expressão neoconstitucionalismo não possui um significado unívoco para os autores, mas estes tem em comum a crítica ao positivismo jurídico como incapaz de dar conta do moderno Estado constitucional.

A argumentação anti-positivista se baseia nas mudanças estruturais que tem levado o Estado constitucional a modificar o Estado de Direito que se caracteriza por reduzir todas as fontes jurídicas à lei. Esta arquitetura tem sido modificada com a introdução da constituição, que coloca a lei em uma posição subordinada e junto com os critérios de validade formal introduziu os critérios de validade material capazes de condicionar a atividade legislativa em seus conteúdos e não só em suas formas²¹⁹.

Uma das razões para a superação do positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo (ou pós positivismo) é a noção de validade jurídica aplicada naquele conceito para o entendimento estritamente formal. Referido modelo revelou-se inadequado para ser utilizado no direito do estado constitucional contemporâneo onde as normas seriam válidas por satisfazer os critérios materiais e por seu conteúdo²²⁰.

As normas assim especificarão a problemática da positivação e da principiologia que norteiam suas concepções e atuações. É assim também que a própria estruturação dessas normas levam em consideração a existência e pertinência de regras e princípios²²¹.

A clássica diferenciação por generalidade de regras e princípios que consideram-nas de naturezas distintas, no sentido de que as primeiras conservam um caráter mais definitivo, ao passo que estas reservam uma natureza “prima facie”, é alterado pela relação da máxima proporcionalidade²²² decorre da própria natureza dos princípios, concluindo, assim, uma imediata relação entre ambos²²³.

As Constituições atuais contém um grande número de princípios de justiça e valores, para serem interpretados, por meio de expressões vagas e conceitos abertos,

²¹⁹ POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003, p. 187-210.

²²⁰ Idem.

²²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 202, p. 85.

²²² Virgílio Afonso da Silva aponta que o princípio da concordância prática, defendido por Konrad Hesse e Frederich Muller, esta intimamente ligado com o princípio da proporcionalidade, mas que não se confundem pois, ainda que tenham uma finalidade comum, na proporcionalidade, que deriva-se em três formas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), há sopesamento de valores. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). Interpretação Constitucional. São Paulo: Editores Malheiros, 2005, p. 121-127

²²³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 122.

pedindo um juízo de valor para dar-lhes concretização, ao contrário do positivismo que expulsou de seus horizontes a análise dos valores éticos²²⁴.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso,

No direito contemporâneo, a constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização de direitos fundamentais desempenham um papel fundamental. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem a realização da justiça do caso concreto.²²⁵

No sistema pós-positivismo a abertura constitucional torna o sistema dinâmico, evolutivo e em construção constante, aberto ao diálogo com as realidades sociais, econômicas e jurídicas, capacitando a sua atualização mediante certa aprendizagem dos dados jurídicos com os históricos e vice-versa. A compreensão da Constituição entende-a enquanto sistema e enquanto documento jurídico vinculante, mas não imune às pressões sociais e históricas, o que possibilitará falar de uma normatividade historicamente construída sob a base social²²⁶.

A interpretação observa o caráter material da norma voltado a encontrar a melhor resposta ao fato vindicado. A hermenêutica constitucional é construída a partir de ideologias que observem não só a literalidade da lei mas as capacidades institucionais reais dos agentes que interpretam e aplicam as normas, construindo teorias mais realistas, que possam produzir resultados que otimizem os valores constitucionais²²⁷.

Aponta Daniel Sarmento que o Brasil vive essa nova forma de ver a Constituição que irradia sobre todos os pontos do Estado, sendo ela invocada não só para resolver os grandes conflitos mas também para fundamentar pequenas demandas comuns no dia-a-dia²²⁸.

Luis Roberto Barroso indica que a forma atual de interpretação da norma, não pensa-a como completa e com todos os requisitos nela presentes, como faziam os positivistas

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 316.

²²⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 90-91.

²²⁷ SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. p. 321.

²²⁸ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. p. 2.

(cabendo somente ao interprete a subsunção do fato a norma). A nova interpretação tem na norma o início da solução do problema, mas não completamente pois a norma não contém todos os elementos à solução do caso²²⁹.

Desta forma o fato torna-se imprescindível ao fornecer elementos à construção da norma, e, portanto, o conceito da própria norma é a interpretação do texto com o fato, afastando a ideia de norma em abstrato para ocupar a ideia de norma concretizadora²³⁰.

Sendo o fato elemento da norma, inclusive a norma constitucional, pode-se falar em outros fatores de embasamento para controlar as normas infraconstitucionais que vinculam-se diretamente aos fatos, como por exemplo, as realidades sociais, as diferenças econômicas, a proteção mais eficaz de direitos humanos. A ideia de moral e de justiça, afastadas pelo positivismo, agora são ligados intimamente na formação da norma e são supedâneo de interpretação da Constituição.

Paulo Ricardo Schier é cirúrgico ao apontar:

Este momento pós-positivista do neoconstitucionalismo, afirmando a normatividade e vinculatividade dos princípios, faz assentá-los como valores jurídicos supremos da sociedade, servindo como parâmetro de aplicação do Direito para o Estado (Administração Pública, Legislador e Juiz) e até mesmo a sociedade civil. Fala-se, aqui, portanto, não de um Direito justo à luz de valores metafísicos (superiores e anteriores ao Estado) ou formais (identificados com a própria legalidade) e sim, de uma reserva histórica de Justiça: aquela que uma dada sociedade concreta elegeu, em momento definido, como padrão de justiça.²³¹

Nesta celeuma os princípios que anteriormente eram colocados como segundo plano de fundamento das normas, estando as regras como principais aplicações jurídicas, no novo modelo pós-positivista, os princípios encontram-se no mesmo patamar das regras jurídicas e encampam o conceito de normas constitucionais. A constituição deste modelo contém como normas as regras e os princípios, numa convivência igualitária.

A Constituição passa a conter elementos de abertura dentro de suas normas, contemplando assim a interpretação que mais reflete os preceitos valorativos incluídos no texto maior. Surge junto a esta valoração os direitos humanos que ocupam lugar primordial nas Constituições atuais.

²²⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307.

²³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 308.

²³¹ SCHIER, Paulo Ricardo Schier. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. p. 12.

Com os grandes combates armados no início do século XX, o Direito Constitucional transfere suas preocupações para a esfera dos direitos humanos. “Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica”²³².

Em nossa Constituição encontramos um extenso rol de direitos fundamentais, como os presentes nos artigos 5º a 7º, bem como as normas relativas aos direitos da ordem sócio assistencial. Ocorre que a Constituição mostrou-se aberta aos direitos humanos presentes em normas externas ao seu texto formal conforme mostra o art. 5º, § 2º.

As cláusulas de abertura são modelos de normas que recepcionam outras normas ou agentes externos ao sistema jurídico, flexibilizando e atualizando o ordenamento com novas formas de interpretação e aplicação.

Com a incorporação constitucional de outras normas de direitos humanos, incluindo as normas internacionais, a Constituição encontra sua abertura a novas normas que possam garantir a melhor proteção aos direitos humanos, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos.

AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNO E O INTERNACIONAL

A relação existente entre o Direito Internacional e o Direito Interno sempre foi motivo de acaloradas discussões. Dentre essas discussões surgiram duas principais doutrinas que tentaram explicar a relação existente entre as normas produzidas no plano internacional com aquelas produzidas pelo direito doméstico: o dualismo, que teve como principal defensor Heinrich Triepel, e o monismo, encabeçado por Hans Kelsen.

O dualismo entende que os dois sistemas (interno e internacional), por possuírem fontes distintas, não poderiam se relacionar, vez que num caso as relações ocorrem entre Estados, dependendo da vontade comum entre eles, e noutra as relações ocorrem entre indivíduos, bastando a vontade unilateral do Estado²³³.

Os monistas partem da premissa que o Direito Doméstico e o Direito Internacional são constitutivos do mesmo ordenamento jurídico, entendendo, seus seguidores, que há uma convivência entre os dois planos, optando uns pela primazia do sistema interno, outros pela prevalência do direito internacional.

²³² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 602.

²³³ CASELA, Paulo Borba, ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237.

Essas teorias começaram a ser desenvolvidas no final do século XIX e alcançam seu ápice no período entre guerras, na luta constante entre as concepções de Triepel e Kelsen.

A teoria de Triepel, pregando a separação entre os sistemas, está suplantada na tentativa de preservação da autonomia decisória dos Estados que viram sua soberania decrescer com o mundo globalizado, interdependente e capaz de formular normas e conceber organizações²³⁴.

A doutrina dualista entende que as fontes de cada um dos direitos são diversas, sendo que as normas decorrentes do Direito Internacional derivam de um entendimento comum entre os Estados, enquanto que no Direito interno prevalece a vontade de um único Estado e que tal vontade muda ou suspende as normas conforme sua decisão, não produzindo efeitos a terceiros Estados²³⁵.

Compreendem os pensadores da doutrina dualista que as normas só produzem eficácia no âmbito de sua criação. Logo as normas internacionais somente produzem efeitos neste meio, enquanto as normas domésticas permanecem no plano estatal²³⁶.

Os dualistas entendem que não há conflito algum entre o ordenamento jurídico interno e o direito internacional pois sequer há relação entre os ordenamentos jurídicos senão pela simples observância dos fatos presentes em cada um. A norma de direito internacional somente ingressa no ordenamento jurídico interno se este incorporá-la como uma de suas normas²³⁷.

A teoria dualista formada por Triepel não entende pela existência de somente dois ordenamentos jurídicos, mas sim num campo pluralista onde vários ordenamentos podem existir, sendo todos independentes, com fundamentos de validade e destinatários diferentes²³⁸.

²³⁴ COUTO, Estevão Ferreira. **A Relação entre o Interno e o Internacional**: Concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 8)

²³⁵ BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito Internacional: Internacionalização do direito constitucional** – direito constitucional internacional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 146.

²³⁶ BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito Internacional: Internacionalização do direito constitucional** – direito constitucional internacional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 147.

²³⁷ MARIAN, Brindusa. **The Dualist and Monist Theories. International law's comprehension of these theories.** Disponível em: http://www.researchgate.net/publication/23954651_The_Dualist_and_Monist_Theories_International_Laws_Comprehension_of_these_Theories. Acesso em: 27 ago 2013.

²³⁸ ARIOSI, Mariangela de F. As relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Revista Juridica Virtual, vol. 6, n. 63, agosto/2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/Artigos/Art_Mariangela.htm Acesso em: 31 jul 2013.

A teoria dualista foi formada ao final do século XIX, seguindo o entendimento de uma soberania intangível que cada Estado possuía. Com o desenrolar histórico dos grandes conflitos armados, o mundo vivencia quadros de horror e barbaridade contra o ser humano, promovidos pela ação do Estado nazista e desenvolve um novo pensamento nos Estados: a necessidade de cooperação entre eles para impedir que novos desrespeitos a pessoa humana fossem perpetrados.

O avanço do tempo demonstrou que as normas que concebiam o direito internacional como regras de coexistência entre os estados, possuindo somente eles a condição de sujeitos das relações internacionais, não poderiam perdurar pelos anseios do direito internacional pós-moderno, suplantado pela defesa dos Direitos Humanos e pelos problemas surgidos com a nova era, que requeriam a cooperação entre os Estados tendentes inclusive a integração, nos casos específicos de coesão econômica e de compartilhamento de valores²³⁹.

Com a importância crescente das relações internacionais é que o monismo encontra uma grande aceitação entre os juristas pois a teoria entende, de forma simplificada, que não há ordenamentos distintos e sim um único ordenamento jurídico, que por vezes prioriza um ou outro sistema jurídico²⁴⁰.

Um dos maiores defensores da teoria monista, foi Hans Kelsen. O jurista apresenta que,

Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas - justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular²⁴¹.

Demonstra ele que não há um conflito entre as normas do Direito Internacional com o Direito doméstico pois mesmo que exista um aparente conflito entre um com outro, não haveria, em decorrência de tal embate a anulação de qualquer um dos sistemas, mas a anulação de uma das normas, perante o ordenamento jurídico²⁴².

²³⁹ CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.. 67.

²⁴⁰ ARIOSI, Mariângela de F. As relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Revista Juridica Virtual, vol. 6, n. 63, agosto/2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/Artigos/Art_Mariangela.htm Acesso em: 31 jul 2013.

²⁴¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 231).

²⁴² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 230-231).

O Autor aplica o monismo, com primazia pelas normas internacionais, para expressar a crença na existência de um direito supremo, autossuficiente e com capacidade de evolução para responder as transformações sociais²⁴³.

Con la adopción de un sistema monista, ambos ordenamientos jurídicos, el interno y el internacional, se interconectan y se constituyen en un único sistema jurídico estrechamente relacionado, donde los tratados internacionales se incorporan de forma automática luego de haber sido ratificados soberanamente por los Estados, y por ende, también se constituyen en normas de aplicación inmediata para los tribunales nacionales.²⁴⁴

As diferenças entre as duas teorias fica evidente quando avalia-se a hierarquia entre as normas internas e internacionais. Aos dualistas sequer é cogitado a existência de hierarquia pois sendo as ordens jurídicas distintas, elas não poderiam situar-se no mesmo plano de atuação²⁴⁵.

De outro turno os monistas entendem pela hierarquia de uma norma sobre a outra, dividindo a teoria em dois pontos: aqueles que colocam a norma internacional como ponto maior e outros que aceitam o direito interno como prevalente²⁴⁶.

No caso brasileiro adotou-se o monismo como premissa, porém as concepções de relação interna e internacional mostraram-se divergentes ao longo do tempo²⁴⁷, ocorrendo inicialmente a interpretação com premissa ao direito internacional (entre os anos de 1912 a 1977), depois sob o enfoque radical do direito interno, sob a luz da teoria positivista (entre 1977 a 2008) e ao fim um enfoque moderado ao direito interno, com prevalência do direito internacional somente aos tratados internacionais de direitos humanos.

²⁴³ COUTO, Estevão Ferreira. **A Relação entre o Interno e o Internacional**: Concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 8..

²⁴⁴ HENDERSON, Humberto. **Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine**. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/La%20importancia%20del%20princ%20ADpio%20pro%20homine.pdf>

²⁴⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Rezende. SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. **O Sistema Brasileiro de Incorporação de Tratados e a Eficácia do Direito Internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 58, Belo Horizonte, jan/jun 2011, p. 15.

²⁴⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Rezende. SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. **O Sistema Brasileiro de Incorporação de Tratados e a Eficácia do Direito Internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 58, Belo Horizonte, jan/jun 2011, p. 15.

²⁴⁷ É possível, inclusive, encontrarmos Ministros defensores do sistema dualista como por exemplo no julgado da Carta Rogatória n. 8.279/AT-Argentina, de 4 de maio de 1998, Rel. Min. Celso de Melo, que assim se manifesta: “Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro - que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) - satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de *iter procedimental* que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada)”. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/teste>. Acesso em 20 mai 2013.

Por caráter metodológico será abordado o enfoque a partir do ano de 1977 quando o Supremo Tribunal Federal entendeu pela primazia do direito interno, demonstrando que esta decisão, que perdurou até 2008, foi fruto de forte influencia positivista.

A influência positivista na interpretação hierárquica dos tratados internacionais

Anteriormente a 1977, a posição adotada pendia para a primazia do Direito Internacional. Com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/77²⁴⁸ o STF mudou seu entendimento, equiparando as normas internacionais com as normas infraconstitucionais, estando as regras internacionais, *i. e.* os tratados, sujeitos a revogação por lei posterior, demonstrando, assim, vocação para a primazia do Direito Interno²⁴⁹.

O julgado do recurso citado demonstrou a forte influencia da teoria positivista para interpretar qual hierarquia teriam os tratados internacionais, vez que a lide referia-se a lei n. 427/69 (lei uniforme sobre letras de cambio e notas promissórias) que exigia às letras de cambio o registro em repartição fazendária para sua validade, e as Convenções de Genebra que não incluíam em seu rol tal obrigação.

O Ministro Cunha Peixoto, em seu voto vista entendeu que haveria separação entre os tratados e a lei interna, pois “tratado não é lei, é ato internacional”, não sendo admissível que “um só ato, ao mesmo tempo, possa ser tratado e ato legislativo ordinário”. O Ministro ainda salienta que o decreto que aprovou a convenção no congresso cumpriu,

todas as formalidades constitucionais para a adoção da convenção de genebra, isto é, para sua conversão em lei [...]. Portanto o Congresso não transformou a Lei Uniforme em direito positivo brasileiro, já que, como está expresso no decreto, ficou aprovada a convenção para adoção da lei uniforme no Brasil, e não a sua vigência.

Aproximando-se da teoria positivista, notadamente quanto a validade da norma jurídica, o Ministro complementa seu voto indicando que o processo formal dos tratados internacionais para validade segue o mesmo das leis ordinárias, razão que aqueles se impõe no mesmo nível hierárquico. Assim falou o Ministro:

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004 de 1977. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 27 set 2013.

²⁴⁹ CASELA, Paulo Borba, ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, G. E. do, p. 241-243.

Com efeito, se a Lei Uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrario, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira. Realmente de conformidade com nossa Carta Magna, a lei fonte do direito é uma emanção estatal, pressupondo órgãos competentes para ditá-la, em conformidade com a lei constitucional. E é na constituição que vai se encontrar a forma legal, o rito da formação da lei.

O Ministro Cunha Peixoto demonstra interpretação de hierarquia ordinária aos tratados pois eles seguem a formalidade prescrita a essas normas internas.

A influencia pós positivista na interpretação das normas internacionais

Os debates entre a relação do direito internacional com o direito doméstico perdeu seu foco com a preocupação do pensamento à proteção da dignidade humana. O valor da dignidade humana tornou-se o epicentro dos objetivos estatais e internacionais, configurando-se em núcleo comum dos sistemas.

O Direito do Estado, precipuamente o Direito Constitucional se abre ao Direito Internacional numa relação de interdependência pois os sistemas se tornaram complementares entre si – o primeiro dependendo mais do segundo – buscando nas normas um núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico.

A abertura internacional significa que a afirmação do direito internacional é o direito do próprio país e o reconhecimento de alguns dos seus princípios ou regras são medidas de justiça que vinculam a própria ordem jurídica interna. Não há uma relação simples de troca de normas ou distinção, mas se fala de amizade para com o direito internacional, conduzindo, em último termo, à ideia de Estado internacionalmente limitado. A consideração de alguns princípios e regras de direito internacional como medidas de justiça justifica também o apelo ao princípio da interpretação em conformidade com os direitos do homem tal como eles se encontram plasmados nos grandes tratados do Direito Internacional²⁵⁰.

Nesta linha os tratados internacionais de direitos humanos merecem fundamental destaque nas relações com o direito interno, pois, modernamente, ingressam no ordenamento jurídico com grande propriedade chegando a serem explicitamente aceitas pela Constituição como normas de seu status²⁵¹.

²⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed., Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 367.

²⁵¹ A Constituição de nossa vizinha Argentina foi explícita ao aceitar alguns tratados de direitos humanos como normas constitucionais. Reza em seu art. 75, item 22: “[...] Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración

Em 1996 no julgado do Habeas Corpus n.º 73.044-2/SP apontou que no conflito entre um tratado de direitos humanos e a Constituição, esta prevalecerá ante a soberania do Estado. A decisão foi assim ementada:

[...] A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4- Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. [...]²⁵²

No ano seguinte a Suprema Corte entendeu, por meio do julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480/DF que é na Constituição da República que se deveria buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais afastando das concepções divergentes entre monistas e dualistas.

Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional". Texto completo da Constituição em: <http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Também a recente Constituição Boliviana de 2009 trata especificamente sobre estes tratados em seu art. 13, IV: "IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia". Disponível em: <http://www.patrianueva.bo/constitucion/>; E a Constituição Venezuelana: "Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen". Disponível em: http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php. Acessos em: 26 ago 2013.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 73.044-2/SP. Relator Min. Mauricio Correa, 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74204>. Acesso em 27 ago 2013.

No mesmo julgado também foi mantido o entendimento da hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais, inclusive os relativos a direitos humanos, sofrendo todos controle de constitucionalidade se contrários ao texto constitucional²⁵³.

Alterando seu enfoque para os direitos humanos a interpretação constitucional²⁵⁴ dos tratados internacionais de direitos humanos também sofreu alteração junto a Constituição e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, e posteriormente com os julgados do RE 349.703/RS, do RE 466.343 e do HC 87.585/TO, ocorridos no ano de

²⁵³ Veja o que fala a ementa: “[...] É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.[...] SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1480/DF. Relator Min. Celso de Mello, 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347083>. Acesso em 27 ago 2013.

²⁵⁴ Clemerson Merlin Cléve já apontava, em 1993 a necessidade de mudança na visão constitucional. Dizia o autor: Quando a Constituição elege valores como a liberdade e a igualdade, princípios como o Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e, como objetivo, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é necessário ter em mente que apontadas dimensões principiológicas devem ser realizadas. A funcionalidade dos dispositivos que fazem essa eleição desafia exploração.” (CLEVE, Clemerson Merlin. Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 43.)

2008, o plano normativo dos tratados internacionais de direitos humanos recebeu nova carga valorativa alterando substancialmente o entendimento hierárquico de tais normas.

Cumprime primeiramente apontarmos que em 1995 a Corte decidiu um caso de conflito e hierarquia entre o Pacto San Jose da Costa Rica, a Constituição e a lei ordinária regente da matéria, por meio do Habeas Corpus n. 72.131/RJ, que sedimentou o caráter ordinário dos tratados.

No julgado, porém, merece destaque os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator) e Francisco Rezek que entenderam pela prevalência do tratado, do Ministro Carlos Velloso que indicou ser o tratado uma vertente dos direitos humanos, logo com status materialmente constitucional e do Ministro Sepulveda Pertence que parece acentuar a característica constitucional dos tratados, capazes inclusive de ocasionarem mutação à interpretação constitucional²⁵⁵.

Ainda sobre o julgado em mote destacamos o voto do Ministro Celso de Mello sobre o entendimento que pairava no Tribunal entre o conflito da norma constitucional e os tratados internacionais de direitos humanos:

Na realidade, inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República²⁵⁶.

Juntamente com o julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ, esse foi o plano de fundo para a conclusão da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, alterando o entendimento hierárquico das normas internacionais vigente por muitas décadas.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131/RJ. Relator Min. Celso de Mello, 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 28 ago 2013. Posteriormente o Ministro Sepulveda Pertence firmou seu entendimento pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos, proferindo voto no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ. Assim falou o Ministro: “[...] parificar às leis os tratados a que alude o art. 5º, §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil de inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos [...] a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias delas constantes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em 29 ago 2013.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131/RJ. Relator Min. Celso de Mello, 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 28 ago 2013.

Durante o julgado duas correntes foram debatidas, aqueles que entendiam pelo caráter constitucional das normas internacionais de direitos humanos e aqueles que conferiam caráter supralegal.

Na decisão conjunta dos julgados anteriormente citados o Supremo Tribunal reconheceu que os tratados de direitos humanos, inseridos sob a regra do §2º, possuem superioridade hierárquica ante as leis ordinárias, mas inferioridade perante a Constituição.

A Corte estava avaliando novamente o Pacto San José da Costa Rica e seu conflito com a Constituição Federal e o Decreto-lei n.º 911/69, notadamente sobre a possibilidade da prisão do depositário infiel.

Nas discussões, o voto do Ministro Gilmar Mendes, apontando o entendimento do STF até então sobre a equiparação das normas internacionais com a lei ordinária, refutou que era preciso “ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada”²⁵⁷.

Para ele a ordem internacional aponta para uma cooperação entre os países, suplantados em uma ordem constitucional que volta seus olhos para a proteção da pessoa humana, exigindo de cada país uma participação aberta aos sistemas de proteção do direito do homem. São aberturas aos contextos supranacionais.

Desta forma o Ministro conclui que,

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. [...] Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional [...].Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

A partir de tal relatório os Ministros debateram sobre o Pacto San José da Costa Rica, firmando, de forma unânime, que essa norma multinacional deve ter tratamento especial e portanto está sobre as leis infraconstitucionais, sendo vencido os votos que objetivaram um caráter hierárquico constitucional de tais normas.

Na medida dos votos o Relator pondera sobre a revisão da norma internacional e seu status interno, entendendo pela abertura constitucional: “É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada”.

Vemos nos trechos citados a tendência do constitucionalismo moderno a aplicação do conceito de proporcionalidade esposado por Norberto Bobbio, conforme trecho abaixo:

A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot), em sua trílice configuração: adequação (Geeignetheit), necessidade (Erforderlichkeit) e proporcionalidade em sentido estrito;

O voto continua apontando para a existência de valores supremos esculpido na constituição e em suas normas:

A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos.

Por estas indicações vemos que os julgados da Corte Suprema seguem as relações do neoconstitucionalismo, que afastou-se da formalidade extremada do positivismo, para um modelo constitucional aberto as novas normas jurídicas que seguem os valores, princípios inseridos no texto constitucional.

O intérprete da Constituição vê criticamente tanto o direito positivado bem como os valores inseridos e busca a melhor solução²⁵⁸.

²⁵⁸ SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete**. p. 318.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ARIOSI, Mariangela de F. **As relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno**. Revista Jurídica Virtual, vol. 6, n. 63, agosto/2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/Artigos/Art_Mariangela.htm Acesso em: 31 jul 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do Direito Internacional: Internacionalização do direito constitucional – direito constitucional internacional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004 de 1977. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em 27 set 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 73.044-2/SP. Relator Min. Mauricio Correa, 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74204>. Acesso em 27 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1480/DF. Relator Min. Celso de Mello, 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347083>. Acesso em 27 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131/RJ. Relator Min. Celso de Mello, 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acesso em: 28 ago 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 29 ago 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed., Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CLEVE, Clemerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GAVETTI, Erica Marta. Tratados Internacionais em Matéria Tributária. In D'ANGELIS, Wagner Rocha. **Direito Internacional do Século XXI: Integração, justiça e paz**. Curitiba: Juruá, 2003.

HENDERSON, Humberto. **Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine**. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/La%20importancia%20del%20princ%20ADpio%20pro%20homine.pdf>

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

MARIAN, Brindusa. **The Dualist and Monist Theories. International law's comprehension of these theories**. Disponível em: http://www.researchgate.net/publication/23954651_The_Dualist_and_Monist_Theories_International_Laws_Comprehension_of_these_Theories. Acesso em: 27 ago 2013.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Brasil e os Novos Desafios do Direito dos Tratados. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NGUYEN QUOC, Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2003.

OLIVEIRA, Ana Carolina Rezende. SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. **O Sistema Brasileiro de Incorporação de Tratados e a Eficácia do Direito Internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 58, Belo Horizonte, jan/jun 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 3ª ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional , Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (coords.), **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**, 2008.

_____. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo Schier. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In. SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Editores Malheiros, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trotta: Madrid, 2007.

DO ESTADO DECIMONÔNICO AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

MOREIRA, Parcelli Dionizio*

RESUMO

O fim do absolutismo marca a ascensão burguesa ao poder nas principais nações europeias do século XVIII, o que permitiria o desenvolvimento das relações econômicas e o domínio das estruturas estatais a partir da ideologia liberal. Todavia, o recrudescimento do liberalismo burguês, no contexto de suas contradições, coincidiu com a derrocada do positivismo, que, na sua proposta de separar direito e moral, acabou por engendrar regimes totalitários que assombraram o mundo na primeira metade do século XX. Passado o pesadelo da hecatombe nazista, surge no cenário do Ocidente uma nova perspectiva no mundo jurídico: o neoconstitucionalismo. Esse movimento irá reaproximar o direito do discurso moral, como uma resposta aos horrores cometidos durante a Segunda Guerra Mundial. As consequências e as características desse novo paradigma serão analisadas aqui, fazendo-se um estudo comparativo entre o Estado decimonônico-legalista, que emergiu das guilhotinas da Revolução Francesa, e o Estado Constitucional de Direito, que irrompe a partir das cinzas do holocausto.

PALAVRAS-CHAVE: ESTADO. POSITIVISMO. NEOCONSTITUCIONALISMO. DIREITO. MORAL.

RESUMEN

El fin del absolutismo marcó la ascensión burguesa al poder en los principales países europeos en el siglo XVIII, lo que permitiría el desarrollo de las relaciones económicas y el dominio de las estructuras estatales desde la ideología liberal. Sin embargo, la emergencia del liberalismo burgués, en el contexto de sus contradicciones, coincidió con la caída del positivismo, que, en su propuesta de hacer una clivaje entre ley y moral, ha resultado en el triunfo de los regímenes totalitarios en la primera mitad del siglo XX. Después de la pesadilla de la hecatombe nazi, en el escenario jurídico del Occidente surgió una nueva perspectiva conocida como neoconstitucionalismo. Ese movimiento hará una nueva cercanía entre ley y moral, como una respuesta a los horrores cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Se analizarán aquí las consecuencias y las características de este nuevo paradigma, haciendo un estudio comparativo entre el estado Decimonónico-legalista, que empezó su historia en la guillotina de la Revolución Francesa, y el Estado Constitucional de Derecho forjado de las cenizas del Holocausto.

PALABRAS-CLAVE: ESTADO. POSITIVISMO. NEOCONSTITUCIONALISMO. DERECHO. MORAL.

* Procurador da Fazenda Nacional, Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo – UNIBRASIL; Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar de Curitiba/PR; Especialista em Direito Tributário pela Universidade UNIDERP-Anhanguera.

SUMÁRIO: Introdução. 1.O Estado Decimonônico. 1.1 Contexto histórico do surgimento do Estado Decimonônico. 1.2 Ascensão e queda do positivismo jurídico: o surgimento do Estado Constitucional de Direito. 2. O Estado Constitucional de Direito. 2.1 O surgimento do Estado Constitucional de Direito. 2.2 As diferenças entre a teoria e modelos de norma no positivismo e no pós-positivismo. 3. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O surgimento da concepção moderna do Estado conduz, num primeiro momento, ao apogeu das monarquias absolutistas europeias, principalmente nos séculos XVI e XVII, período que é vincado pela hipertrofia da ação estatal, desigualdade social e arbitrariedade, valores que podem ser sintetizados na célebre frase atribuída ao Rei Sol, Luís XIV, Rei da França (1638-1715): *L'État c'est moi*.

Entretanto, a emergência da burguesia como classe que detinha o poder e a pujança econômicas, bem como os anseios por mudanças e por menor intervenção do Estado nos direitos de liberdade e de propriedade, decretaram o fim das monarquias absolutistas na Europa, à medida que eram assentadas numa realidade de privilégios e de autoritarismo extremo, fatores que contribuíram para a expansão dos movimentos revolucionários da segunda metade do século XVIII e para o ocaso do Antigo Regime.

Acompanhando a sucessão dos fatos históricos, o Direito também sofre transformações, mudando-se o paradigma da modernidade, o qual, num primeiro momento, era caracterizado pela autoridade real, de onde emanava toda a ordem jurídica, e que passa, com a ascensão burguesa, a ter como referência o direito ditado pela razão liberal, em que a lei ocupa a centralidade do Direito.

Doravante o Direito seria considerado como instrumento de dominação burguesa, num contexto de um sistema jurídico formal, orientado por normas calculáveis, estáveis, que pudessem garantir o livre exercício dos direitos de propriedade e liberdade de comércio e de contratar, panorama em que ao Estado incumbiria tão somente zelar pela proteção desses bens jurídicos, além de prestar segurança pública para a incolumidade de tais direitos.

Se num primeiro momento a ordem jurídica burguesa funda-se na proteção dos direitos e garantias fundamentais, até mesmo como mote ideológico para angariar apoio popular ao seu projeto de dominação, uma vez já conquistado o poder a mesma burguesia desveste-se da obrigação de defender valores como igualdade, dignidade humana, direitos fundamentais, para, no instante em que se apropria do Estado, apregoar uma ordem jurídica formal, legalista e mínima, em que a função estatal relegava-se apenas a garantir a propriedade, a liberdade de contratar e a segurança do patrimônio individual.

Esse modelo de Estado liberal entrará em colapso na primeira metade do século XX, quando então intensificam-se reivindicações pelo reconhecimento de direitos sociais, dos direitos dos trabalhadores, pela intervenção estatal em face do abuso econômico dos grandes monopólios, além das graves conjunturas provocadas pela Quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 e pelas duas Grandes Guerras Mundiais (1914-1918 e 1939-1945).

O Estado liberal burguês, marcado por uma ordem jurídica positivista, dará lugar a um outro modelo de Estado, o Estado pós-positivista, em que emergirão doutrinas no seio do mundo do Direito que buscarão suplantar aquele paradigma do positivismo, introduzindo modelos de normas que identificar-se-ão com um novo movimento que passa a permear os ordenamentos jurídicos pelo mundo afora: o neoconstitucionalismo.

Este artigo pretende, portanto, apresentar essa transição ou passagem do Estado liberal burguês, de viés eminentemente positivista, para um outro modelo em que se busca um retorno a elementos jusnaturalistas ou mesmo uma reaproximação entre o Direito e a Moral, principalmente em razão do fracasso do juspositivismo, que, além de não ter concretizado as aspirações substanciais dos movimentos revolucionários do fim do século XVIII, também contribuiu para o surgimento dos regimes totalitários do século XX.

Dessa forma, mostrar-se-á as características do Estado de Direito Liberal e, então, confrontar-se-á esse modelo com o Estado Constitucional de Direito, que passa a ser o paradigma dos ordenamentos jurídicos do segundo pós-guerra, em que, como será visto, as Constituições exercerão um papel predominante nos sistemas jurídicos dos diversos Estados nacionais.

1 O ESTADO DECIMONÔNICO

1.1 Contexto histórico do surgimento do Estado Decimonônico

No direito pré-moderno, de formação não-legislativa, mas com acentuada característica jurisprudencial e doutrinal, não existia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, embora houvesse uma pluralidade de fontes e ordenamentos precedentes. Avançando na história e perpassando-se mais de mil anos entre o surgimento do Império Romano, sua decadência, as invasões bárbaras na Europa mediterrânea, além do advento das Cruzadas, o pensamento político entra num novo estágio a partir da obra de Macchiavelli (1469-1527). Macchiavelli inovou ao conceber as formas de governos apenas em duas, o que é logo enunciado no início em sua principal obra, *O Príncipe*, ao afirmar que “todos os Estados, os domínios que já houve e que ainda há sobre os homens foram, e são, repúblicas ou principados”²⁵⁹. A novidade apresentada por Macchiavelli diz respeito à dualidade das formas de governo, principados ou repúblicas, bem como à introdução, pela primeira vez, no contexto da teoria política da expressão “Estado”.

O Estado então passa a ser reconhecido como ente dotado de soberania, a qual é traduzida na supremacia do poder dentro de uma ordem interna, com a figura do ente estatal ocupando o ápice da pirâmide, e no cenário internacional não encontra senão outros Estados igualmente soberanos, concepção engendrada a partir da Paz da Vestfália, após o advento da Guerra dos Trinta Anos:

A Paz da Vestfália tornou-se um ponto de inflexão na história das nações porque os elementos que instituiu eram simples mas exaustivos. O Estado, não o império, a dinastia ou a confissão religiosa, foi consagrado como a pedra fundamental da ordem europeia. Ficou estabelecido o conceito da soberania do Estado. Foi afirmado o direito de cada um

²⁵⁹ MACCHIAVELLI, Niccolo. *O Príncipe*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 37.

dos signatários escolher sua própria estrutura doméstica e sua orientação religiosa, a salvo de qualquer tipo de intervenção (...) ²⁶⁰.

Essa noção de soberania culminará com o surgimento do primeiro modelo do Estado moderno, o Estado absolutista, sustentado numa “ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio” ²⁶¹, que mais tarde, em razão da ascensão da burguesia, quedará com as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), exurgindo no cenário mundial um novo modelo, antípoda do Estado absolutista, o Estado liberal burguês.

Na evolução da teoria do Estado, o Estado Decimonônico surge como um arquétipo que vincula-se intimamente às ideologias e doutrinas típicas do século XIX, ou seja, esse modelo coincide com o Estado liberal, que, para Zagrebelsky, era um Estado legislativo que se afirmava a si mesmo por meio do princípio da legalidade:

El Estado liberal de derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad. El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más flerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior ‘razón de Estado’, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales). ²⁶².

Esse entendimento da lei como ato normativo supremo e irresistível exige uma análise, ainda que breve, a partir dos acontecimentos que marcaram a Era Moderna, procedendo-se, assim, a um corte histórico a ponto de se desconsiderar as influências pré-modernas, tais como o direito romano e o direito medieval, além de outros influxos até mesmo anteriores a esses períodos históricos. Assim, a compreensão da lei é orientada pela necessidade da classe então em ascensão, a burguesia, que, a partir da Revolução Francesa, projeta-se ao poder sustentada numa base ideológica liberal. O objetivo precípua do liberalismo era estabelecer limites à atuação do poder absoluto do rei, sobretudo em relação aos direitos de propriedade e de liberdade.

Era evidente o interesse da burguesia em cercar a volúpia da ação real, isso porque o Estado absolutista era visto com desconfiança na medida em que interferia indevidamente na economia, além de criar privilégios e desigualdades que obstavam a atividade de mercancia que florescia e se intensificava na Europa a partir do fim da Idade Média e que era exercida pela classe então emergente.

Para Carl Schmitt, quando a burguesia quis, no século XIX, introduzir seu Estado de Direito, não podia contentar-se em estabelecer normas e princípios contra o absolutismo, pois tinha que reclamar outras instituições políticas frente àquelas instituições estatais concretas da monarquia, então existentes, ou seja, a burguesia lutava não só pelo Estado de Direito *in abstracto*, mas, antes de tudo, pelos direitos da “representação popular”, isto é, por uma extensão e ampliação das faculdades e

²⁶⁰ KISSINGER, Henry. **Ordem mundial**. Tradução de Cláudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 33.

²⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42.

²⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2011, p. 24.

competências do Parlamento; nesta luta contra um forte governo monárquico, a cooperação da representação popular tinha de ser acentuada cada vez com mais força, como critério adequado, até converter-se no elemento decisivo, a ponto de o “império da lei” significar essa cooperação ou, definitivamente, a representação popular, por meio da qual a burguesia tratava de se precaver contra os ímpetus invasivos do Estado absolutista nos direitos de liberdade pessoal e propriedade privada, motivo pelo qual a mesma burguesia desenvolveu, como teoria do Estado de Direito, a exigência de que tais invasões somente pudessem ocorrer se “baseadas numa lei”²⁶³.

Nesse contexto, a confiança nas qualidades racionais do legislador aumenta quando o monarca é substituído pelo “povo”, que passa a ser o novo titular da soberania, reivindicando para si a legitimidade do poder, e aqui surpreendentemente, como enfatiza Luis Prieto Sanchís, os dois grandes teóricos do absolutismo e da democracia, respectivamente Hobbes e Rousseau, estão de acordo em dois aspectos essenciais, isto é, que devemos obedecer às leis como se fossem expressão da nossa própria vontade e que o poder absoluto não tem limites: para Hobbes o Estado não está obrigado pelas leis civis, pois elas são o Estado e – o que essencialmente se repete – para Rousseau nenhuma Constituição ou lei fundamental pode limitar a vontade geral²⁶⁴.

Conforme lembra Zolo, na França o vetor mais dinâmico da teoria revolucionária tinha sido a doutrina da soberania popular (ou nacional), que atribuía ao Legislativo um primado absoluto em relação aos outros poderes do Estado, uma vez que o Parlamento era o único órgão que podia ostentar uma investidura popular direta e a “lei” tinha sido concebida, nos moldes pensados por Rousseau, como expressão da vontade geral da nação a cujas prescrições o Poder Executivo devia ater-se rigorosamente e, quanto ao Poder Judiciário, tanto nas declarações dos direitos como nos textos constitucionais da França revolucionária, este último tinha sido objeto de prescrições exclusivamente negativas: os juízes não deviam se intrometer no exercício do Poder Legislativo e não tinham nenhum poder de suspender a execução das leis²⁶⁵.

A apoteose do estatualismo se identifica, assim, com a dissolução da soberania popular em soberania estatal, em que o poder constituinte é assumido diretamente por poderes constituídos, e o próprio povo é concebido como um órgão do Estado, a ponto de o voto ser considerado um exercício de uma função pública, além do que os direitos também abandonam sua condição de “reserva de direito natural” do indivíduo frente ao poder para converterem-se simplesmente em direitos definidos pela lei, o que ocorre em virtude de um processo de autolimitação do poder do Estado²⁶⁶.

1.2 Ascensão e queda do positivismo jurídico: o surgimento do Estado Constitucional de Direito

Quando novas necessidades de manutenção do domínio pressionam a burguesia a abandonar o modelo liberal inicialmente concebido, a partir desse momento o próprio conceito de Estado de Direito transmuda-se num tipo de Estado que desvaloriza,

²⁶³ SCHMITT, Carl. **La teoría de la Constitución**. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cia. s. t. p. 206-207.

²⁶⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p.70.

²⁶⁵ ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23-24.

²⁶⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. op. cit., p.78-79.

descaracteriza ou até mesmo elimina o cerne essencial do plano conceitual do Estado de Direito: os direitos e garantias fundamentais²⁶⁷. Essa tendência de neutralização do sentido político do Estado de Direito seria abertamente potencializada pelo positivismo jurídico, ideologia dominante no final do século XIX, em que essa perspectiva jusfilosófica assume uma vertente cientificista e formalista, abandonando a ideia de um Estado limitado pela razão, nos moldes kantianos, ou mesmo pelos direitos naturais, e, alheia a qualquer vinculação a valores ou substancialidade do Direito, reforça a ideia de um Estado autolimitado pelo seu próprio direito positivo²⁶⁸, na medida em que a ciência jurídica, conforme afirma Kelsen²⁶⁹, procura apreender seu objeto “juridicamente”, ou seja, a norma jurídica ou conteúdo da norma jurídica é determinado através de uma outra norma jurídica, o que, assim, impede que, em nome da ciência jurídica, se confira ao Direito positivo um valor mais elevado do que o que ele de fato possui, identificando-o com um Direito ideal, com um Direito justo; ou que lhe seja recusado qualquer valor e, conseqüentemente, qualquer vigência, por se entender que está em contradição com um Direito ideal, um Direito justo.²⁷⁰

Kelsen apresenta um “Estado de Direito” depurado de valores que, explícita ou implicitamente, o acompanharam desde a sua origem, pelo que o jurista de Viena acaba por elaborar uma construção teórica que justifica a designação autônoma de um *Estado de legalidade*, que abre-se a quaisquer conteúdos, a quaisquer fins, desde que vinculados à ideia de legalidade, ou seja, o Estado de legalidade é neutro e aberto, ao mesmo tempo, à realização de quaisquer finalidades, haja vista que os únicos valores essenciais do Estado de legalidade são apenas a certeza e segurança jurídicas inerentes à observância do princípio da legalidade²⁷¹.

Nesse paradigma legalista, estatalista e formalista do Estado de Direito, um Tribunal Constitucional, de cariz kelseniano, ocupava-se somente dos discursos de fundamentação, não dos discursos de aplicação, ou seja, ocupava-se dos conflitos *internos* em que se coloca em jogo a validade das normas e não dos conflitos *externos* a partir dos quais se decide a maior ou menor adequação da norma para resolver um caso concreto ou, o que importa dizer o mesmo, o Tribunal Constitucional kelseniano ocupava-se de regras, não de princípios e nele o juízo de constitucionalidade não é um juízo de adequação da norma à realidade social, mas apenas um juízo de validade ou de compatibilidade lógica da norma à Constituição²⁷².

A arquitetura do Estado Decimonônico, que se notabilizava pela redução de todas as fontes jurídicas apenas à lei (vontade do legislador e princípio da legalidade), entra em crise, sobretudo no instante em que se modifica o paradigma do mundo do direito, principalmente com a introdução da ideia de supremacia da Constituição, o que pôs a lei em uma posição subordinada, e também de critérios formais e materiais de validade

²⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra, 1987, p. 112.

²⁶⁸ *Ib. id.*, p. 115.

²⁶⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 79.

²⁷⁰ *Ib. id.* p. 118.

²⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. *op. cit.* p. 123-124.

²⁷² SANCHÍS, Luis Prieto. *Op. cit.* p. 88-89.

capazes de condicionar a atividade legislativa, inclusive em seus conteúdos e não somente em suas formas²⁷³.

O juspositivismo encontrava-se indissolúvelmente ligado à arquitetura institucional do Estado Decimonônico (legalista), a tal ponto de revelar-se totalmente inadequado para responder ao novo paradigma do Estado Constitucional de Direito, mormente no que diz com o Direito dos ordenamentos jurídicos ocidentais posteriores à Segunda Guerra Mundial, os quais recorrem a um grande número de “princípios de justiça”, de direitos fundamentais que impuseram ao Estado tarefas de intervenção na sociedade e na economia, não podendo mais o Estado limitar-se ao respeito das liberdades negativas, fato que também implicava assumir tarefas ativas para efetivação dos direitos positivos²⁷⁴.

Nos Estados nacionais da Europa continental, o direito era até então essencialmente legicêntrico, esquemático e reducionista, podendo-se afirmar que a regulação da vida social gravitava em torno das normas editadas pelos Parlamentos – eleitos, à época, através do voto censitário e exclusivamente masculino –, que criavam leis que encarnavam a suposta vontade geral da Nação e deveriam ser aplicadas na medida do possível de forma mecânica e automática pelos juízes²⁷⁵.

Por outro lado, as sociedades pluralistas atuais – marcadas por um certo grau de relativismo e pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas não hegemônicos – atribuem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, mas de realizar as condições de possibilidade da mesma, razão pela qual, a partir da noção de supremacia da Constituição, cada setor social pode começar a competição para imprimir ao Estado uma orientação de um ou outro signo, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional²⁷⁶.

Essa perspectiva hodierna do Estado influenciada pelas sociedades pluralistas é fruto de vicissitudes históricas que moldaram o perfil do Estado pós-positivista, as quais, conforme assevera Riccardo Guastini, fizeram emergir algumas características que identificam essa fase neoconstitucionalista, entre elas: a) Constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição (controle de constitucionalidade); c) força vinculante da Constituição (os juristas aceitam a normatividade da Constituição); d) sobreinterpretação da Constituição: a analogia e a invocação dos princípios constitucionais ampliam e intensificam a presença da Constituição (omnipresença do Direito); e) aplicação direta da Constituição: a Constituição regula todas as relações jurídicas, não somente entre os poderes do Estado e entre o Estado e os cidadãos; f) interpretação das leis conforme a

²⁷³ POZZOLO, Susana. Un Constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 189.

²⁷⁴ *Ib. idem.* p. 190.

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.** Disponível em: <http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento++Ubiquidade+Constitucional.pdf>. Acesso em: 02/08/2015.

²⁷⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *op. cit.*, p. 13.

Constituição: *Verfassungskonformgesetzauslegung*; g) influência da Constituição nas relações políticas: judicialização da política²⁷⁷.

Essa mudança do perfil do Estado de Direito determinou um novo enlace entre Direito e Moral, interrompido pelo positivismo jurídico, de modo que a Constituição, com o advento do neoconstitucionalismo, não impõe ao legislador somente o respeito lógico-formal sobre suas próprias decisões, mas também o desenvolvimento das normas constitucionais e sobretudo sua efetiva aplicação²⁷⁸.

2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

2.1 O surgimento do Estado Constitucional de Direito

O quadro dramático de desigualdade e injustiça produzido pelos excessos do capitalismo selvagem, associado à progressiva universalização do direito de voto, levam à mudança do paradigma do Estado Liberal para o do Estado Social no século XX, alteração que se projetou também em função da “inflação legislativa”, que destrona a centralidade dos códigos e, ainda, em razão do holocausto nazista, o qual demonstrou que o legislador, mesmo quando eleito pelo povo, pode perpetrar ou ser cúmplice das maiores atrocidades contra a humanidade, o que acabou ascendendo o debate acerca da implementação de mecanismos de controle para a contenção dos abusos e das violações praticadas contra os direitos dos cidadãos²⁷⁹.

A doutrina nazista, à guisa de exemplo, enxergava o Direito apenas como um meio para se alcançar um fim e o fim seria a conservação de uma comunidade de seres biológica e espiritualmente homogêneos, o que significava a dissolução da originária ideia de Estado de Direito centrado no núcleo dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, ou seja, o nazismo levava somente a distinguir se o poder político se encontra ou não ligado por uma Norma que o baseie, e a colocar no mesmo saco jurídico o Estado totalitário e o Estado de Direito.²⁸⁰

De qualquer maneira, essa dissociação entre o Direito e a moral acaba por denunciar o esgotamento do modelo liberal burguês engendrado no século XVIII, o que não implicava um retorno ao jusnaturalismo, mas o surgimento de uma outra perspectiva: o neoconstitucionalismo. É nesse diapasão que, ao incorporarem em seu texto direitos fundamentais e princípios relevantes de moralidade política, as Constituições europeias do segundo pós-guerra vão de certa maneira representar o que Mauro Cappelletti chamou de “positivação do Direito Natural”²⁸¹.

O neoconstitucionalismo como ideologia apresenta diferentes níveis ou projeções, entre os quais basicamente: a) a identificação com uma filosofia política que considera o Estado Constitucional de Direito o melhor e mais justo modelo de organização política; a objeção que é feita a essa compreensão invoca a democracia e a supremacia do legislador;

²⁷⁷ GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico**: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 49-73.

²⁷⁸ POZZOLO, Susana. Op. cit. p. 192.

²⁷⁹ SARMENTO, Daniel. op. cit.

²⁸⁰ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Traduzido por Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 17-18.

²⁸¹ SARMENTO, Daniel. op. cit.

b) um segundo nível apresenta o neoconstitucionalismo como ideologia que pretende oferecer consequências metodológicas ou conceituais, em que o neoconstitucionalismo, como modelo ótimo de Estado, sustentaria uma vinculação entre o Direito e a Moral; c) uma terceira manifestação do neoconstitucionalismo ideológico tem a ver com um constitucionalismo dogmático, representando uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do Direito, advogando a adoção de um ponto de vista interno ou comprometido por parte do jurista, assim como um labor crítico e não apenas descritivo do fenômeno jurídico estudado²⁸².

No neoconstitucionalismo, como ressalta Schier, tem-se a emergência não mais de um Estado de Direito no sentido estritamente liberal do termo, mas daquilo que se conhece como Estado Constitucional fundado em premissas pós-positivistas, entre as quais (i) maior presença da constituição em detrimento da lei; (ii) maior presença do juiz em detrimento do legislador; (iii) maior participação dos princípios em detrimento das regras; (iv) mais ponderação e menos subsunção; (v) vinculação do Estado à Constituição como "limitação", mas também como "prestação" e legitimação material; (vi) maior heterogeneidade axiológica dos textos constitucionais e, logo, mais pluralismo; (vii) aproximação entre direito e moral; (viii) ênfase na substância, sem contudo abandono da forma, do procedimento e, finalmente, (ix) eixo teórico fundado na teoria da argumentação sob perspectiva do pós-positivismo²⁸³.

Com o advento do neoconstitucionalismo no século XX supera-se a visão juspositivista característica do Estado liberal, marcada outrora pelo princípio da legalidade como critério exclusivo de validade do Direito:

(...) A evolução dos sistemas constitucionais havia garantido a hegemonia dos princípios políticos e jurídicos da burguesia liberal. (...) A expressão jurídica dessa hegemonia era a lei, à qual se reconhecia superioridade frente a todos os demais atos jurídicos e também frente aos documentos constitucionais então vigentes, permanecendo um elemento de intangibilidade, mas este somente operava numa direção, contra o retorno das concepções absolutistas, inexistindo a possibilidade de impedir que a lei da burguesia avançasse. Assim, as leis, ao ocupar a posição mais alta, não tinham acima delas nenhuma regra jurídica que servisse para estabelecer-lhes limites, pelo que a lei podia juridicamente tudo, à medida que estava vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo, no qual estavam contidas as razões dos limites e da ordem, sem necessidade de prever nenhuma medida jurídica para assegurá-los: era o contexto de uma sociedade política monista, como era a sociedade liberal do século XIX, que incorporava em si as regras de sua própria ordem²⁸⁴.

Dessa maneira, a partir da metade do século XX, a maioria das novas Constituições vai incorporar mecanismos de jurisdição constitucional ou fortalecer e ampliar os já existentes, numa reestruturação das ordens jurídicas dos Estados nacionais, seja após libertarem-se do jugo de antigas colônias, seja depois da superação de ditaduras

²⁸² SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 123-124.

²⁸³ SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (ORG). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 1, 2014, p. 45-60.

²⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 31.

internas, quando então optam pela introdução ou ampliação de instrumentos de controle de constitucionalidade nos seus textos magnos, quadro em que a Constituição foi deixando de ser vista como mero repositório de conselhos para os poderes políticos ou uma mera carta de intenções políticas (perspectiva decimonónica), para se converter em norma jurídica, ideia que materializa o postulado teórico da supremacia da Constituição, o que ensejará a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do governo – seja por meio de cortes constitucionais, como no modelo kelseniano, ou através da jurisdição ordinária, como na matriz norte-americana²⁸⁵.

2.2 As diferenças entre a teoria e modelos de norma no positivismo e no pós-positivismo

De uma maneira geral, pode-se afirmar que o modelo de norma no Estado positivista está fundamentado basicamente num “modelo de regras” ou “modelo de subsunção”, em que o primado da lei e o princípio da legalidade ocupam a centralidade do ordenamento jurídico.

Bobbio ressalta que a teoria do ordenamento jurídico positivista se baseia em três caracteres fundamentais: unidade, coerência e completitude²⁸⁶, ou seja, pode-se dizer que o direito é um sistema fechado, uno, coerente e completo, que não possui lacunas, as quais são preenchidas pelos métodos de integração tradicionais (analogia, costumes, princípios gerais de direito), e que opera segundo um “modelo de regras”.

Nesse paradigma, o postulado do positivismo jurídico clássico é o princípio da legalidade, a partir do qual se exalta uma perspectiva formal do direito, que surge como elemento de limitação da atuação do Estado a fim de proteger a liberdade e a propriedade burguesas, ou seja, há uma separação entre direito e moral ou entre validade e justiça²⁸⁷.

Por sua vez, no pós-positivismo, um mesmo enunciado linguístico pode gerar normas jurídicas diferentes nos casos concretos, à medida que é possível que uma norma provenha de vários preceitos ou enunciados linguísticos (interpretação sistemática). Pode-se asseverar que o contexto do pós-positivismo caracteriza-se por ser substancialista e, como enfatiza Ávila, estrutura-se basicamente em quatro fundamentos: o normativo (“da regra ao princípio”); o metodológico (“da subsunção à ponderação”); o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”)²⁸⁸.

Nessa ordem de ideias, no cenário das Constituições do pós-guerra e também do pós-positivismo, entre as quais se inclui a Constituição de 1988, supera-se uma visão meramente positivista do Direito, baseada num modelo exclusivamente de regras, para uma perspectiva neoconstitucionalista em que coexistam regras e princípios²⁸⁹. A distinção entre regras e princípios não é, assim, uma mera distinção de grau, porquanto, no

²⁸⁵ SARMENTO, Daniel. op. cit.

²⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 198.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Junior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43.

²⁸⁸ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008.

²⁸⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. op. cit.

pós-positivismo, há uma diferença entre eles de ordem qualitativa, estrutural ou mesmo funcional. Para Canotilho, regras e princípios são normas jurídicas, de modo que a distinção entre regras e princípios é efetivamente uma distinção entre duas espécies de normas jurídicas, que se opera entre vários critérios, dentre os quais se destacam:

a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa; c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); d) *“Proximidade” da ideia de direito*: os *princípios* são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; f) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.²⁹⁰

Já para Dworkin as distinções entre regras e princípios, principalmente pela importância que essa diferenciação ganhou no domínio do neoconstitucionalismo, caracterizam-se pela presença dos seguintes critérios:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...) Um princípio (...) não pretende (nem mesmo) estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita uma decisão particular. (...) Os princípios possuem uma distinção que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. (...) As regras não têm essa dimensão. (...) Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida²⁹¹.

Porém, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios, segundo Alexy, é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes, pelo que princípios são, por conseguinte, “mandamentos de otimização”, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não

²⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1161.

²⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 39-43.

dependem somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes²⁹².

Para Alexy, as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, pois se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos; as regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, o que significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau, de modo que toda norma é ou uma regra ou um princípio²⁹³.

Já Virgílio Afonso da Silva acentua que o principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem: “no caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”²⁹⁴, o que também é afirmado por Alexy (os princípios não contêm um mandamento definitivo)²⁹⁵.

A dimensão do peso também é ressaltada por Alexy, para quem os conflitos entre regras “ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”²⁹⁶. Vale ainda ressaltar que a doutrina de Robert Alexy enfatiza a necessidade de sopesamento no caso de conflito entre princípios, estabelecendo-se aí uma relação entre a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade:

Há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade e não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e essa implica aquela; afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (...) Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, de modo que a *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico, ou seja, para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão²⁹⁷.

Mas, como observa Virgílio Afonso da Silva, a teoria de Alexy é contrariada por Frierich Müller, especialmente no que diz respeito à possibilidade de sopesamento entre normas de direitos fundamentais:

²⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

²⁹³ *Ib. id.* p. 91.

²⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 140.

²⁹⁶ ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 94.

²⁹⁷ ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 116-117.

(...) Não parece ser fácil defender, ao mesmo tempo, as teorias de Müller e Alexy, simplesmente porque ambas partem de concepções irreconciliáveis acerca da definição dos deveres *prima facie* e definitivos de cada direito fundamental. Müller defende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental é feito de antemão, por intermédio dos procedimentos e métodos de sua teoria estruturante e, principalmente, sem a necessidade de sopesamento; enquanto Alexy defende que não há decisões corretas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento.²⁹⁸

Para Müller, o sopesamento é um método irracional, uma espécie de “sugestionamento linguístico”, vinculando-se a “pré-compreensões mal-esclarecidas” e a “envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos”, cujo resultado não passaria de “mera suposição”²⁹⁹, não podendo substituir o esforço da interpretação, tampouco a concretização racional³⁰⁰. Essa busca da concretização racional da norma jurídica se opera a partir das noções de âmbito normativo e programa normativo:

No Direito Constitucional deve-se manter firme, portanto, o efeito clarificador e estabilizador do teor literal da norma como algo imprescindível no Estado de Direito, especialmente frente às pretensões da investigação tópica do Direito, isto é, tratar a norma com limites definidos pelo próprio texto, isto é, como um mero ponto de partida para a solução de um problema que pode ser ignorado em qualquer momento, como parece deixar de responder ao contexto do problema. O texto determina os limites extremos de possíveis variantes no significado. Mas além de tais limites não é lícito que os elementos do âmbito normativo, frequentemente apenas insinuados nos preceitos constitucionais mediante palavras-chave (...), convertam-se no fator decisivo da aplicação jurídica. Como não podia ser de outro modo, haverá de dizer algo distinto naqueles casos nos quais o texto resulte manifestamente incorreto ou equivocado. As distinções entre âmbito material, âmbito normativo e programa normativo, suas subordinações em cada caso concreto e o trabalho com estes conceitos estruturais não podem, em suma, nem garantir que as decisões sejam corretas nem substituir os métodos tradicionais e recentes da aplicação do Direito.³⁰¹

Além disso, conforme ressalta Virgílio Afonso da Silva³⁰², a divergência acerca do sopesamento é apenas um dos pontos incompatíveis entre Müller e Alexy, e o principal deles giraria em torno do conceito de norma jurídica, pois Alexy parte de um “conceito semântico de norma”, o que, para Müller, trata-se apenas do início do procedimento de concretização normativo, ou seja, o que para Alexy é norma, para Müller é tão-somente o que ele chama de “programa normativo”.

Apresentadas sucintamente as diversas teorias que mais se destacam no contexto do neoconstitucionalismo, é possível afirmar que no pós-positivismo convivem dois ou

²⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p.115-143.

²⁹⁹ Idem.

³⁰⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 281 e 290.

³⁰¹ MÜLLER, Friedrich. **Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

³⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p.115-143.

três modelos de normas jurídicas (lembrando apenas que, para Barcellos, há diferença entre enunciado linguístico e norma), todos eles coexistindo, um sem excluir ou afastar o outro: modelo de regras, modelo de princípios e um modelo de regras e princípios.

Partindo-se da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, é possível afirmar-se que, por meio das disposições de direitos fundamentais, podem ser estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios –, o que é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais, mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo, ou seja, as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos, pois uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos³⁰³.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo do Estado liberal burguês exsurge num primeiro instante fundado na valorização dos direitos fundamentais, um viés ideológico que, todavia, foi manipulado pela burguesia como estratégia para alcançar o poder e nele consolidar-se ao longo do século XIX e também no início do século XX.

As reivindicações dos trabalhadores, os movimentos que clamavam por maior justiça social na primeira metade do século XX, bem como a ascensão de regimes ditatoriais na Europa irão provocar uma alteração nas ordens jurídicas ocidentais, as quais passam ter como referência o ser humano e sua inerente dignidade.

Essa substancialização do direito no segundo pós-guerra caracteriza o surgimento de um novo modelo jurídico denominado “neoconstitucionalismo ou neopositivismo”, cujos elementos identificadores apontam para a supremacia da Constituição, protagonismo judicial, mais ponderação e menos subsunção, aproximação entre direito e moral, controle de constitucionalidade, entre outros.

Nesse contexto, o direito deixa de ser um sistema pautado apenas num modelo de regras ou de subsunção, e passa a ser compreendido a partir de um modelo misto de regras e princípios, em que o aporte argumentativo do intérprete ou aplicador da norma jurídica ganha maior relevância.

Esse novo modelo, mormente quando estruturado em bases principiológicas, dá margem à emergência do famigerado “decisionismo judicial”, marcado pela elevada subjetividade das decisões do juiz, o que leva doutrinadores pós-positivistas, entre eles Dworkin e Alexy, a reconhecer a necessidade de estabelecer parâmetros de racionalidade na estruturação ou otimização do sistema jurídico sob o modelo do neoconstitucionalismo.

Se a adoção de um modelo exclusivo de regras admite, por um lado, uma maior previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica na aplicação das normas jurídicas, noutro norte esse mesmo modelo pode acarretar um engessamento do direito, que pode não mais refletir os anseios sociais e as mudanças pelas quais clamam as sociedades complexas e pluralistas da contemporaneidade.

³⁰³ ALEXY, Robert. op. cit. p. 141.

Por outro lado, um modelo de normas jurídicas fundado exclusivamente em princípios, embora confira maior flexibilidade e adaptação do direito às transformações e alterações axiológicas ocorridas no seio social, também pode implicar numa elevada insegurança jurídica e transmutar-se em puro decisionismo judicial, o que pode muitas vezes engendrar decisões incoerentes e até mesmo absurdas do ponto de vista da racionalidade do direito.

Dessa forma, conclui-se que o neoconstitucionalismo é um momento do direito em que se conjugam os dois modelos de normas jurídicas acima apresentados, o de regras e o de princípios, ambos partindo de uma concepção de justiça que tem como parâmetro os valores reconhecidos na Constituição, num interagir em que se busca a construção de uma sociedade mais democrática, mais humana e comprometida com a emancipação do indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Junior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico**: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KISSINGER, Henry. **Ordem mundial**. Tradução de Cláudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

MACCHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe**. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, 1987.

POZZOLO, Susana. Un Constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. Disponível em: <http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento++Ubiquidade+Constitucional.pdf>. Acesso em: 02/08/2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (ORG). **Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 1, 2014.

SCHMITT, Carl. **La teoría de la Constitución**. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cia. s. t.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Traduzido por Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2011.

ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EM BUSCA DA SUPERAÇÃO DA DISCUSSÃO ENTRE UNIVERSALISMO E RELATIVISMO

Cristiane Farren³⁰⁴

RESUMO

O tema direitos humanos envolve várias teorias, como a das gerações dos direitos humanos, do universalismo e do relativismo, por exemplo, que são abordadas pelos doutrinadores, ora como parte do próprio desenvolvimento do pensamento dos direitos humanos, ora como alvo de críticas, que sugerem que as mesmas devem ser superadas. O presente ensaio busca salientar, inicialmente, as principais críticas às teorias tradicionais, para, então, apresentar novas perspectivas doutrinárias para a superação destas. O presente artigo visa apresentar tentativas de superação da discussão entre universalismo e relativismo. Primeiramente, analisar-se-á as críticas às visões tradicionais dos direitos humanos e, a seguir, buscar-se-á a reflexão sobre propostas de doutrinadores que enxergam os Direitos Humanos sob prismas distintos dos já previamente mencionados, propondo, inicialmente, a construção de uma teoria crítica dos direitos humanos, segundo Joaquín Herrera Flores, e, *a posteriori*, a proposta de Boaventura de Sousa Santos, que sugere um diálogo intercultural que propicie garantia de direitos e respeito mútuo entre as culturas. O tema proposto é atual e relevante na medida em que os assuntos a serem abordados sugerem respeito à integridade moral, física, intelectual e cultural de todos os seres humanos, independentemente da cultura sob qual se inserem.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Universalismo. Relativismo. Interculturalidade. Teoria Crítica.

ABSTRACT

This article presents attempts to overcome the argument between universalism and relativism. First, will be analyzing the criticism of traditional views of human rights and below, will be sought for the consideration of proposals from scholars who see human rights under different prisms of previously mentioned, proposing initially building a critical theory of human rights, according to Joaquín Herrera Flores, and, *a posteriori*, the proposed Boaventura de Sousa Santos, suggesting an intercultural dialogue that provides guarantee of rights and mutual respect between cultures.

INTRODUÇÃO

O tema direitos humanos envolve várias teorias, como a das gerações dos direitos humanos, do universalismo e do relativismo, por exemplo, que são abordadas pelos doutrinadores, ora como parte do próprio desenvolvimento do pensamento dos direitos humanos, ora como alvo de críticas, que sugerem que as mesmas devem ser superadas.

³⁰⁴ Acadêmica do Curso de Direito da UCP – Faculdades do Centro do Paraná

O presente ensaio busca salientar, inicialmente, as principais críticas às teorias tradicionais, para, então, apresentar novas perspectivas doutrinárias para a superação destas.

Para tanto, buscar-se-á a análise da construção de uma teoria crítica dos direitos humanos, de acordo com o autor espanhol Joaquin Herrera Flores e, a posteriori, a proposta da construção de um diálogo intercultural entre as diferentes culturas, a partir da visão de Boaventura de Sousa Santos.

1 CRÍTICAS INICIAIS ÀS VISÕES CLÁSSICAS DOS DIREITOS HUMANOS

Tem-se que os direitos humanos constituídos em âmbito internacional possuem sua relevância na tentativa da construção de valores universais, por vezes tentando levar em conta, também, questões relativas a cada tipo de cultura.

Ressalte-se que a Declaração de 1948, ainda hoje, constitui

[...] um marco muito importante na luta pelo processo de humanização da humanidade. Porém, não podemos ocultar que seus fundamentos ideológicos e filosóficos – quer dizer, culturais – são puramente ocidentais. Essa constatação não retira nem um pouco a importância do texto, mas nos ajuda a colocá-lo em seu contexto concreto, o qual, em momentos posteriores, pode nos servir para explicar algumas das dificuldades que encontramos para sua implementação prática. Não podemos analisar os direitos humanos de fora de seus contextos ocidentais (FLORES, 2009, p.36).

Há que se observar o conceito proposto pela Declaração sob a ótica do mundo ocidental, num panorama bastante complexo, uma vez que se busca instituir a doutrina de direitos humanos universais, muitas vezes,

[...] em face de concepções culturais que nem sequer têm em sua bagagem linguística o conceito de direito (como é o caso de inúmeras cosmologias de povos e nações indígenas). Isso gera graves conflitos de interpretação em relação aos direitos humanos que se deve saber gerir sem imposições nem colonialismos (FLORES, 2009, p. 37).

Uma das falácias do universalismo consiste justamente neste ponto, no fato de não se poder pensar em direitos humanos universais fora do mundo ocidental, ou seja, “por outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental” (SANTOS, 2009, p.13).

Pode-se destacar, por exemplo, como pressupostos ocidentais nos direitos humanos:

[...] na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única exceção do direito coletivo à autodeterminação; na prioridade concedida aos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais; e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico (SANTOS, 2009, p.14).

A própria história dos direitos humanos, no período pós Segunda Guerra, pode levar à conclusão que as “políticas de Direitos Humanos estiveram em geral a serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas” (SANTOS, 2009, p.14).

Em tentativa de despir a universalidade dos direitos humanos de seu manto ocidental, a UNESCO publicou o livro intitulado “*El Derecho de ser Hombre*”, buscando o desenvolvimento da noção de direitos humanos desde a humanidade mais remota, cujo objetivo era

[...] buscar ao longo de toda a história da humanidade vestígios, signos, rituais e crenças que servissem para afirmar as raízes universais dos direitos humanos como entidades, conceitos ou práticas que pertencem à humanidade em geral, e não apenas à cultura ocidental (FLORES, 2010 p.65).

Nesse sentido, tanto para a UNESCO como para teóricos tradicionais, os direitos humanos apareceriam como normas ancestrais e rastreáveis ao longo da história da humanidade, como se, desde sempre, fossem inerentes à condição humana (FLORES, 2010, p.65-66).

Esse pensamento levaria à crença, por exemplo, de que “por trás das barbáries que atravessava a humanidade contemporânea, subjaziam os direitos humanos como o produto privilegiado dessa condição humana rastreável desde o início de nosso processo de humanização” (FLORES, 2010, p.66).

Nesse sentido, “tanto era assim que os experimentos genocidas nazistas foram considerados uma exceção, uma cruel, trágica e horrenda colocação entre parênteses na evolução e manifestação de dita condição humana” (FLORES, 2010, p.66).

Outras exceções a este processo evolucionista, com viés jusnaturalista, que acabam por banalizar atrocidades ocorridas na história, podem ser apontadas, como por exemplo:

[...] a destruição sistemática dos sistemas produtivos, sociais e culturais das zonas colonizadas pelas metrópoles europeias desde o século XV até meados do século XX foram também um erro trágico ou não tinham nada a ver com a manifestação da condição humana? E, daí, saltamos a outra questão: não falar dos genocídios perpetrados por espanhóis, portugueses, ingleses, franceses, belgas, italianos e alemães não é outra maneira de banalizar o mal? E o fenômeno do deslocamento forçado de africanos à América para que os

européus pudessem adoçar com açúcares ultramarinos seus cafés e bolos? (FLORES, 2010, p.67).

Sob esse ponto de vista crítico, em relação a uma tentativa de explicar um desenvolvimento dos direitos humanos como se estes fossem evoluindo juntamente com a própria humanidade, tem-se que

Os contraexemplos históricos dessa condição humana que se desenvolve abstrata e transcendentalmente são tantos que nos fazem suspeitar que a maior das banalizações do mal consiste em não considerar que a verdadeira desumanização é a que impede que a maioria da humanidade tenha condições para poder fazer valer com liberdade e igualdade suas propostas, convicções e modelos de organização (FLORES, 2010, p. 68).

Neste contexto é que se poderia refutar a formulação das chamadas gerações dos direitos humanos, tendo em vista que

[...] a metáfora das gerações de direitos não é algo neutro, inocente, com efeitos meramente retóricos e/ou pedagógicos. Pelo contrário, ostenta um rol constitutivo e quase ontológico dos direitos humanos como direitos universais, [...] de uma condição humana universal e eterna que se desenvolve geracionalmente, superando continuamente as fases anteriores como se já estivessem definitivamente fundamentadas e efetivadas (FLORES, 2010, p. 68).

As gerações dos direitos humanos, na visão clássica, sendo a primeira os direitos civis e políticos, a segunda os direitos sociais, econômicos e culturais e a terceira de solidariedade e fraternidade, a quarta relacionada com o direito à informação e à democracia, (SARLET, p. 46-48), tal como foram apresentadas e desenvolvidas, são criticadas justamente por darem a impressão de que uma geração sobrevém à outra, ou mesmo a supera. Por esse motivo, há autores, como Ingo Sarlet, por exemplo, que preferem o termo “dimensão”.

Tanto um quanto outro termo podem ser criticados, pois emergem do mesmo núcleo em que os direitos humanos são divididos, postos em categorias distintas, quando, na realidade, estão interligados.

Nesse sentido,

[...] ainda que seja uma boa medida pedagógica, devemos ter cuidado no uso da famosa e corrente teoria das gerações de direitos (1ª geração: os direitos individuais; 2ª geração: os direitos sociais; 3ª geração: os direitos referentes ao meio ambiente; 4ª geração: os direitos culturais...), pois ela pressupõe uma

visão exageradamente unilateral e evolutiva da história do conceito (FLORES, 2009, p.69).

Desta feita, a concepção de gerações/dimensões de direitos humanos acaba por sugerir uma evolução histórica desses direitos, como se um surgisse após o outro. Nesse sentido, Herrera Flores leciona que essa concepção

[...] pode induzir a pensar que, do mesmo modo que as tecnologias de última geração, a atual fase ou geração de direitos já superou as fases anteriores: aparentemente os direitos de quarta geração tornaram obsoletas as velhas lutas pelos direitos civis e os direitos sociais. Basta estar atento ao que ocorre no mundo para perceber que isso não é assim e que se deve continuar lutando, cotidiana e complementariamente, por todas as gerações de direitos (FLORES, 2009, p.69).

As gerações de direitos humanos, como sugere Herrera Flores, podem sim ser utilizadas com caráter pedagógico. Todavia, devem sempre ser enfocadas sob um olhar crítico, pois seria inadmissível a crença de que uma geração supera a outra ou que elas tem de ser aplicadas isoladamente.

Pelo contrário, as gerações ou dimensões dos direitos humanos devem ser analisadas em conjunto, como, inclusive, sugerem o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966³⁰⁵.

A primeira vista, pode-se dizer que o primeiro Pacto trata de direitos de primeira geração, enquanto o segundo os de segunda geração. No entanto, no próprio preâmbulo de ambos os documentos, há a confirmação de que os direitos humanos, para serem alcançados de forma plena, devem garantir às condições que permitam a todo ser humano o gozo de seus direitos civis e políticos, bem como os econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido, tem-se que as gerações dos direitos humanos, longe de distinguirem classes de direitos, devem ser encaradas como interdependentes, ou seja, um mesmo direito pode pertencer a mais de uma dimensão, ao mesmo passo que a garantia de um direito de segunda geração pode vir antes de um de primeira.

³⁰⁵ O preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos apresenta: “o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado e menos que se criem às condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais”. Enquanto o preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais expressa: “O ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”.

2 A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 Direitos Humanos na Atualidade e a Construção Da Teoria Crítica

O cenário mundial, atualmente, não é o mesmo no qual se iniciaram os debates internacionais dos direitos humanos

Se há quatro décadas o Estado controlava as consequências do mercado (poluição, destruição do patrimônio histórico-artístico, etc.) aplicando medidas interventoras, na atualidade é o mercado que impõe as regras aos Estados por meio de instituições globais como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e, sobretudo, a Organização Mundial do Comércio. [...] Em definitivo, entramos num contexto em que a extensão e a generalização do mercado – que se proclama falaciosamente como “livre” – fazem com que os direitos comecem a ser considerados como “custos sociais” das empresas, que devem suprimi-los em nome da competitividade (FLORES, 2009, p.24-25).

Como ressalta Joaquin Herrera Flores, os direitos humanos são “o principal desafio para a humanidade nos primórdios do século XXI” (FLORES, 2008, p.15), tendo em vista as transformações tecnológicas, a globalização e o desenvolvimento do capitalismo no mundo, que deixam o cenário mundial muito longe do que se espera quando se fala em direitos humanos. Por exemplo:

Para a Organização Mundial de Saúde, a pobreza é a principal causa mortis do mundo na atualidade. Dissemina sua influência destrutiva desde os primeiros estágios da vida humana, do momento da concepção ao momento da morte. As assimetrias globais revelam que a renda dos 1% mais ricos supera a renda dos 57% mais pobres na esfera mundial e que os 15% mais ricos concentram 85% da renda mundial, enquanto que 85% mais pobres concentram 15% da renda mundial (PIOVESAN, 2009, p.14).

Pois bem, normas são normas e pouco servem se não produzirem efeitos. Eis uma crítica que pode ser direcionada ao normativismo internacional dos direitos humanos:

[...] apesar da enorme importância das normas que buscam garantir a efetividade dos direitos no âmbito internacional, os direitos não podem reduzir-se às normas. Tal redução supõe, em primeiro lugar, uma falsa concepção da natureza do jurídico e, em segundo lugar, uma tautologia lógica de graves consequências sociais, econômicas, culturais e políticas (FLORES, 2009, p.17).

Há que se encarar o fato de que

[...] se os direitos humanos não são um dado, mas um construído, enfatiza-se que as violações a estes direitos também o são. Isto é, as exclusões, as discriminações, as desigualdades, as intolerâncias e as injustiças são um construído histórico, a ser urgentemente desconstruído. Há que se assumir o risco de romper com a cultura da “naturalização” da desigualdade e da exclusão social, que, enquanto construídos históricos, não compõem de forma inexorável o destino da humanidade. Há que se enfrentar essas amarras, mutiladoras do protagonismo, da cidadania e da dignidade de seres humanos (PIOVESAN, 2009, p. 14-15).

O direito em si, seja nacional ou internacional, é “uma técnica procedimental que estabelece formas para ter acesso aos bens por parte da sociedade” (FLORES, 2009, p.18). Esses métodos não são neutros, pelo contrário,

Os sistemas de valores dominantes e os processos de divisão do fazer humano (que colocam indivíduos e grupos em situações de desigualdade em relação a tais acessos) impõem “condições” às normas jurídicas, sacralizando ou deslegitimando as posições que uns e outros ocupam nos sistemas sociais (FLORES, 2009, p.18).

Nesse sentido, o próprio “direito” dos direitos humanos constitui uma técnica, dentre muitas outras, que

[...] na hora de garantir o resultado das lutas e interesses sociais e, como tal, não pode se afastar das ideologias e das expectativas dos que controlam seu funcionamento tanto no âmbito nacional como no âmbito internacional. Certamente, cabe um uso alternativo do jurídico que o interprete ou o aplique em função dos interesses e expectativas das maiorias sociais (FLORES, 2009, p.18)

Todavia, de acordo com Herrera Flores, essa aplicação dos direitos humanos para as maiorias sociais, que constitui uma perspectiva emancipatória dos direitos humanos, deve ter um impulsionamento de cima – dos partidos políticos – mas, sobre tudo, de baixo – com movimentos sociais, organizações não governamentais, sindicatos, etc – fazendo com que o direito funcione mais próximo às realidades sociais.

É neste contexto que a teoria crítica dos direitos humanos encontraria seu cerne, como Flávia Piovesan explica: “a teoria crítica dos direitos humanos demanda nova perspectiva, contextualizada em práticas sociais emancipatórias, sendo os direitos vistos como resultados provisórios de lutas sociais por dignidade” (PIOVESAN, 2009, p.14).

Essa teoria crítica baseia-se na reflexão sobre “o que são” e o que “significam” os direitos humanos. Para Herrera Flores, os direitos humanos como concebidos pelas teorias clássicas, são apenas o direito a ter direitos, como explica:

A ideia que inunda todo o discurso tradicional reside na seguinte fórmula: o conteúdo básico dos direitos é o “direito a ter direitos”. Quantos direitos! E os bens que tais direitos devem garantir? E as condições materiais para exigí-los ou colocá-los em prática? E as lutas sociais que devem ser colocadas em prática para poder garantir um acesso mais justo a uma vida digna? [...] essa lógica nos faz pensar que temos os direitos mesmo antes de ter as capacidades e as condições adequadas para poder exercê-los. Desse modo, as pessoas que lutam por eles acabam desencantadas, pois, apesar de nos dizerem que temos direitos, a imensa maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para isso (FLORES, 2009, p. 27).

Sob essa perspectiva, os direitos humanos não devem ser encarados como aquelas normas positivadas em cenário internacional, mas sim como processos, como o resultado “sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida” (FLORES, 2009, p.28).

Quer dizer, ao lutar por ter acesso aos bens, os atores e atrizes sociais que se comprometem com os direitos humanos colocam em funcionamento práticas sociais dirigidas a nos dotar, todas e todos, de meios e instrumentos –políticos, sociais, econômicos, culturais ou jurídicos – que nos possibilitem construir as condições materiais e imateriais necessárias para poder viver (FLORES, 2009, p.28).

Em relação ao acesso aos bens jurídicos que podem propiciar a existência da dignidade humana e, conseqüentemente dos direitos humanos, tem-se que está inserido em um amplo processo “que faz com que uns tenham mais facilidade para obtê-los e que a outros seja mais difícil ou, até mesmo, impossível de obter” (FLORES, 2009, p.29).

Nesse sentido, “começamos a lutar pelos direitos, porque consideramos injustos e desiguais tais processos de divisão do fazer humano. Para tanto, todas e todos precisamos dispor de condições materiais – e imateriais – concretas que permitam o acesso aos bens necessários para a existência” (FLORES, 2009, p.30).

Mais do que necessários apenas para a existência, deve-se ter em foco os bens necessários à dignidade da pessoa humana:

Entenda-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado “a priori” por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação (FLORES, 2009, p.31).

Tem-se, pois, após esses apontamentos, que a nova teoria proposta por Joaquín Herrera Flores tem por base não o direito a ter direitos, mas sim o conjunto de lutas sociais que haverão de ser reconhecidas e garantidas por leis e políticas públicas que garantam o acesso à dignidade.

2.2 A Construção de uma Visão Intercultural por Joaquín Herrera Flores

Para se construir uma nova abordagem dos direitos humanos, que os coloque em situação mais contundente com a realidade, faz-se ressaltar algumas premissas em relação ao universalismo, ao relativismo e algumas abordagens multiculturais.

O multiculturalismo tradicional acaba por não trazer respostas adequadas aos problemas atuais, uma vez que

[...] a cultura não é uma entidade alheia ou separada das estratégias de ação social; ao contrário, é uma resposta, uma reação à forma como vão se constituindo e se desdobrando as relações sociais, econômicas e políticas em um tempo e um espaço determinados (FLORES, 2009, p.148).

Destaca-se, por um lado, as propostas multiculturalistas tradicionais “que tendem a desprezar as diferenças e que defendem que cada um procure melhorar suas próprias condições de vida, à margem das situações de desigualdade tanto no ponto de partida como no percurso vital” (FLORES, 2009, p.148).

Por outro lado, têm-se as propostas multiculturalistas liberais que, por sua vez,

[...] também são insuficientes, tanto que se contentam com políticas de ação afirmativa ou discriminação positiva que aproximem, o máximo possível, os diferentes (não os desiguais, mesmo que na maioria dos casos uma classe leva à outra) ao padrão-ouro do que se considera o normal (FLORES, 2009, p.149).

Pode-se ressaltar, ainda, do mesmo modo, “as posições multiculturalistas holistas ou, em outras palavras, nativistas ou localistas, também não acrescentam muito ao nosso debate dada a sua radicalidade na defesa de identidades locais ou parâmetros religiosos totalitários” (FLORES, 2009, p.149).

De modo geral, pode-se resumir as grandes discussões contemporâneas no trato com os direitos humanos em duas visões, a saber:

Em primeiro lugar, uma visão abstrata, vazia de conteúdos e referências com relação às circunstâncias reais das pessoas e centrada em torno da concepção ocidental de direito e do valor da identidade. Em segundo lugar, uma visão localista na qual prevalece o próprio, o nosso com respeito ao dos outros e centrada em torno da ideia particular de cultura e do valor da diferença. Cada uma dessas visões dos direitos propõe um determinado tipo de racionalidade e uma versão de como colocá-los em prática (FLORES, 2009, p.150).

Dessa premissa, constata-se que o embate entre universalismo e relativismo possui grande importância ainda no cenário atual:

[...] ambas as visões possuem razões de peso para serem defendidas. O direito, visto desde sua aparente neutralidade, pretende garantir a “todos” e, não apenas a uns frente a outros, um marco de convivência comum. A cultura, vista desde seu aparente encerramento local, pretende garantir a sobrevivência de alguns símbolos, de uma forma de conhecimento e de valoração que orientem a ação do grupo para os fins preferidos por seus membros (FLORES, 2009, p.49-150).

Embora ressalte-se a importância dessas teorias, o problema em relação às mesmas emerge quando uma quer ser mais relevante que a outra, uma vez que “nem o direito, garantidor da identidade comum, é neutro; nem a cultura, garantidora da diferença, é algo fechado” (FLORES, 2009, p.150).

Há que se buscar uma abordagem da visão universal e local conjuntamente, não exaltando e não banalizando uma ou outra. O importante, no cenário atual, “seria construir uma cultura dos direitos que acolha em seu seio a universalidade das garantias e o respeito pelo diferente” (FLORES, 2009, p.150).

Para construir essa visão complexa dos direitos humanos, tendo em vista que as teorias tradicionais recortam, do todo, um ponto central, seria necessário partir justamente das periferias, que são muitas, para então se chegar a esse centro.

Por essa razão, a visão complexa dos direitos aposta em nos situarmos na periferia. Só existe um centro, e o que não coincide com ele é abandonado à marginalidade. Periferias, entretanto, existem muitas. Na verdade tudo é periferia, se aceitamos que não há nada puro e que tudo está relacionado (FLORES, 2009, p. 151).

Joaquin Herrera Flores leciona que

Ver o mundo a partir de um suposto centro pressupõe entender a realidade material como algo inerte, passivo; algo ao que se terá de dar forma a partir de um raciocínio que lhe é alheio. Ver o mundo desde a periferia, implica reconhecer que mantemos relações que nos mantêm amarrados tanto interna quanto externamente a tudo e a todos (FLORES, 2009, p.151)

Para o autor, deve-se chegar a uma racionalidade que não negue a importância do universal e do regional e nem mesmo os coloque em pedestais. Propõe-se não uma visão universalista, relativista ou mesmo multicultural nos moldes clássicos, mas sim um enfoque intercultural.

Toda prática cultural é, em primeiro lugar, um sistema de superposições entrelaçadas, não meramente sobrepostas. Esse entrecruzamento nos conduz a uma prática dos direitos que estão inseridos em seus contextos, vinculados aos espaços e às possibilidades de luta pela hegemonia e em estreita conexão com outras formas culturais, de vida, de ação, etc. Em segundo lugar, nos induz a uma prática social nômade que não procura impor “pontos finais” ao extenso e plural conjunto de interpretações e narrações humanas. Uma prática que nos discipline na atitude de mobilidade intelectual absolutamente necessária em uma época de institucionalização, arregimentação e cooptação globais. Por último, caminharíamos para uma prática social híbrida³⁰⁶ (FLORES, 2009, p.160)

Os direitos humanos, nesse sentido, necessitam de uma visão que supere a discussão universalismo/relativismo, uma vez que

[...] os direitos humanos não são unicamente declarações textuais. Também não são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, nos permitindo abrir espaços de luta e de reivindicação. São processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta pela dignidade humana (FLORES, 2009, p.163).

Sente-se a necessidade de um novo enfoque, que respeite o pressuposto de que os direitos humanos não podem ser primeiramente convencionados e depois impostos às sociedades como sugere o universalismo, tampouco se deve admitir que emergem prontos e acabados a partir de cada cultura, como previsto pelo relativismo. O que se busca, por meio de uma teoria crítica, é compreender e aceitar a premissa que são as diferentes lutas pelo acesso aos bens que possibilitam alcançar uma vida digna que constroem os direitos humanos.

3 O DESAFIO DA INTERCULTURALIDADE SEGUNDO BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

3.1 O Contexto da(s) Globalização(es)

Para Boaventura de Sousa Santos, a tendenciosa expansão mundial do tema direitos humanos é possibilitada por meio da globalização, que pode ser entendida como o “processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a

³⁰⁶ De acordo com Joaquín Herrera Flores, “nada é hoje “puramente” uma só coisa pois, [...] necessitamos de uma prática híbrida e antissistêmica que possa construir discontinuidades renovadas e quase lúdicas, carregadas de impurezas intelectuais e seculares: gêneros mesclados, combinações inesperadas de tradição e novidade, experiências políticas apoiadas em comunidades de esforço e interpretação (no sentido mais amplo da palavra), mais que em classes e corporações de poder, posse e apropriação” (FLORES, 2009, p.160).

todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival” (SANTOS, 2009, p.12).

No intuito de melhor explicar o tema, o autor sugere que existe mais de uma globalização. Santos aponta algumas formas, as quais denomina “globalismo localizado”, “localismo globalizado”, “cosmopolitismo” e o que envolve temas sobre o “patrimônio comum da humanidade” (SANTOS, 2009, p. 12-13).

Sobre o localismo globalizado, este

[...] consiste no processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso, seja a atividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em língua franca, a globalização do *fast food* americano ou da sua música popular (SANTOS, 2009, p.12).

Em relação ao globalismo localizado proposto por Santos, tem-se “o impacto específico de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais”, como por exemplo:

[...] desflorestamento e destruição maciça dos recursos naturais para pagamento da dívida externa; tesouros históricos, lugares ou cerimônias religiosos, artesanato e vida selvagem postos à disposição da indústria global do turismo; “compra” pelos países do Terceiro Mundo de lixos tóxicos produzidos nos países capitalistas centrais para gerar divisas externas; conversão da agricultura de subsistência em agricultura para exportação como parte do “ajustamento estrutural”; alterações legislativas e políticas impostas pelos países centrais ou pelas agências multilaterais que eles controlam; uso de mão de obra local por parte de empresas multinacionais sem qualquer respeito por parâmetros mínimos de trabalho (SANTOS, 2009, p.12).

A terceira forma de globalização, denominada cosmopolitismo, pode ser entendida como o

[...] conjunto muito vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que partilham a luta contra a exclusão e a discriminação sociais e a destruição ambiental produzidas pelos localismos globalizados e pelos globalismos localizados, recorrendo a articulações transnacionais tornadas possíveis pela revolução das tecnologias de informação e de comunicação [...] (SANTOS, 2009, p. 13).

Como exemplo de situações que envolvem o cosmopolitismo, pode-se citar “[...] redes transnacionais de lutas ecológicas, pelos direitos da mulher, pelos direitos dos povos indígenas, pelos Direitos Humanos em geral; solidariedade anticapitalista entre o Norte e o Sul” (SANTOS, 2009, p.13).

Boaventura de Sousa Santos, esclarece, ainda, sobre o cosmopolitismo que “[...] cosmopolitismo é a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica. O cosmopolitismo que defendo é o cosmopolitismo do subalterno em luta contra a sua subalternização” (SANTOS, 2009, p. 13).

Já a quarta globalização envolve temas de interesse humano de forma global, ou seja, temas próprios do Direito Internacional, quando se fala em patrimônio comum da humanidade. “Trata-se de temas como a sustentabilidade da vida humana na Terra, por exemplo, ou temas ambientais como a proteção da camada de ozônio, a preservação da Antártica, da biodiversidade ou dos fundos marinhos”, podendo-se citar, ainda, “[...] a exploração do espaço, da Lua e de outros planetas, dadas as interações globais, físicas e simbólicas, entre eles e o planeta Terra” (SANTOS, 2009, p.13).

Em face desta apresentação de diferentes tipos de globalização, ressalta o autor que “é fundamental distinguir entre globalização de cima-para-baixo e globalização de-baixo-para-cima, entre globalização neoliberal e globalização solidária ou entre globalização hegemônica e globalização contra-hegemônica” (SANTOS, 2009, p.13).

Desta feita, localismos globalizados e globalismos localizados seriam “a globalização de-cima-para-baixo, neoliberal ou hegemônica”, enquanto “o cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade são a globalização de-baixo-para-cima, solidária ou contra-hegemônica” (SANTOS, 2009, p.13).

Cabe aqui salientar que o autor busca encontrar as especificidades culturais que possam permitir que os direitos humanos se concretizem enquanto globalização contra-hegemônica, ou seja, que envolvam o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade.

3.2 A Interculturalidade a partir da Hermenêutica Diatópica

A hermenêutica diatópica, proposta por Boaventura de Sousa Santos, baseia-se na ideia de que os *topoi*³⁰⁷ “de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem” (SANTOS, 2009, p. 15).

A incompletude de que se fala não pode ser vista de dentro das próprias culturas, uma vez que cada uma tende a se aceitar como completa. A hermenêutica proposta não busca completar essas culturas, mas sim “ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua, por meio de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra” (SANTOS, 2009, p. 15).

³⁰⁷ Pode-se “[...] compreender *topoi* como lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura, que funcionam como premissas e argumentação que, por sua evidência, não se discutem e tornam possíveis a produção e a troca de argumentos”. Por entender que a compreensão de “determinada cultura a partir dos *topoi* de outra cultura é tarefa muito difícil”, o autor propõe uma hermenêutica diatópica (SANTOS, 2009, p. 15).

Para explicar melhor, Santos cita como exemplo as culturas ocidental, hindu e islâmica. Em outros termos, “um exemplo de hermenêutica diatópica é a que pode ter lugar entre o *topos* dos Direitos Humanos na cultura ocidental, o *topos* do *dharma* na cultura hindu e o *topos* da *umma* na cultura islâmica” (SANTOS, 2009, p. 15).

O que o autor propõe é a análise de uma cultura por outra, como se segue:

vista a partir do *dharma*, a concepção ocidental dos Direitos Humanos está contaminada por uma simetria muito simplista e mecanicista entre direitos e deveres. Apenas garante direitos àqueles a quem pode exigir deveres. Por outro lado e inversamente, visto a partir do *topos* dos Direitos Humanos, o *dharma* também é incompleto, dado o seu enviesamento fortemente não dialético a favor da harmonia, ocultando, assim, injustiças e negligenciando totalmente o valor do conflito como caminho para uma harmonia mais rica. Além disso, o *dharma* não está preocupado com os princípios da ordem democrática, com a liberdade e a autonomia, e tende a esquecer que o sofrimento humano possui uma dimensão individual irredutível: não são as sociedades que sofrem, mas sim os indivíduos (SANTOS, 2009, p.15).

No que diz respeito à relação entre os direitos humanos ocidentais e o *topos* da *umma* na cultura islâmica, tem-se que

[...] vista a partir do *topos* da *umma*, a incompletude dos Direitos Humanos individuais reside no fato de, com base neles, ser impossível fundar os laços e as solidariedades coletivas, sem as quais nenhuma sociedade pode sobreviver, e muito menos prosperar. A dificuldade da concepção ocidental de Direitos Humanos em aceitar direitos coletivos de grupos sociais ou povos é um exemplo específico de uma dificuldade muito mais ampla: a dificuldade em definir a comunidade como arena de solidariedades concretas, campo político dominado por uma obrigação política horizontal (SANTOS, 2009, p.15-16).

Já, sob a visão ocidental, a *umma* islâmica “sublinha demasiadamente os deveres em detrimento dos direitos e por isso tende a perdoar desigualdades que seriam de outro modo inadmissíveis, como a desigualdade entre homens e mulheres ou entre muçulmanos e não muçulmanos” (SANTOS, 2009, p.16).

A hermenêutica diatópica discutida implica, pois, no reconhecimento de incompletudes mútuas entre as diferentes culturas, propondo-se então um diálogo intercultural (SANTOS, 2009, p.16).

Por mais que se vislumbre a possibilidade desse diálogo intercultural, há também que se reconhecer as dificuldades existentes para sua prática. Uma delas refere-se ao fato de que uma sociedade antes dominada por outra, como no caso do colonialismo moderno, por exemplo, pode não se sentir a vontade para admitir que sua cultura seja incompleta e, assim, abrir brechas para nova sujeição, como explica Sousa Santos:

O dilema cultural que se levanta é o seguinte: dado que, no passado, a cultura dominante tornou impronunciáveis algumas das aspirações à dignidade humana por parte da cultura subordinada, será agora possível pronunciá-las no diálogo intercultural sem, ao fazê-lo, justificar e mesmo reforçar a subordinação? (SANTOS, 2009, p.17).

Eis um dilema da interculturalidade, pois, por mais que seu caráter seja emancipatório, propor a ideia de incompletude às sociedades historicamente massacradas, como os povos nativos das Américas, Austrália, África, dentre outras, chega a ser um exercício macabro (SANTOS, 2009, p.17).

Em suma, como sugere Sousa Santos,

o dilema da completude cultural pode ser assim formulado: se uma cultura se considera inabalavelmente completa, então não terá nenhum interesse em envolver-se em diálogos interculturais; se, pelo contrário, admite, como hipótese, a incompletude que outras culturas lhe atribuem e aceita o diálogo, perde confiança cultural, torna-se vulnerável e corre o risco de ser objeto de conquista (SANTOS, 2009, p.17).

Pode-se perceber, portanto, um duplo dilema, um em relação à completude, em que uma cultura que se considere completa não teria porque se envolver no diálogo com outras culturas, e o outro em relação às culturas que se, se considerarem incompletas, correm o risco de serem subordinadas.

Mesmo diante de tais impasses, Boaventura de Sousa Santos leciona que estes dilemas devem ser superados, elencando algumas orientações de como a interculturalidade pode se tornar uma ferramenta na efetivação dos direitos humanos.

A primeira constatação a ser feita é que, a partir do momento em que o indivíduo se frustra ou está descontente com sua cultura, surge uma curiosidade sobre outras culturas (SANTOS, 2009, p.17).

Outra constatação é de que cada cultura possui uma pluralidade de visões internas, das quais se deve eger a mais ampla, no que diz respeito ao reconhecimento do outro, para compor o diálogo intercultural (SANTOS, 2009, p.18).

O terceiro item a ser considerado dispõe sobre o momento em que cada sociedade deve se abrir para o diálogo proposto.

A cultura ocidental, durante séculos, não teve qualquer disponibilidade para diálogos interculturais mutuamente acordados e agora, ao ser atravessada por uma consciência difusa de incompletude, tende a crer que todas as outras culturas estão igualmente disponíveis para reconhecer a sua incompletude e, mais do que isso, ansiosas para se envolver em diálogos interculturais com o Ocidente (SANTOS, 2009, p.18).

Assim, para não se correr o risco de novas imposições ocidentais, deve-se possibilitar às sociedades a decisão do momento em que se julgam propícias a participar desse diálogo.

A parceria e o acordo mútuo é outro ponto a ser considerado, “talvez a condição mais exigente da hermenêutica diatópica seja a ideia de que tanto os parceiros como os temas do diálogo devem resultar de acordos mútuos” (SANTOS, 2009, p. 18)

A última consideração, que Boaventura de Sousa Santos aponta para a concretização de um diálogo intercultural, é sobre o respeito à igualdade e à diferença. Em outras palavras, pressupõe-se que o princípio da igualdade andar lado a lado com o princípio do reconhecimento da diferença (SANTOS, 2009, p.18).

Percebe-se, diante do exposto, que por mais que haja dificuldades quanto à concretização do diálogo intercultural dos direitos humanos, esta hipótese elaborada por Boaventura de Sousa Santos é bastante relevante para o desenvolvimento dos direitos humanos e para a superação da discussão entre universalismo e relativismo.

CONCLUSÃO

O embate entre universalismo e relativismo se fez necessário para que a reflexão do quanto um ou outro, quando levado ao extremo, poderia ser prejudicial. Ora, universalizar, sem levar em consideração as particularidades de cada cultura, seria o mesmo que colonizar, ao passo em que relativizar, sem a preocupação com garantias essenciais à dignidade humana, seria como incentivar genocídios e injustiças sociais e raciais que ocorrem sob o manto do respeito à diversidade cultural.

Na tentativa da superação do embate universalismo/relativismo, alguns autores, como Joaquín Herrera Flores e Boaventura de Sousa Santos, propõem novas reflexões acerca dos direitos humanos.

Busca-se encontrar um denominador comum, um caminho que leve às garantias essenciais à dignidade da pessoa humana, sendo por meio de lutas sociais ou diálogos interculturais, ao mesmo passo em que se fortaleça o respeito a cada cultura.

Diante do exposto, conclui-se que, por mais utópico que possa parecer, a superação da discussão universalismo/relativismo e o consequente aprimoramento de uma teoria que, de forma concreta, possa colocar em prática o respeito às culturas e, concomitantemente, fornecer as garantias gerais que possibilitem o alcance da dignidade da pessoa humana (seja esta qual for tendo em vista os distintos valores culturais) é imprescindível para que os direitos humanos possam, efetivamente, ser assim chamados.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente. Universalismo, Multiculturalismo e Direitos Humanos. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (orgs). **Direitos Humanos no Século XXI**. Disponível em: http://www.nevusp.org/downloads/down182_1.pdf. Acesso em 30 de março de 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos Direitos Humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____. **Teoria crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 08 out. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=535&IID=4>. Acesso em 18 jun. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em 18 de jun. de 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cad. Pesqui.**, São Paulo, v. 35, n. 124, abr. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004&lng=pt&nrm=iso. acesso em 01 nov. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade**. In: Revista Direitos Humanos. Junho/2009. Disponível em: <http://www.boaventurade>

sousasantos.pt/media/Direitos%20Humanos_Revista%20Direitos%20Humanos2009.pdf. Acesso em 10 dez. 2014.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Os direitos humanos na zona de contacto entre globalizações rivais. **Cronos**, Natal-RN, v. 8, n. 1, p. 23-40, jan./jun. 2007. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Direitos%20humanos%20globaliza%C3%A7%C3%B5es%20rivais_Cronos2007.pdf. Acesso em 15 fev. 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

JUDICIAL REVIEW E A LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Rodrigo Cordeiro Teixeira
Jane Silva

RESUMO

Conquanto o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos seja de pacífico deslinde dentro das Cartas Constitucionais da atualidade, muito da dogmática jurídica se divergiu acerca de sua legitimidade dentro de um contexto de soberania democrática, orientada por valores ligados à independência, autonomia e harmonia entre poderes politicamente instituídos, num quadro em que pretensamente o judiciário viria alçado à posição de discutida preponderância sob a égide da vinculação de suas sentenças (muitas das quais responsáveis por declarar a nulidade – e por consequência extirpar do ordenamento jurídico – atos editados pelo Parlamento e pelo Presidente da República). Desta forma, propomos-nos ao debate de questões tais buscando no constitucionalismo norte-americano as premissas que orientaram esse movimento que não apenas dá aos juízes a competência para julgar leis, mas, sobretudo, que assegura o caráter vinculante e escalonado da jurisdição constitucional.

Palavras-chaves: Controle de Constitucionalidade. Constitucionalismo Norte-Americano. Separação de Poderes.

ABSTRACT

Although the control of the constitutionality of laws and normative acts is a clear demarcation within the Constitutional Letters of today, much of legal dogmatism has diverged about its legitimacy within a context of democratic sovereignty, guided by values linked to independence, autonomy and harmony between politically established powers, within a framework in which the judiciary was allegedly elevated to the position of disputed preponderance under the aegis of binding its judgments (many of which are responsible for declaring nullity - and consequently extirpating from the legal order - acts edited by Parliament and President). In this way, we propose to debate such questions as seeking in US constitutionalism the premises that have guided this movement, which not only gives judges the competence to judge laws but, above all, that ensures the binding and staggered character of constitutional jurisdiction.

Keywords: Control of Constitutionality. US Constitutionalism. Separation of Powers

1. INTRODUÇÃO. 2. CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO E A PROBLEMÁTICA DAS FACÇÕES. 3. JUDICIAL REVIEW: UM SISTEMA DE PRECAUÇÃO ACESSÓRIA. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Conquanto pretensamente pacífica a ideia de divisão entre os poderes do Estado como a salvaguarda de sua soberania harmoniosa – e como garantia das instituições

republicanas no exercício de suas atividades com independência e autonomia – é certo que a questão jamais se vira livre dos espinhos que atormentam a experiência política como um todo histórico conturbado por si só.

Montesquieu bem pudera ter acreditado que sua obstinada apreensão de Estado seria o pressuposto de validade ideal para uma sólida organização estatal democrática (levando-se em conta a autenticidade de suas ideias), mas a prova ocupou-se em demonstrar que nem em todos os aspectos a premissa era verdadeira, principalmente porque a unicidade limítrofe de atuações institucionais se revelou de pronto insuficiente para dar guarida às próprias deficiências, constatadas exclusivamente (e por certo que não haveria por ser diferente) pela própria e direta experiência republicana.

Entretanto, se foi na Revolução Francesa que *l'espirit des lois* fora erigida monumentalmente às estrelas da democracia, é na construção do constitucionalismo norte-americano que suas principais implicações foram debatidas. Longe dos humores efervescentes de uma revolução apaixonada, vinha a nação ideal das Américas a ser construída a partir de um sonho progressista iluminado pelas luzes do novo mundo, dedicada não a requerer a violência de um rompimento político, mas sim, a dar à luz ao que mais puramente democrático pudesse ser³⁰⁸, num processo cuidadosamente reportado na série de 85 artigos conhecida pela dicção d'*O Federalista*, responsável pela argumentação constitucional dos Estados Unidos que se prestava, assim, a ser uma República Federativa *essencial*.

É graças a essa documentação literária do constitucionalismo norte-americano que podemos encontrar, hoje, as bases nas quais a tradição da revisão judicial de leis e atos normativos fora estabelecida, naquele contexto para o mundo (inclusive no Brasil, onde a incorporação do controle constitucional de leis viera dado já na primeira Constituição Republicana, em 1891), sem que se tivesse perdido de vista todas as consequências – ainda que meramente propedêuticas – de se atribuir a um poder regularmente constituído a competência de rever os atos de outro, sem prejuízo da coexistência independente e soberana de cada um deles.

Desta forma, assumindo como ponto de partida os diálogos protagonizados por Publius³⁰⁹ na série de argumentações pré-constitucionais que deram legitimidade à Teoria Constitucional Norte-Americana, trataremos de analisar – de maneira sucinta ante a amplitude do assunto e os diversos desdobramentos teóricos do mesmo – as bases desse fenômeno e a estratégia política hasteada na neutralização das chamadas *facções* – que fora empreendida como forma de se evitar opressões políticas resultantes da problemática da representatividade assoberbada de classes extremistas – e, finalmente, na técnica da *judicial review*, considerando todos os dilemas que lhe são opostos pela experiência jurídica contemporânea.

2. CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO E A PROBLEMÁTICA DAS FACÇÕES

³⁰⁸ Não significa dizer que não se pretendesse romper com uma estrutura política anterior – o que em qualquer processo revolucionário fulgura como pressuposto – mas sim, que tão logo conquistada o distanciamento das colônias norte-americanas do imperialismo inglês, muito mais empenho se voltou a construção de uma República Democrática idealmente progressista. Isso porque ainda que a presença ofensiva da pioneira europeia ainda se fizesse presente em solo americano, o espírito do povo já se havia incorporado a identidade da terra do novo mundo e pretendia, sem medo, a consolidação de um Estado Federado.

³⁰⁹ Pseudônimo empregado por Alexander Hamilton, James Madison e John May durante a redação de “O Federalista”.

Se todo movimento revolucionário baseado na ruptura venha idealmente concebido dentro de um parâmetro de inovação e criatividade política, sem qualquer dúvida a fundação dos Estados Unidos reclama para si as insígnias da vanguarda em preceder o velho mundo na melhor releitura que poderia ser dada à República outrora experimentada na Grécia, vindo agora em perspectivas macrossômicas que, além de atender às especificidades da demanda norte-americana, se prestava a estabelecer valores não necessariamente vividos na *polis*. Isso porque apesar de em muitos momentos ter sido o modelo democrático preservado na experiência grega, aquelas “micro-organizações políticas eram notoriamente instáveis e constantemente se degeneravam em decorrência de rebeliões e do despotismo conforme cada grupo tentava conquistar o poder oprimindo os demais”³¹⁰. Não se pretendia reciclar conceitos e institutos vigentes em quaisquer nações da época ou do passado, mas sim, buscar a inspiração na dialética política clássica (e na então contemporânea), afim de que se encontrasse um parâmetro filosófico e funcional para a realidade federativa que se pretendia estabelecer nos Estados Unidos.

Apesar de as três vozes por trás do Publius não soarem sempre uníssonas (divergindo em boa parte de suas ponderações), é evidente que labutavam juntas no empenho comum de conceber um modelo absolutamente exclusivo “de uma ordem política aberta pela Revolução Americana”³¹¹, responsável não por articular a permanência da organização política instituída, mas sim, “substituir a Confederação pelo Federalismo, criando assim, uma nova forma de governo ainda não experimentada por nenhuma nação”³¹².

Entretanto, se a soberania que se pretendesse exaltar pela revolução democrática daquele contexto estava fincada na premissa de soberania popular (em que o poder haure do povo e sobre ele se faz), ela não parecia necessariamente pacífica quando problematizada ao nível das facções³¹³. Distantes de uma concórdia deontológica capaz de consolidar dada linearidade política constante, era o povo norte-americano estruturado a partir de uma amálgama de paixões e interesses egoístas e quase sempre divergentes entre si, dando lugar a uma razoada preocupação “num dos grandes riscos enunciados à época: o risco da tirania das majorias, manifesto com particular gravidade nos anos prévios à Constituição”³¹⁴.

A solução encontrada pelo coletivo Publius era, então, a preservação das instituições representativas, capazes de permitir:

[...] estabelecer um regime compreendido por milhões de pessoas, de diferentes religiões e interesses econômicos. Embora cada interesse utilize abertamente o poder político para subordinar os demais, a sua multiplicidade permite ao arquiteto constitucional construir um novo tipo de liberdade individual. Em vez de suprimir as facções arcando com o custo da perda da liberdade individual, podemos neutralizar as suas consequências mais nocivas contrapondo os grupos de interesses específicos, uns em oposição aos outros³¹⁵.

³¹⁰ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13.

³¹¹ Idem, p. 5.

³¹² MORAIS, Job Duarte; et. al. “O Federalista”: gênese de uma nova forma de governo. P. 77

³¹³ Grupos estruturados com base em paixões ou interesses egoístas que, em períodos de normalidade política, se pretendia utilizar o poder estatal às custas dos direitos de outros cidadãos e dos interesses permanentes da sociedade.

³¹⁴ GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois. En publicacion: Filosofia política moderada. De Hobber a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de Sao Paulo, 2006. p. 175.

³¹⁵ Idem, p. 251-2.

Isso porque, como acentua Gargarella, não se poderia estabelecer a crença na superação da estrutura faccional vez que ela estava profusamente aderida à própria natureza humana e, em razão disso:

A proposta federalista de reorganizar o sistema institucional apareceu, então, como impossível de esquivar: dado o grave risco criado pela existência das facções e dada a impossibilidade de eliminá-las, a única alternativa disponível era a de organizar as instituições de modo tal a fazê-las resistentes perante as primeiras, de modo a evitar que o sistema de governo ficasse exclusivamente em mãos de algum dos diferentes grupos em que estava dividida a sociedade³¹⁶.

A preocupação era justificada e, apesar de a princípio superada pela consolidação das instituições representativas (Câmara Legislativa, Senado Federal e Presidência)³¹⁷, permanecia latente. Ainda que as protuberâncias político-sociais de um dado período pudessem mostrar-se em aparente equilíbrio, certo é que circunstâncias de alarme político precisavam ser previstas a partir da seguinte problemática: e se tudo der errado e uma determinada facção (ou *facções*, convenientemente convergentes) se puserem no controle das instituições representativas? Poderemos falar em legitimidade de todos os atos empreendidos por elas porque, necessariamente, *representativas*? A resposta, por óbvio, é negativa.

Em primeiro lugar se faria necessário repensar a estrutura representativa “de modo a evitar que o sistema de governo ficasse exclusivamente em mãos de algum dos diferentes grupos em que estava dividida a sociedade”³¹⁸. Conforme a história demonstrava.

As disputas entre grupos majoritários endividados e grupos minoritários devedores haviam implicado, em vários casos, enfrentamentos armados, violência, caos. E, diante de tal conflito, a maioria das instituições locais não havia conseguido se manter firmes: cooptadas em muitos casos por algum dos grupos em disputa, elas havia, servido simplesmente para pôs o carimbo da lei sobre o que em outros casos se conseguia através das armas³¹⁹.

A ideia de limitar as instituições representativas, como Benjamin Constant já ponderava em seus primórdios, vinha lastreada no fato de que “quando não se estabelecem limites para o exercício da autoridade representativa, os representantes do povo de

³¹⁶ GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois. En publicacion: Filosofia política modera. De Hobber a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de Sao Paulo, 2006.

³¹⁷ Especializadas em uma organização política fracionada em distritos eleitorais de grande porte na qual “os eleitores são obrigados a olhar além da sua própria localidade; sua visão seria ‘mais voltada para os homens de melhor mérito e caráter’. Se as coisas acontecerem segundo as expectativas de Publius, o sistema distrital de grande porte deverá operar visando a ‘refinar e ampliar as perspectivas públicas, submetendo-as a um grupo específico de cidadãos, cuja sabedoria poderá definir os verdadeiros interesses da nação e cujo patriotismo e fidelidade à justiça não seria sacrificados por interesses parciais ou temporários’”. ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 262.

³¹⁸ GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois. En publicacion: Filosofia política modera. De Hobber a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de Sao Paulo, 2006. p. 176.

³¹⁹ Idem.

defensores da liberdade, tornam-se candidatos à tirania”³²⁰, fazendo-se vez a uma (necessária) estruturação estatal na qual não se haveria apenas por limitar o poder concedido ao Estado mas, também, à própria expressão da representação, garantindo-se a limitação daquelas instituições políticas pelo emprego de “métodos sucessivos de limitação e contenção do poder popular e mesmo de descaracterização do princípio representativo”³²¹, de forma que “mesmo quando ocorre a contenda entre as facções, a separação de poderes pode exercer uma função mais modesta, porém essencial. Pelo menos cada ramificação do Poder pode vir a inspecionar os objetivos facciosos das demais”³²².

A tendência teórica, assim, divergia à idealização de um sistema político em que os “poderes estivessem parcialmente separados e parcialmente vinculados entre si”³²³, marcado pela mitigação dos limites do exercício (pelas instituições representativas) de suas prerrogativas e atividades típicas de maneira recíproca e inter-relacionada, conhecido por “sistema de *check and balances*” e adotado pelo teórico constitucionalista norte-americano, dando corpo à nova construção dogmática que nascia e dava guarida a institutos como o veto presidencial à elaborações legislativas, a competência do congresso em julgar crime de responsabilidade pelo Presidente da República e – de forma como mais nos importa – o julgamento de atos normativos pelo Poder Judiciário.

3. JUDICIAL REVIEW: UM SISTEMA DE PRECAUÇÃO ACESSÓRIA.

Conquanto seja verdadeiro que as instituições republicanas manifestam a soberania popular de um dado povo em algum momento histórico pela simbiose das estruturas representativas, é verdade que nem sempre a atuação legislativa ou mesmo governamental poderá cumprir com mandamentos essenciais da organização constitucional vigente, de modo a reclamar-se ao que Montesquieu concebia – de forma discreta – como um poder moderador³²⁴, politicamente equidistante e que fosse capaz de traduzir os anseios da soberania revolucionária expressa anteriormente pela Carta Constitucional, principalmente quando da forte intervenção de facções ao domínio dessas entidades, de forma que “quando políticos facciosos desrespeitam os dispositivos constitucionais, os juízes devem invalidar seus estatutos propostos e apresenta-los como eles realmente são: meros substitutos do ‘povo em si’”³²⁵.

A responsabilidade do Poder Judiciário viria a calhar porque:

[...] typically, the legislature will have decided to achieve a particular purpose in a particular way, and the claim is that a constitutional revision prohibits either

³²⁰ CONSTANT, Benjamim. Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814). Trad. De Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Lúber Júris, 1989. p. 90.

³²¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 31.

³²² ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 264-5.

³²³ Idem.

³²⁴ Não se pretende, ao contexto, trazer remissões ao Poder Moderador instituído no Brasil Império, na qual o Imperador exercia um poder estranho aos três clássicos e que sobrepunha os mesmos ao seu jugo discricionário. Sobre a proximidade de ideias de jurisdição constitucional e monarquia constitucional cf.: KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Trad. de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 401.

³²⁵ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 266.

the purpose or the method. If we concede that the institution of judicial review is constitutionally sound, then the Constitution must be viewed as requiring judges to ascertain whether the legislature's choice violates more general principles whose guardianship has been committed to the courts. This is not because courts are necessarily better at ascertaining the people's values, but because their job requires them to focus primarily on long-range principles rather than on short-term objectives.³²⁶

A técnica da revisão judicial significaria não uma supervalorização de um poder em desprestígio dos demais (como se pudera imaginar) porque a atividade judiciária estaria, ainda, circunscrita à sua original competência de julgar atos jurídicos em face da Constituição (ainda que aqueles fossem iminentemente políticos)³²⁷. Entretanto, estar-se-ia diante de outra questão sobremaneira afiliva de que:

¿cómo puede ser que los jueces tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo – esto es, por los representantes de la ciudadanía? ¿cómo puede ser que en una sociedad democrática termine primado la voz de los jueces – funcionarios que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y cuyo mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular – sobre la voz de la ciudadanía?³²⁸

A saída estaria, não mais, acentuada na superação da velha percepção de representatividade que, a despeito de ser a mais sensata (conforme já demonstrado, por um modelo de neutralização *prima facie* das facções), dependia de um discurso competente a esclarecer sua natureza axiológica essencial.

Era preciso, inicialmente, rever o paradigma da representação e para isso:

Publius adotou uma interpretação semiótica na sua tentativa de “representar” o povo dos Estados Unidos por meio de um texto escrito: a Constituição. Não pode haver esperança de detectar a realidade viva da soberania popular durante o período de política usual. O texto não tem como objetivo o realismo falso fazendo supor que o Congresso é o próprio povo. Ele apresenta um retrato de governo que vigorosamente determina que o Congresso é simplesmente a representação do povo, e não o povo em si.³²⁹

A tradução era óbvia: se a Constituição é a manifestação originária de um povo revolucionário, responsável pela adoção de valores, princípios e orientações que toma como fundamentais à sua existência, não seria compatível com ela uma decisão política posterior, tomada pelo representante e que se mantivesse válida no ordenamento jurídico na qual fora oposta. Assim:

³²⁶ KAUFMAN, Andrew L. Democracy and Distrust by John Hart Ely. Hofstra Law Review: Vol. 9, Article 6. Available at: <scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol9/iss3/6/>. P. 1118. (grifo nosso)

³²⁷ Conforme o próprio Publius reconhece, a medida significaria necessariamente opor facção a facção, interesse a interesse. Nesse sentido considera o Federalista Nº 51: “[...] o verdadeiro meio de embaraçar que os diferentes poderes não se vão sucessivamente acumulando nas mesmas mãos, consiste em dar àqueles que o exercitam meios suficientes e interesse pessoal para resistir às usurpações. Nesse caso, como em todos os outros, os meios de defesa devem ser proporcionados aos perigos do ataque: é preciso opor ambição à ambição e travar de tal modo o interesse dos homens, com as obrigações que lhes impõem os direitos constitucionais dos seus cargos, que não possam ser ofendidas as ultimas sem que o primeiro padeça”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista... Op. cit., p. 318.

³²⁸ GARGARELLA, Roberto. La Dificultad de defender el control judicial de las leyes. Argentina: Isonomía, no. 6. Abril, 1997.

³²⁹ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 264-5.

O principal ponto do modelo circunscreve-se ao fato de que a lei ordinária contraditória com a constituição é considerada como se não fosse lei, tendo em vista que está fulminado seu fundamento de validade. Isso ocorre por ser a autoridade de produzir leis ordinárias decorrente do texto constitucional. O legislador ordinário, já que seu poder é derivado da constituição, deve se ater aos termos da delegação que lhe foi feita³³⁰.

Essa conclusão vinha a calhar a partir da compreensão clara de que o congresso não é do povo senão sua mera representação, com competências atribuídas pelo mesmo eixo constitucional que cingia o judiciário da competência de lhe proteger. Essa foi, com parcimônia, a compreensão de O Federalista nº 78, no qual Alexander Hamilton faz questão de salientar que:

Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proibem³³¹.

No sentir de Tremblay³³², a legitimidade de revisão judicial derivaria, assim, do fato de que as normas constitucionais e os valores que elas expressam são um tipo de expressão da vontade coletiva democraticamente superior à vontade ou ao consentimento representativo expresso na legislação ordinária. A superioridade democrática da Constituição americana seria consubstanciada no fato de que os seus valores são resultantes dos raros momentos em que a legislação se fizera entricheirada pelos juízos ponderados de uma massa de cidadãos mobilizados debatendo em conjunto, ao passo que a legislação ordinária meramente refletiria o trabalho diário de políticos que falam através das instituições que, normalmente, não verdadeiramente representam os cidadãos. Assim aos tribunais, em defesa dos valores constitucionais contra determinados atos legislativos, caberia fulminar a nulidade de leis e atos normativos editados pelos representantes que afrontassem a manifestação direta do povo.

Isso porque:

[...] se a norma constitucional é considerada norma jurídica e, mais, é considerada norma superior à lei ordinária – e a Constituição é sempre considerada a lei fundamental de um país – então, necessariamente, o juiz deve aplicar a norma constitucional e, consequentemente, recursar-se a aplicar a lei aprovada pelo governo ou pelo parlamento. Implícita ou explicitamente, o juiz está a considerar que a lei em questão é inconstitucional, está a fazer a *fiscalização* de constitucionalidade, na medida em que, para afastar aquela lei,

³³⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 45.

³³¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. In: Os pensadores – Federalistas. Textos selecionados por Francisco C. Weffort. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

³³² TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. p 621.

teve previamente de verificar se essa lei era desconforme à Constituição, se contrariava ou não a norma constitucional³³³.

É evidente que essa perspectiva constitucional não se estabeleceu adstrita à realidade normativa norte-americana que – conquanto tenha sido, em certa medida, vanguardista no que assiste às suas concepções de Constituição (especialmente as vinculadas à preservação de uma ordem de controle) – arraigou-se à um *espírito normativo revolucionário* que se faria presente a todo um movimento fortemente marcado pela garantia de valores democráticos e de consagração de núcleos materiais efetivos, limitadores e diretivos do exercício das competências do Estado e paradigmas de uma dada evolução social³³⁴.

4. DIÁLOGOS ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO E A ATUAÇÃO JUDICIÁRIA

Se por “autonomia” e “independência” tomamos por revelada a prerrogativa outorgada pelo povo – quando inaugura uma ordem jurídica revolucionária – de que estariam os “Poderes” do Estado instados a exercerem suas funções livremente das concordâncias ou ratificações recíprocas, não caímos da contundência do paradoxo ao admitir a vitalidade judiciária para apreciar atos legislativos e executivos, com força suficiente a rejeitá-los, afastá-los da ordem jurídica declarando a inconsistência de seus pressupostos?

A resposta, com todo o já demonstrado, é negativa. Isso porque, em primeiro lugar, a mesma força revolucionária que inspira a edição de uma carta constitucional é a que dá os pressupostos de controle judicial de leis e atos normativos contrários – ao menos em tese – à manifestação dessa própria vontade inaugural e institucional de um novo Estado (reconstitucionalizado)³³⁵. E o fundamento, conforme já demonstrado, é justamente a preservação dessa impermeável amálgama de valores e princípios tomados como superiores em uma dada organização normativa que evidentemente é escalonada, no sentido de ter sua base repousada em um feixe de máximas jurídicas consolidadas e legitimadas em pressupostos de democracia e relativização de poderes (pois facilmente engendrados pelo domínio faccioso)³³⁶.

Isso, porque:

³³³ NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos críticos. Coimbra: Edições Almedina, S.A. 2014. P. 30.

³³⁴ “[...] fica claro também que o mecanismo elaborado pela Convenção Federal foi e continua sendo exportado, literalmente, para o mundo todo, e isso não apenas por uma fascinação irreflexiva com o modelo americano, mas também, em boa medida, pela certeza de que esse modelo inclui ferramentas institucionais dignas de serem reproduzidas”. GARGARELLA, Roberto. Em nome... Op. cit., p. 181.

³³⁵ Neste sentido fala O Federalista nº 49: “Como o povo é a única fonte de toda a autoridade legítima e como só a sua vontade pode estabelecer a carta constitucional que dá existência e poder aos diferentes ramos do governo, a esta única fonte é que se deve recorrer, não só para estendê-los, restringi-los e alterá-los, mas ainda para corrigir o efeito das usurpações recíprocas que tiverem alterado os seus direitos constitucionais”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista... Op. cit., p. 310.

³³⁶ Conveniente, a esta altura, considerar que “entre nós há uma Constituição formal, no sentido de um documento jurídico elaborado e aprovado com a intenção de valer como lei fundamental a que toda a atuação do Estado fica subordinada. Em consequência, a validade das leis e demais atos do poder público depende da respectiva conformidade ao disposto na Constituição e aos princípios constitucionais. Finalmente, para assegurar na prática essa subordinação e essa dependência, a Constituição criou um Tribunal Constitucional com a especial competência de administrar a justiça em matéria jurídico-constitucional e, portanto, de verificar a conformidade das leis à Constituição, isto é, de fiscalizar a constitucionalidade das leis. NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa... Op. cit., p. 19.

As constituições democráticas, ao estabelecerem certos direitos e instituições encontram-se acima do alcance dos órgãos ordinários de decisão política ou, mesmo, fora de sua competência, por força das limitações materiais ao poder de reforma, atuam como mecanismos de autovinculação, ou pré-comprometimento, adotados pela soberania popular para se proteger de suas próprias paixões e fraquezas³³⁷.

Trata-se assim, com finíssima simetria, de um povo revolucionário que – em homenagem à experiência do Direito e do Estado politicamente organizado – é consciente das inconsistências institucionais as quais está ele mesmo propenso em razão das facções operantes dentro dos seus núcleos de poder, consolidados ainda pela igualmente frágil política de representatividade popular³³⁸. Essa tomada é, logo, fundamental para a proteção:

[...] de metas a longo prazo, constantemente subavaliadas por maiorias ávidas em maximizar seus interesses imediatos, as Constituições também funcionariam como mecanismo de proteção contra inconsistências temporais, defendendo, assim, as sociedades de suas próprias miopias. O constitucionalismo democrático traça, nesse sentido, um conjunto de limitações à maioria com o propósito de favorecer a dignidade humana e fortalecer a própria democracia, estabelecendo os princípios e as metas-regras a partir das quais o sistema democrático deve funcionar, sem, no entanto, poder suprimi-los³³⁹.

Por consequência, essa dialética entre atuações públicas se refere essencialmente a efetivação de determinadas limitações e condicionamentos jurídico-normativos essenciais para que as construções das novas Repúblicas democráticas se preservem íntegras e fieis às demandas sociais que inspiram as suas instituições mesmo após a superação do período de coalisão.

É bem verdade que *a priori* possa a competência judiciária (e considerando a premissa do *poder-dever*) parecer privilegiada em face dos atos por ela controlados, mas a assertiva se mostra falsa de pronto. Não se pode ignorar o viés da atuação publicista do judiciário, circunscrito ao juízo de legalidade (leia-se constitucionalidade) que em nada extrapola as premissas de mérito administrativo, político ou ideológico – a não ser dentro daquele núcleo fundante que a Carta Política delimita como baliza para o desenvolvimento horizontal e vertical do Estado.

E tudo isso, conforme já visto, com o propósito exclusivo de preservar o Estado das turbulências faccionais ocasionadas pela disputa de interesses que, ignorada, culminaria na total desagregação da organização estatal consagrando um limite bem determinado e exercido na contenção dos aviltamentos do poder. Isso, porque:

As facções são uma decorrência da própria natureza humana em um regime de liberdade. Se se quisesse eliminar suas causas seria necessário em primeiro lugar transformar todos os homens, de seres autônomos – que pensam diferentemente, professam distintas religiões, buscam diferentes formas de realização profissional e econômica e principalmente discordam profundamente sobre as coisas da política – em seres iguais. A segunda hipótese seria suprimir a liberdade, pois esta é a condição para que os grupos possam divergir e buscar a realização de seus interesses³⁴⁰.

³³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição e sua reserva. Malheiros Editores: São Paulo, 1998. p. 19.

³³⁸ O reconhecimento explícito do Estado falível de homens tem lugar claro na manifestação de O Federalista (talvez o documento que mais tenha se importado em problematizar a questão genuinamente), destrinchando – a partir daí – a perspectiva deslindada outrora acerca dos freios e contrapesos como forma de preservar as instituições representativas.

³³⁹ Idem.

³⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição... Op. cit., p. 53.

Por derradeiro, podemos considerar a atuação jurisdicional – no espectro do exercício de suas prerrogativas – como efetivamente voltada a garantia das manifestações facciosas, de maneira pacífica e inter-relacionada, a partir dessas posições de fiscalização e controle, conferidas no mesmo contexto revolucionário que se ocupa com a toada democrática de organizações sociais singularizadas³⁴¹.

5. CONCLUSÃO

É evidente que a estrutura jurídica dos Estados Unidos – quando de sua independência do Império Britânico – dependia de uma dada sensibilidade dogmática afim de que se alcançasse uma construção política coerente com os pressupostos que tomava como essenciais à democracia almejada, atenta a não reproduzir a decadência experimentada pelas antigas repúblicas revolucionárias e a lançar mão da criatividade progressista que fazia voz ao povo de uma nação que pretendia alçar alto voo nas composições sociais do mundo.

Os discursos expressos em O Federalista são essenciais para que possamos analisar a evolução que consolidados institutos – como a divisão de poderes – vivenciaram através da dialética política e da construção paulatina do texto maior norte-americano, inaugurando novas perspectivas como freios e contrapesos e a importante *judicial review*.

Trava-se a importância em consignar a competência dos tribunais em julgar a lei inconstitucional porque, sobretudo, essa ideia teve de partir de uma nova concepção de Constituição, representação e democracia como pressupostos, porque problematizou a ideia de soberania a um nível que não se havia ainda feito e que foi responsável por transformações abrangentes da teoria constitucional.

Não se pode quedar à velada ideia de que o Estado esteja fragmentado em estamentos soberanos e existentes em sua própria razão de ser. Talvez daí a contemporânea preocupação técnica em afastar a pretenciosa nomenclatura “poderes do Estado” pelo reconhecimento de um poder uno, gerido pela mesma fonte do poder original (que por óbvio é o poder mobilizado do povo) segmentado por competências e atribuições que (ao menos em regra) sejam convergentes na direção proposta pela Constituição.

Dessa própria natureza – irmã, se assim podemos dizê-lo – haure a fiscalização diuturna, correlacionada e participada por todos os sujeitos da condução estatal – legisladores, gestores e juízes – justamente para que uns e outros jamais esqueçam dos objetivos que os promove à legitimidade do poder público *lato sensu*³⁴².

³⁴¹ É bastante provável que, chegando até aqui, se operacionalizasse a dúvida acerca da confiabilidade do poder judiciário. A questão é relevante porque a delinhamos como base de toque de toda a problemática envolvida no controle judiciário de atos normativos executivos ou legislativos, e essa preocupação também atingiu o trabalho do Publius, a partir do qual Ackerman compreendeu que: “sem sombra de dúvida ele [poder judiciário – não incluso no original] é o mais fraco dos três poderes”. Sem controle sobre a ‘espada ou sobre os cofres’, ele ‘depende do auxílio do Executivo para a eficácia dos seus julgamentos’. Devido a esses fatores, ele acredita ser tolice supor que os Magistrados possam efetivamente pôr em risco ‘a liberdade geral do povo’. O perigo é justamente o inverso: apesar de sua vitaliciedade, eles teriam uma atitude bastante retraída, perante um político que, de alguma maneira, induzisse nossos assim chamados representantes a trair os imperativos constitucionais populares”. ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano... Op. cit., p. 267.

³⁴² “Quais as “ferramentas institucionais” criadas, então, pela Constituição? Quais os “meios” de que ela dotou as diferentes esferas do poder para garantir aqueles “mútuos controles”? Dentre outras ferramentas, a nova Constituição federal outorgou ao Executivo os seus próprios instrumentos defensivos (o veto presidencial); habilitou a reação da justiça frente às decisões tomadas pelos poderes políticos (através de controle judicial de constitucionalidade); permitiu ao Congresso insistir com as suas iniciativas (sobrepondo-se ao veto presidencial, e reelaborando as decisões impugnadas pela justiça), facultando-o, ao mesmo tempo, para processar os membros das restantes esferas do governo. De outra parte, o próprio Legislativo foi

A partir de então se estaria diante do melhor esboço que se poderia fazer acerca de uma construção democrática de Estado Constitucional, baseado em premissas de liberdades e coexistências fortemente aderidas ao espírito que passa a orientar as organizações republicanas da modernidade. Muito embora se tenha reconhecida – não apenas no aspecto teórico da formulação das *facções* – a comum perversão da hegemonia ideológica nos núcleos do poder estatal, quando assim verificada, é também bastante verdadeiro (como sustentava os autores que fundamentam o posicionamento defendido no estudo em mãos) que a anulação desses grupos egoístas apenas poderia ser deflagrada acaso fosse concebido um modelo de absolutas privações, o que de igual forma seria pernicioso.

Com bastante acerto se deu a ideia de que esses grupos melhor estariam equilibrados se relativamente posicionados um frente ao outro, interesse frente a interesse, numa trama de tensões recíprocas que estabilizaria a ordem social sob a égide de diversas nuances e manifestações humanas intercaladas na persecução, ambas, da autopreservação jurídica e manutenção existencial que é, afinal de contas, o parâmetro-chave de toda construção Constitucional.

Neste contexto, por fim, o exercício da jurisdição é sucedâneo natural da vedação constitucional direcionada à opressão perpetrada por aqueles que eventualmente dominem centros de poder criativo e executivo que são – conforme já visto – as manifestações mais perigosas dentro de um Estado pretensamente democrático.

6. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CONSTANT, Benjamim. Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814). Trad. De Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1989.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois. En publicacion: Filosofia política modera. De Hobber a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de Sao Paulo, 2006.

GARGARELLA, Roberto. La Dificultad de defender el control judicial de las leyes. Argentina: Isonomía, no. 6. Abril, 1997.

dividido em duas partes, animadas em princípio por interesses diferentes, e orientadas a se controlarem uma à outra: nenhuma norma pode se tornar lei até não contar com o acordo entre as duas Câmaras legislativas, o que significa que qualquer uma delas pode pôr freios às iniciativas (opressivas) da outra. Todo este intrincado esquema de controles mútuos entre os diferentes poderes –este esquema de “freios e contrapesos”– constitui uma grande inovação institucional aportada pelos federalistas à teoria constitucional moderna”. GARGARELLA, Roberto. Em nome... Op. cit., p. 177.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. In: Os pensadores – Federalistas. Textos selecionados por Francisco C. Weffort. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

KAUFMAN, Andrew L. Democracy and Distrust by John Hart Ely. Hofstra Law Review: Vol. 9, Article 6. Available at: <scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol9/iss3/6/>.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Trad. de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAIS, Job Duarte; et. al. “O Federalista”: gênese de uma nova forma de governo.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição e sua reserva. Malheiros Editores: São Paulo, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos críticos. Coimbra: Edições Almedina, S.A. 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures.

LOS ROSTROS DE LOS DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS INTERNACIONAL POR LOS OJOS DE LA LEY BRASILEÑA Y ARGENTINA

Milca Micheli Cerqueira Leite³⁴³

Resumén: Los derechos humanos tiene carga universal, su concepto es polisémico y controvertido. Muchos estudiosos de la materia, no están de acuerdo con la división de las generaciones de los derechos humanos. En algunos países los derechos humanos no tienen fuerza constitucional, como es el caso de Argentina y Brasil, que a partir del siglo XX tiene dado destaque en los textos republicanos, tratando cuidadosamente del tema.

Abstract: Human rights have universal charge, its concept is polysemic and controversial. Many scholars of the subject, do not agree with the division of human rights generations. In some countries human rights has no constitutional force, as is the case of Argentina and Brazil, since the twentieth century has highlighted, in its normative texts, and treated carefully del theme.

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos son expresiones vivas del relacionamiento del hombre con el Estado, sino que la discusión y el estudio de estos sea una idea política latente, con bases morales están indiscutiblemente ligadas a los conceptos de justicia, de igualdad y de democracia.

Aparentemente estos derechos imprescriptibles e imprescindibles y que vienen evolucionando juntamente con la sociedad, las conquistas y los progresos alcanzados por el hombre, tiene encarado problemáticas jurídicas y cambiado constantemente, a medida que el derecho en la sociedad evoluciona.

Esta llamada coexistencia entre los países que reconocen el hombre como alguien que necesita y merece respeto, sin cualquier distinción y que armoniza conceptos entre las distintas comunidades es un encuentro necesario y provechoso, como decía Lévi-Strauss “*la découverte de l’altérité est celle d’un rapport, non d’une barrier*”.³⁴⁴

Aunque cada país sea libre para construir los ordenes institucionales y la estructura política que reconozca como siendo la más aconsejable y que reflita las exigencias de su pueblo y hasta mismo de sus tradiciones, las declaraciones y los pactos internacionales marcaron una nueva era para los derechos del hombre.

Desafortunadamente el despertar de los derechos humanos vino manchado de sangre, pues el sentimiento de privación fue sufocado por la voluntad del pueblo de perpetuar o por lo menos, equilibrar la paz, y el mundo pasó a mirar la necesidad de

³⁴³ Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil, Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Argentina. Email: jurídico.milca@uol.com.br

³⁴⁴“El descubrimiento de la alteridad es descubrir lo que nos une, no lo que nos divide.”

cambiar y de ratificar y poner en práctica las defesas y prerrogativas de los ciudadanos ya debatidas e implantadas por las declaraciones universales de ámbito internacional.

Es factible pero, que la defensa de los derechos humanos, su reconocimiento y solidificación solo podrá ser definida concretamente por las leyes nacionales internas, pues así, la legislación de cada Estado podrá tomar la última decisión.

El presente estudio abordó los aspectos históricos significativos para la diseminación de los derechos humanos. Estudió sus conceptos y analizó la importancia no solo de la consagrada Declaración Universal de los Derechos Humanos pero el reflejo de pactos internacionales para dentro de los Estados.

La dimensión de los derechos humanos es compleja y casi que inagotable pues en si carga un andamiaje de conceptos, de libertades, de igualdades, sin embargo, es posible notar que su defensa viene siendo propagada. En especial en Brasil y Argentina, la protección de estos derechos aunque sea obra que no se concluye en días, pero tiene su construcción marcada lentamente representa una grande evolución y preocupación de los legisladores, aplicadores del derecho y de la propia sociedad en si.

Posible percibir en el capítulo que trata de la positivación de los derechos humanos de segunda generación en Brasil y Argentina, que influenciados por los instrumentos internacionales, trataron de separar dispositivos específicos para reglar las garantías o llamados derechos sociales del hombre.

SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: Abordaje histórico

El punto inicial de los derechos humanos nos remete religión, cuando el Cristianismo, mientras la Edad Media, pasó a defender la igualdad entre los hombres, a elevar el mismo defendiendo que deberían cargar la misma dignidad. En esta misma época, los matemáticos cristianos desarrollaron la teoría del derecho natural, que señala que el individuo está en el centro de un orden social, jurídico, justo y que la ley divina tiene prevalencia sobre el derecho laico, así como es definido por el imperador, el rey o el príncipe.

Con el avanzar de las eras, en la edad moderna, los racionalistas de los siglos XVII y XVIII, pasaron a reformular estas teorías del derecho natural, y dejaron de someterse a un orden divino. Para los racionalistas todos los hombres nacen libres y son por su naturaleza libres, tiene derechos innatos que la sociedad no puede retirar. Esta corriente inspiró el sistema internacional de protección de los derechos humanos, derechos del hombre.

La evolución ganó impulso por primera vez en Inglaterra, y después en los Estados Unidos. La Carta Mayor de 1215, aseguraba el ciudadano contra las arbitrariedades de la Corona, e influenció diversos documentos, como el Acto Habeas Corpus (1679), una de las primeras tentativas de impedir las detenciones ilegales.

La preocupación con los derechos humanos surgen cuando el orden burguesa se establece, asociada a la idea de libertad y de igualdad. Fueron los Estados Unidos quien primeramente formalizaron una declaración de derechos del hombre, que fue la de Virgínia, en el año de 1776.

Sin embargo, fue con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el año de 1789, que obtuvo más grande expresión, debido a las repercusiones de la Revolución Francesa.

La constitución francesa de 1791 por su texto vuelto para las preocupaciones sociales, se incorporó la Declaración de 1789, y a partir de estos los derechos del hombre ingresan en el constitucionalismo moderno, expresos en los derechos del ciudadano.

Las luchas ocurridas durante el proceso histórico de construcción de los derechos del hombre llevaron tiempo para concretizar algunos de los derechos humanos que conocemos hoy. Fatalmente este proceso nos remete a la declaración de derechos inglesa, de 1689, conocida como “Bill of Rights”, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, mientras la Revolución Francesa de 1789 y la Constitución Americana, específicamente, las diez primeras emendas ocurridas en el año de 1791. Seguramente estos documentos son el alicerce de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948.

La contribución del derecho romano fue fundamental para el reconocimiento del hombre y de su libertad.³⁴⁵

Pero, el momento más importante en la historia de los Derechos del Hombre, es durante 1945-1948, cuando en 1945, los Estados se conscientizaron de las grandes y sangrentas tragedias y atrocidades vividas por los ciudadanos durante la 2ª Guerra Mundial, y creó la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con el propósito de establecer y mantener la paz en el mundo. Fue a través de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en 20 de Junio de 1945, que los pueblos pasaron a expresar su fe en la paz y en las generaciones futuras.

La creación de las Naciones Unidas representó entonces una necesidad de un mundo de paz, de solidaridad entre las naciones, que buscaba avanzar el progreso social y económico y tratar de los derechos fundamentales del hombre, de su dignidad, en la igualdad entre hombres y mujeres, igualdad entre las naciones, en la idea de promover el progreso social y mejores condiciones de vida.

Foi así que, como dicho, en 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Podemos por fin, destacar como marcos históricos de los derechos humanos: a) Declaración de los Derechos de Virgínia (1776), Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), Convención Europea de los Derechos del Hombre (1950).

La confirmación de la conquista de los derechos humanos vino en América en el siglo XVI por los españoles, que resultó en un debate por los derechos humanos en España y que marcó la primera vez que se discutió el asunto en Europa.

³⁴⁵ Santagatti, Claudio Jesús, *Manual de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediciones Juridicas, 2006, p.41. “El aporte del pensamiento jurídico del romano resulta fundamental en cuanto a su influencia al reconocimiento de la libertad como valor del ser humano. Esto desde la incipiente conceptualización de la separación entre el estado y sus súbditos, los cuales poseen cada uno distintos derechos y deberes.”

La noción de derechos humanos no experimentó cambios bruscos hasta el siglo siguiente, cuando se iniciaron las luchas operarias, surgieron nuevos derechos que pretendían dar solución a determinados problemas sociales a través de la intervención del Estado, con destaque para la Revolución Rusa y la Revolución Mexicana.

De modo general, el cristianismo, como regla eclesiástica, tuvo un papel muy importante en la evolución de la designación y adquisición de derechos humanos, pues trae una idea de que el hombre fue hecho a imagen y semejanza de Dios, pero solamente en 1215 fue que la monarquía pasó a sus súditos prerrogativas y derechos. La más exitosa carta declaratoria se llamaba Magna Carta *Libertatum* que fue extraída por la nobleza inglesa del Rey João Sem Terra, en 1215.

Como dicho anteriormente, mismo antes de la primera Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, en Francia, instrumento que colaboró para la fijación de los derechos del hombre, otras declaraciones fueron importantes, la más importantes de ellas, la Declaración del Estado de Virginia, de 1776, proclamaba en su art 1º, la igualdad, aunque tratase de establecer normas para el pueblo de Virginia, reflejó para el mundo sus descripciones.³⁴⁶

Sin embargo, la Declaración Francesa que pregaba libertad, igualdad y fraternidad, universalizaba todos estos conceptos y llegó a inspirar la obra de muchos filósofos reconocidos, de entre ellos Rousseau, que iniciaba su obra clásica, el Contrato Social, citando el mismo verso contenido en la declaración francesa, “*los hombres nacen libres*”.

Fue así que, vino a grande consagración de los derechos humanos fundamentales a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. En virtud de dichos derechos fundamentales, los hombres se encuentran en igualdad de condiciones, con los mismos derechos, libertades, condición social, racial, etc., como bien lo señala Musso José.³⁴⁷

1.3 Efectivación de los derechos sociales

Desafortunadamente las conquistas de los derechos humanos fueron marcadas por un proceso de sufrimiento, personas subyugadas e incluso la muerte. El proceso de industrialización aunque haya parecido expandir el universo de las posibilidades para los gobernantes, generó duros turnos de trabajo, condiciones degradantes de trabajo, además de contener en sus relatos, explotación del trabajo infantil. La defensa de los derechos individuales era insuficiente. El maestro Santagati comenta este pasaje de forma brillante.³⁴⁸

³⁴⁶“Artículo nº1 Todo hombre por naturaleza libre e independiente con derecho inherente no puede ser privado o postergado, tiene derecho a la vida y gozarla, libertad, obtener medios para adquirir y poseer vivienda y propiedades gozar y obtención de la felicidad y seguridad.”

³⁴⁷ Musso, José A., *Los derechos humanos en el Derecho Internacional*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Santiago del Estero, 2005, p.28. “No importa el color de nuestra piel, la lengua que hablemos o la religión que profesemos. No importa nuestro origen nacional o étnico. Tampoco nuestra posición económica. No cuenta si vivimos en un país en desarrollo o si somos habitantes del Primer Mundo. Tampoco cuenta cualquier otra condición.”

³⁴⁸ Santagati, Claudio Jesús, *Manual de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2006, p.69. “En el siglo XIX es donde podemos situar las primeras reivindicaciones de los derechos económicos y sociales. con la aparición del proletariado como protagonista histórico y debido al creciente proceso de

El derecho al trabajo siempre fue debatido en los instrumentos internacionales, en el ámbito de las declaraciones ONU, el artículo 6° de la Declaración que trata del progreso y desarrollo social establece sobre el desarrollo de todo el ciudadano.

La segunda generación de los derechos carga vínculo con las condiciones de trabajo de la población, que caminaron junto al capitalismo, que al ganar papel en la sociedad, se vió necesitada a reglar y garantizar las nuevas relaciones de trabajo y con eso postular sueldos mínimos dignos, jornada digna, seguridad social, etc.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, como dicho, vigente en el ámbito interno brasileño y argentino, asegura en su art. 6° esta oportunidad a un trabajo libremente elegido o acepto y distingue este derecho al trabajo de la libre escoja de empleo, distingue también las condiciones justas de trabajo y el derecho a la protección contra el desempleo.

Recuérdese que la lucha por el acceso al trabajo existe desde la Edad Média y Antigua, época en que las relaciones entre los hombres traía una concepción negativa sobre el trabajo, “*el trabajo, como símbolo del derecho, imbuído de significado positivo, a aquél tiempo no pasaba de utopía*³⁴⁹.”

Tanto es que, se cre que la más grande de las batallas enfrentada en la historia del derecho del trabajo en Brasil y en grande parte de los países signatarios de los tratados internacionales de protección al trabajo, es la abolición de la esclavitud, pues representó la libertad y la igualdad de derechos de los hombres.

El acceso al trabajo aparece entonces como un derecho fundamental del hombre, pues a través de él lo mismo tiene la posibilidad de contemplar otros derechos fundamentales, como la dignidad a través de las condiciones de sobrevivencia, la vivienda, la educación y la salud.

Los Estados entonces pasan a intervenir de forma contundente en defensa del derecho fundamental al trabajo, los movimientos colectivos de trabajadores comienzan a crecer aunque tanto en Brasil como en Argentina, sufran represiones políticas, pero pasa a ser instaurado un nuevo modelo de sistema laboralista en grande parte del mundo, ahora controlado por el Estado, lo que parecía ser el mejor camino a ser trillado.

En el Estado Liberal, desde el siglo XVIII, en decurrencia de la Revolución Francesa y del iluminismo, los filósofos de la época dejaron la sociedad en latente desigualdad. Se exigía del Estado una actuación mínima con total indiferencia a la vida económica y social de sus gobernados, interfiriendo solamente en la vida política, más precisamente en lo que se refiere la protección de las libertades individuales. Se llamaba *laissez faire et laissez passer*, (dejar hacer, dejar pasar).

La Constitución de Weimar de 1919, también se empeñó en la defensa de derechos sociales, en especial, el derecho al trabajo, defendiendo sueldos dignos e invocando la protección del Estado con relación a los empleados.

industrialización. Las primeras consecuencias de la Revolución Industrial habían dado lugar a condiciones de trabajo durísimas y muchas veces infrahumanas que ponen de manifiesto la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía además en democracia social.”

³⁴⁹ Delgado, Gabriela Neves, *Direito fundamental ao trabalho digno*, São Paulo, LTR, 2006, p. 142.

a) Trabajo

Para recordar, el trabajo fue visto como un castigo durante años muchos años, fue el cristianismo quien defendió la dignificación del trabajo, que tras mucho tiempo mal visto pasó a ser considerado un legado que no podía ser negado al hombre, que para tornarse un ser responsable y proveedor, tenía que trabajar. Quien no pudiese laborar estaba condenado a la miseria y libertinaje, y nada de bueno podría cultivar.

Como derecho fundamental del hombre, el papel del Estado es asegurar para estas condiciones de ejercer este derecho, organizando la economía para eso.

El derecho al trabajo encuentra amparo especial en instrumentos internacionales importantes como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XVI), y Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25) y Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (art.9)

b) Salud

Este derecho personalísimo también se relaciona con la libertad³⁵⁰, pues nadie es obligada a someterse a tratamiento contra su voluntad, salvo en los casos de inconsciencia, lesiones graves, etc., sino, es necesario que se establezca el acceso del ciudadano a tratamiento de salud.

El derecho a la salud con total protección del Estado, aunque totalmente de otro sistema para desarrollarse, deficiente y dependiente del Estado para mantenerse aún es una grande preocupación.

Había una grande preocupación en mantenerse una jerarquía constitucional y mostrar la igualdad material de las normas. Mismo así fue preciso que instrumentos normativos de peso internacional discutiesen y instituisen el asunto para que él pudiese ser inserido en las cartas políticas de los países.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, traía en su artículo 25, la salud como elemento de la ciudadanía, siendo que fue después de eso que las Constituciones contemporáneas recepcionaron el tema.

La salud encuanto un de los fundamentales derechos del hombre, destinase a proteger posiciones jurídicas fundamentales del individuo contra ingerencias de terceros en determinados pues depende de la creación de medidas, del suprimiento de medidas y de la actuación del Estado para concretizarse, además de eso es un parámetro para entender otras garantías.

c) Cultura

El derecho fundamental la educación, otra grande preocupación de los países en general aparece como un eslabón que liga otros derechos, pues conduce a la

³⁵⁰ Santagatti, Claudio Jesús, *Manual de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediciones Juridicas, 2006, p.243. "El derecho personalísimo al cuerpo y a la salud. importa también la libertad del individuo de someterse o no. a un tratamiento médico lo que se conecta con su libertad de conciencia."

libertad, al crecimiento intelectual y al crecimiento del país, no siendo propiedad individual como bien resalta el profesor Jaeger.³⁵¹

Mismo derechos como la educación y la cultura necesita de políticas públicas que presupone un conjunto de instrumentos para auxiliar en este resultado.

2 PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: Marcos históricos

El siglo XX fue marcada por violentas batallas, y las relaciones entre los miembros del Sistema Internacional fueron gravadas con toda esta inseguridad; las dos Guerras Mundiales demostraron la capacidad destructiva del ser humano, mismo delante de las innovaciones tecnológicas el mundo se chocó con la muerte de millares, no a penas soldados combatentes, pero civiles.³⁵²

Este parentesis es hecho a penas para ilustrar el papel cruel de la II Guerra Mundial, y de su significativa contribución para la construcción del concepto de derechos humanos y así, de los mecanismos eficaces para su protección. Esta idea fortalece la afirmación de que estos derechos no están a penas en el dominio del Estado pero internacionalmente, llamando la atención de forma global.

La sociedad traumatizada con las atrocidades impulsó la creación de las Organizaciones de las Naciones Unidas (ONU) en 1945, inspirada en la Liga de las Naciones, su antecesor que no logró éxito en su papel de promover la paz. Esta protección de los derechos humanos, ahora fuera del ámbito estrictamente estatal, es que dió origen a la creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948.

Seguramente la II Conferencia Mundial para los Derechos Humanos convocada por la Organización de las Naciones Unidas, en 1993, en Viena es una de las grandes responsables por la concretización del proceso lento de internacionalización de los derechos humanos. En ella se discutiran, ya terminada la Guerra Fria. una série de temas muy variados concernentes a los derechos humanos.

Aunque la intención de uniformizar el tema, este debate mundial sufrió muchos golpes que dificultaron el establecimiento del tema.

Cuando hablamos de protección internacional a través de declaraciones internacionales estas no pasan de simples resoluciones, de carácter estrictamente moral a los países signatários, infelizmente no tiene el don de obligar las naciones, a no ser cuando la declaración es tomada como convención o pacto entre países que la aceptaron, en este caso sí, es reglamentado una norma de eficacia absoluta, mismo así como limitaciones de orden práctico en lo que se refiere al desarrollo de la dignidad humana.

³⁵¹ Jaeger, W. W, *Paideia: a formação do homem grego*, São Paulo, Martins Fontes, 1989, p. 74. “La educación no es una propiedad individual, pero pertenece por esencia a la comunidad. El carácter de la comunidad se imprime en cada uno de sus miembros y es hombre, más que los animales fuente de toda acción y de todo comportamiento.”

³⁵² Hobsbawm, Eric, *A era dos extremos: o breve século XX*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 30. “La Humanidad sobrevivió. No obstante, el grande edificio de la civilización del siglo XX desmoronó en las llamas de la guerra mundial, cuando sus columnas ruyeron. No hay como prever el breve siglo XX sin ella.”

El artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, haciendo distinción entre el derecho al trabajo de la libre elección del empleo, así como del derecho a condiciones justas de trabajo y el derecho a la protección contra el desempleo. Esta diferenciación traduce una pluralidad de dimensiones a que se refiere el derecho al trabajo.

Sin embargo, aunque la Declaración Universal de los Derechos del Hombre sea fundamental como base internacional documental de los derechos humanos, y ganado una importancia extraordinaria, no obliga jurídicamente todos los Estados a se respetaren, a medida que para ser promulgada, fueron preparados inúmeros documentos que relacionaba específicamente los derechos presentes en la declaración, forzándolos al saludo.

De esta manera, la junción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los dos pactos de 1966, que son el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, sociales y Culturales, y aún los dos protocolos facultativos del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (que en 1989 aboliran a pena de muerte), es que constituyen la Carta Internacional de los Derechos del Hombre.

Después de muchos debates, en 1966, los Estados aprobaron, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor 10 años después. Estos pactos se traducían como un mecanismo para controlar las violaciones de los derechos humanos, y de forma coercitiva la Declaración Universal.

La existencia de dos Pactos distintos no debe ser interpretada como una forma de jerarquía de los derechos humanos, pero como una forma de homenajear con detalles los preceptos contenidos en ambos.

Por supuesto que algunos instrumentos fueron decisivos para clavar el pilar de los derechos humanos, y eso fue un *sensus communis* entre todos los países.³⁵³

En un panorama general, los derechos humanos están protegidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto

³⁵³ Entre los de mayor relevancia, señalamos los siguientes:

* Salvioli Omar, Fabían, *La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano: sus logros y dificultades*, Revista de Relaciones Internacionales Nro 4.-“Posee una amplia cobertura para los derechos civiles y políticos a través del Pacto de San José.

* La labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos abarca las violaciones ocurridas en todos los países miembros de la Organización de Estados Americanos, hayan o no ratificado los pactos de protección; debido a que la Carta de la O.E.A. (en los artículos pertinentes) , la Declaración Americana, el Estatuto y Reglamento de la Comisión se aplican a todos los estados miembros de la O.E.A. Esta facultad permite actuar en defensa de la vida de muchas personas. Como ejemplo podemos mencionar la visita de la C.I.D.H. a la República Argentina en 1979 y el informe condenatorio para el gobierno argentino de 1980.

* La Declaración Americana es considerada hoy instrumento jurídico vinculante para todos los miembros de la OEA. a) El sistema posee una instancia jurisdiccional de derechos humanos: la Corte Interamericana. b) Existe en el sistema un tratado específico para prevenir y sancionar la tortura.

c) Se ha logrado una convención contra la pena de muerte, aunque la misma se encuentra en lento proceso de ratificación. Disponible en http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/revista%204/R4-EFAB.html, aceso em 21-10-2013.

de San Jose de la Costa Rica, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (EU).

Además, dentro del proceso de internacionalización de los derechos humanos se incluye a la Liga de las Naciones y la Organización Internacional del Trabajo, convenciones que redefinieron los derechos humanos.³⁵⁴

2.1 Convención Americana de los Derechos Humanos

Fueron las guerras las grandes responsables por la adopción de medidas protetivas en el ámbito internacional. Las atrocidades eran cometidas en nombre del Estado.

Así es que después de las guerras los hombres pasaron a mirar para el próximo con sentimiento más pacificador, si no humano, y este concepto de paz pasó a difundirse, la armonía entre los pueblos era un deseo de todos.

La respuesta a tales movimientos pacificadores vino paso a paso y ganó adeptos en varios rincones del mundo, motivando la creación de documentos internacionales que defendiesen derechos humanos. La pretensión era remediar la situación, traer equilibrio entre los pueblos, una vez que factores culturales, económicos, sociales y hasta religiosos influencian en el liderazgo de los gobiernos, como bien destacó el profesor Cançado Trindade.³⁵⁵

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en 1969 reafirma el propósito de protección al individuo. Esta convención además de defender con énfasis el derecho a la vida y las libertades del hombre, hizo cuestión de destacar que eso debe de ocurrir desde el momento de la concepción.

Los derechos de segunda generación o sociales son encabezados en dispositivo específico de la Convención Americana que frisa la necesidad de coperación internacional en la defesa de tales prerrogativas³⁵⁶.

El derecho al trabajo como forma digna de sobrevivencia también está expresamente consignado en esta norma y reflejó una preocupación con el trabajo y sus formas³⁵⁷, prohibiendo el trabajo esclavo y enfrentando esta cuestión en otros dispositivos que tratan de la dignidad, de la libertad, de la discriminación.

³⁵⁴ Piovesan, Flavia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad 2004, p. 125. "Redefinir el status del individuo en el escenario internacional, para que si tornase verdadero sujeto de derecho internacional."

³⁵⁵ Trindade, Antonio Augusto Cançado, *Tratado de direito internacional dos direitos Humanos*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, t. I, p.26. "(...) Derecho Internacional de los Derechos Humanos no guía las relaciones entre iguales; opera precisamente en defesa ostensivamente de los más débiles. [...] No busca obtener un equilibrio abstracto entre las partes, pero remediar los efectos del desequilibrio y de las disparidades en medida en que afectan los derechos humanos."

³⁵⁶ "Artículo 26. Desarrollo Progresivo - Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanteo a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."

³⁵⁷ "Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

De la misma forma el derecho a la salud, es dispuesto en varios dispositivos del pacto, apuntando disposiciones relacionadas no a penas la garantía del ciudadano a la salud, pero señala las políticas públicas necesarias para su efectivación y de la garantía mínima de estas condiciones dignas de atendimento.

2.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos: Importancia y evolución de sus conceptos

Como ya fue relatado, tras la II Guerra Mundial, el sentimiento de tristeza se apoderó de los pueblos, y la busca por la paz era unánime, todos almejaban que esta viniese para quedar.

La creación de DUDH entonces fue marcada por tristeza, por la consciencia posterior a un período de lucha militar cruel, con genocidios y holocaustos que sangraron la Humanidad.

Una de las primeras realizaciones de la Organización de las Naciones Unidas - ONU relacionada al Derechos Humanos fue cuando adoptó por la Asamblea General en 10 de Diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que como dicho, compiló en su preámbulo de treinta artículos, los derechos humanos y libertades fundamentales de los cuales los hombres y mujeres en todo el planeta, sin cualquier discriminación, son detentores.

La Declaración de 1948 representó el inicio de la internacionalización de los derechos humanos, que por su vez se elevaron a fin de evitar que un conflicto en los moldes de la Segunda Guerra Mundial pudiese ocurrir nuevamente. Este documento fue el responsable por el inicio de lo que podemos llamar hoy de Régimen Internacional de los Derechos Humanos.

La historia muestra que en el siglo XIX surgieron los movimientos obreros que luchaban por los derechos de segunda generación, de su derecho a una vida digna.³⁵⁸

-
1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.
 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.
 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:
 - a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
 - b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;
 - c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
 - d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

³⁵⁸ Artículo 22: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, según la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

La Declaración Universal de los Derechos humanos, en su art. 23 tornó aún más importante los derechos del trabajador.³⁵⁹

De esta forma el trabajo pasó a ser un derecho social y la idea de que todo ciudadano tiene derecho al trabajo pasó a ser inseparable del hombre, pasando a ser un fenómeno de orden mundial, tornándose un pilar de los derechos fundamentales.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Declaración Francesa) de 1789, ícone dal surgimiento de la primera generación de derechos (los civiles y políticos) es, al mismo tiempo, la demarcación de la conquista de la libertad del trabajador. Este pasa a ser libre de las amarras de las corporaciones de oficio y de las imposiciones de la servidumbre, por la adopción de la premisa de que la facultad de trabajar es uno de los primeros derechos del hombre.

De forma general, la Declaración amparó la aparición mismo informe y debilitado del individuo y delimitó un espacio que antes era reservado apenas a los Estados soberanos, poniendo en práctica un proceso irreversible, que es el valor del ser humano.

2.3 Enfoque de los Derechos Humanos en la Declaración de los Derechos del Hombre

La Declaración fue elaborada sobre cuatro pilares primeramente trató de defender los derechos de la persona (igualdad, derecho a la vida, libertad, seguridad, etc.), después defendió los derechos del individuo en sus relaciones con los grupos sociales de que hace parte (derecho a la intimidad de la vida familiar y derecho a contraer matrimonio, derecho a nacionalidad, propiedad, etc.), después pasó a defender en un tercer grupo derechos políticos de los hombres lo que incluía la libertad de pensamiento y de reunión, después como un cuarto pilar defiende los derechos que el hombre en el campo económico y social, o sea, en las relaciones de trabajo.

Con la aprobación de la Declaración, de repercusión mundial, el trabajador deja de ser objeto para ser sujeto de derechos (y obligaciones). El contrato es la figura jurídica que garantiza la manifestación de su propia voluntad y representa, al mismo tiempo, la libertad y el respeto que le es debido a partir de entonces, encuanto ciudadano. Él pasa a tener, a menos en tesis, la opción de trabajar o no, además de la escoja de su tomador de servicios.

Los pilares del derecho colectivo (y particularmente de la libertad de reunión y asociación) construídos a partir de las luchas de los movimientos sociales y de la persistencia de los trabajadores, fueron impulsados solamente después que fueron confrontadas las condiciones de trabajo desumanas, deplorables de la Revolución

³⁵⁹ Artículo 23:” Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.”

Industrial. Los trabajadores de las fábricas, en esta época, trabajaban en un ambiente extremadamente insalubre y peligroso, los trabajadores eran explotados bajo todos los aspectos, enriqueciendo cada vez más los empleadores.

Ahí se encuentra la efectiva adopción de derechos laborales, asentada, sin embargo, en los derechos civiles y políticos, que garanticen la autonomía del trabajador, primero individual y, enseguida, colectivamente, permitiendo la actuación en los movimientos sociales y, más específicamente, sindicales.

Con la declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, se abrió la puerta para un nuevo camino, donde los derechos civiles y políticos comenzaron a ser reivindicados. Con este nuevo telón de fondo hubo la perspectiva de libertad de los trabajadores, que comienzan a imponer sus derechos y a salir de las corporaciones de oficios en busca de condiciones dignas de trabajo, pues el trabajador deja de ser esclavo y pasa a ser sujeto de derechos y deberes.

Fue la Declaración de los Derechos del Hombre que declaró el trabajo como derecho inalienable del hombre.³⁶⁰ Seguramente, los Derechos Humanos protegidos ampliamente por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, son una infinidad de derechos y garantías individuales que los ciudadanos deberían poseer bajo la protección del Estado.

Y resumidamente hablando, todo y cualquier derecho fundamental del hombre que fuera violado o desrespetado por el Estado impuesta en una grave ofensa a los derechos humanos, debiendo ser protegido con la máxima cautela, pues el Estado es protector del ciudadano, y si eso no sea observado, incorremos en una grave contrariedad al contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

3. POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA Y BRASIL

3.1 Argentina y su influencia de los pactos internacionales y derechos humanos

Argentina sufrió grande influencia de los pactos internacionales en la defensa de los derechos humanos. Sin embargo de forma general, cada país interpreta las normas internacionales de forma distinta, para algunos la norma internacional se sobrepone a las

³⁶⁰ “XVIII - Todo hombre puede empeñar sus servicios, su tiempo; pero no puede venderse ni ser vendido. Su persona no es propiedad ajena. La ley no reconoce domesticidad; solo puede existir un empeño de cuidados y de reconocimiento entre el hombre que trabaja y aquél que lo emplea.”

normas internas, en otras hay norma interna que es superior al tratado; de un modo general las cortes superiores no tiene un posición majoritaria sobre la paridad de los tratados y de las leyes federales.

Antes de 1948 la opinión pública de un Estado podría protestar contra las violaciones cometidas por las autoridades de este mismo Estado, o por las autoridades de un Estado extranjero, y para tal, eran utilizados los valores contenidos en las constituciones del Occidente, de Europa Occidental y las de Estados Unidos, mismo sin teneren una referencia específica para reivindicar penalidades.

Así a penas se acusaba un Estado de exterminar toda una población y hoy día hay reglas internacionales severas que trata de genocidio, antiguamente a penas citaba que un Estado había torturaba sus presos condenados. Hoy día normas internacionales vedan cualquier tratamiento desumano o degradante.

Fue mientras la reforma de la Constitución Argentina, en el año de 1949, en la era Perón que los derechos humanos de segunda generación fueron incorporados en la carta política. A partir de esto la voz de los trabajadores comenzó a ser oída, una vez que los derechos sociales y la reclamación de todos los trabajadores fueron incluídas en el texto constitucional. Practicamente en todas las constituciones del mundo pasaron a ser organizados textos que tratasen de los derechos humanos y socioeconómicos, ligados a igualdad, educación, libertad, etc. La Constitución argentina positiva lado a lado todos los derechos de segunda generación.

No es demás recordar como dicho, que la Constitución de Mexico fue el primer documento a defender la conciliación de los derechos civiles, como la educación, protección al niño e influenció otros países con su preocupación.

El derecho al trabajo es un de los primeros derechos que defiende la constitución argentina en su artículo 14³⁶¹, reforzando el dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 23)³⁶² y asegura al mismo el derecho de subsistencia por el trabajo, como bien explora la obra del maestro Santagati.³⁶³

Eso porque el trabajo reconocidamente es una forma autónoma del hombre subsistir, de garantizar el pan a su familia y por eso es un derecho social, cabendo al Estado asegurar que el trabajador reciba un sueldo mínimo, haya condiciones dignas de trabajo, así como que el trabajador menor de edad tenga condiciones de calificarse con métodos de aprendizaje, cohibiendo prácticas perigosas, etc., conforme está previsto en el

³⁶¹“Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.”

³⁶² “Art. 23: Toda persona tiene derecho al trabajo. a la libre elección de su trabajo. a ondiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. y a la protección contra el desempleo.”

³⁶³Santagatti, Claudio Jesús, *Manual de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediciones Juridicas, 2006, p.355. “Además de elegir el tipo de actividad. el derecho a trabajar comprende, el ejercer esa actividad sin ser forzado. a cambiar de trabajo libremente a establecer las condiciones del contrato de trabajo. el ser defendido por la autoridad pública contra quienes pretendan obstaculizar el ejercicio de una actividad lícita.”

artículo 14 bis de la Constitución³⁶⁴ que tiene un sentido amplio y trata también de la seguridad social y de la irrenunciabilidad de estos derechos.

El derecho a la salud, otro pilar fundamental para el desarrollo y preservación de la dignidad del hombre está amparado en la Constitución³⁶⁵ y también en leyes esparsas, (ley 24.660, artículo 33).

La protección de este derecho es justamente mantener y disponer el acceso a población a las condiciones dignas de tratamiento de salud; la Ley 23.798 incluso defiende el derecho de los pacientes portadores del virus HIV a tener tratamiento específico, lo que demuestra una evolución se comparado con el derecho brasileño que no expone directamente el tema y deja por cuenta de los principios constitucionales y aquellos otros aplicables genericamente a defensa de los casos. Referida ley dispone de forma organizada y bastante práctica las cuestiones relacionadas con la salud, los métodos para su efectivación.

El derecho a cultura en Argentina también está relacionado a seguridad y acceso de los pueblos indígenas, hasta como una forma de compensar las injusticias ocurridas en un pasado nada distante y no se relaciona a penas con la divulgación y creación de espacios culturales o con la educación, otro vértice de este derecho.

3.2 Efectivación de los derechos sociales en Brasil

En Brasil, la positivación de los derechos fundamentales solamente ocurrió con la promulgación de la Carta Fundamental de 1988, cuando ya hay mucho se discutía y buscaba garantizar las libertades individuales del hombre.

No hay como mencionar los derechos fundamentales en Brasil sin destacar la importancia de la innovación traída por el artículo 5° de la Constitución Federal, pues atribuyó aplicación inmediata las normas que definen los derechos y garantías fundamentales.

Además de eso, esta positivación hace parte del transcurso de la historia de la humanidad y es importante porque acompañó la promulgación de la Carta Constitucional.³⁶⁶

³⁶⁴ “Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.”

³⁶⁵ “Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.”

³⁶⁶ Piovesan, Flavia, *Derechos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 2004, p. 25. “Por eso mismo, inexistente equívoco cuando se confiere a esta Norma Fundamental la atribución de reflejar un momento histórico significativo, el actual, porque el máximo del ensanchamiento en el campo de los derechos y garantías fundamentales hasta hoy conquistado, poniéndose, aún, “entre las Constituciones más avanzadas del mundo en lo que dice respeto a la materia.”

La Constitución Federal, determina en su preámbulo que el Estado es destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, esenciales para un sistema constitucional democrático.

Los derechos de segunda generación son conocidos como derechos sociales, y están ligados a legitimidad de reivindicación de justicia social, se ligan a igualdad, diferente de los derechos de primera generación el Estado está obligada a proveer a todos con igualdad y justicia, posibilitando formas dignas para el ciudadano vivir. Todos deben tener derecho a la salud, educación, trabajo, etc., como bien afirma el profesor Paulo.³⁶⁷

El artículo 60 § 4° de la Constitución a pesar de conferir cláusula petrea a penas a los derechos y garantías individuales, debe ser interpretado de forma más amplia pues los derechos de facto casi se confunden.

En la constitución, el derecho al trabajo aparece como una bandera elemental pues conduce el hombre a conquistar otras libertades, siendo este casi un prolongamiento de la libertad del hombre, pues el vincula la vida.³⁶⁸

Como se trata de un trabajo ejecutado directamente por el titular del derecho, la prestación entregue por el trabajador que dona su fuerza de trabajo, carga la persona del trabajador, por eso se usa la expresión, “el trabajo vivo” y por eso es tan especial el respeto a este. La propia carta política habla de su importancia.³⁶⁹

Por su amplitud, este derecho también complica la libertad profesional, que abriga dos aspectos: libertad de elección del trabajo y de su ejercicio del oficio o profesión escogidos, análisis que se hace a partir del texto constitucional.³⁷⁰

El derecho a la salud previsto en el artículo 6° de la Constitución brasileña está dentro del capítulo que trata del Orden Social, y en otros dispositivos (artículos 196, 197, 204, 205 de entre otros) habiendo expresa mención sobre la concretización de tales derechos, los deberes de cada ente federativo con relación a él, trazando parámetros sobre su estructura, niveles educacionales y modalidades.

Otro derecho fundamental es el derecho a la cultura, que además de la previsión constitucional, engloba el derecho a educación que también está previsto en el

³⁶⁷ Paulo, Vicente, Alexandrino, Marcelo, *Direito constitucional descomplicado*, São Paulo, Editora Método, 2012, p. 103. “Los derechos sociales son aquellos que tienen por objetivo la necesidad de la promoción de la igualdad substantiva, por medio del intervencionismo estatal en defensa del más débil, mientras los derechos individuales son los que visan a proteger las libertades públicas, a impedir la injerencia abusiva del Estado en la esfera de la autonomía privada.”

³⁶⁸ Moraes Filho, Evaristo, *O direito ao trabalho*, Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1974, Rio de Janeiro, Asgráfica, 1974, p. 674. “Siendo el trabajo un prolongamiento de la propia personalidad, que se proyecta en el grupo en que vive el individuo, vinculándolo, por la propia división del trabajo social, a los demás que la componen, representa este derecho, por sí solo, la raíz de la propia existencia del hombre, por lo que le proporciona o le puede proporcionar de subsistencia, de libertad, de autoafirmación y de dignidad.”

³⁶⁹ “Art. 170 - El orden económica, fundada en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos la existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social, observados los siguientes principios.”

³⁷⁰ Artigo 5º, XIII - Es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión atendidas las calificaciones profesionales que la ley establecer;

Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por Brasil, en el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley 8069/90), Ley de Directrices y Bases (Ley 9.394/96), Plano Nacional de la Educación (Ley 10.171/2001) entre otros.

No serán objetos de estudio aquí las diversas modalidades del derecho a la educación, el mismo fue apuntado como forma de reflexión sobre la extensión de los derechos fundamentales, y porque el estado democrático de derecho conduce a este entendimiento.

Importante destacar, que de acuerdo con datos de la Anistia Internacional, que en esta última década, ocurrieron violaciones de los Derechos Humanos en 146 países, los casos más graves fueron registrados en Bósnia, Afeganistão, Burundi, China, Birmânia, Indonésia, Timor Leste, Colômbia, Iraque, pero también en los Estados Unidos y Portugal, países con una política bien más equilibrada.

En las convenciones creadas antes de la Primera Guerra Mundial fue establecido límites para actuación del Estado, que pasó a garantizar con un poco más de rigor, aún no suficiente, la observancia de los derechos fundamentales, y en este mismo momento buscó enfatizar la importancia de relativizarse a soberanía de los Estados.

3.3 OIT y los derechos humanos del Trabajador

Dicho instrumento normativo, definió como derechos humanos básicos de los trabajadores, los derechos a la libertad de asociación y a la negociación colectiva (Convención nº 87 de la OIT), Convención nº 98 de la OIT, ratificada por Brasil que trataba de la eliminación de todas las formas de trabajo forzado o compulsorio, además de eso, edictó las Convenciones nº 29 y nº105 de la OIT, ambas ratificadas por Brasil, trató de la efectiva abolición del trabajo infantil a través de las Convenciones nº 138 y nº 182 de la OIT, así como trató de la eliminación de la discriminación en lo que dice respeto al empleo y a la ocupación a través de las Convenciones nº 100 y nº 111 de la OIT, ambas ratificadas por Brasil.

En razón de la posición especial que los derechos humanos básicos de los trabajadores ocupan, la Declaración de 1998 enfatiza que todos los estados-miembros están obligados a respetarlos, promoverlos y efectivizarlos, por el único motivo de se haberen filiádose a la OIT y, por lo tanto, independientemente de haberen ratificado las Convenciones de la Organización que tratan del asunto.

CONCLUSIÓN

Los derechos humanos son resultado de un consciencia internacional que comprende la defesa del derecho a la vida, a la integridad, la dignidad de la persona humana, como un conjunto de interpretaciones innatas de la condición humana, que subentiende todos aquellos derechos inafastables del hombre.

El acogimiento de estos principios, sin embargo, no impone a penas el respeto a los mismos, pero a su realización. Perfilar su papel fundamental es el primer paso para entender la dimensión de su aplicación, de su naturaleza. Los derechos fundamentales

o como quiere que sean llamados, deben ser conocidos no como una exortación o un consejo de los legisladores, más que eso, ellos son el objetivo de la justicia social y el trillar de su concretización.

Eso porque el enfoque de los mismos es la realización de finalidades colectivas, enfrentadas, debatidas y experimentadas a lo largo de décadas y que por eso al ser entendidas y ubicadas al grado merecido necesitan de función planeadora, colaboración mutua incluso de Estados fuertes, y implementación de políticas públicas que representan una forma organizada y evolucionada de lidiar con cuestiones que involucran debates sociales.

Contemporáneamente deciendo, los hombres de todos los pueblos tienden a cooperar y a buscar la preservación por cima de todo, del derecho de ser reconocido como detentor de derechos; las distintas comunidades vienen buscando especialmente en el fin de este siglo, una coexistencia armoniosa y que proteja la dignidad y los valores del hombre.

Estas consideraciones por su vez huyen al estudio o la noción que podamos tener sobre la formación del carácter humano, pues debe haber un consenso cuanto a esta, en el sentido de que, cuando el hombre no tiene, camina al lado de lo que es moralmente defendido por los derechos humanos.

Tal vez el lado cruel si no doloroso a relatar sobre los derechos humanos y del despertar para una conscientización, es que solamente tras grandes sufrimientos de carne y espíritu y cuando los efectos del conflicto fuesen sentidos de forma devastadora es que se acordaron para su verdadera y eficaz defensa, antes de eso, no pasan de números y suposiciones.

Fue así con la creación del documento más importante y norteador de los derechos del ciudadano; solo después de manchar con sangre inocente de trabajadores y de aquellos que, sin saber defendían el país, es que se constató la violación de una serie de derechos de la persona y se creó un instrumento que gritó la paz.

No se puede olvidar del favor inmerecido que trajo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, pues no se trata de un documento de simple ampliación mundial o de una adaptación de textos nacionales, pero de ecos religiosos, filosóficos y morales que fueron capaces de orientar y alcanzar diversos y únicos pueblos.

Así que como no se puede olvidar también, sin querer debater las cuestiones de soberanía y su extensión, que el pueblo es el elemento que realza este aspecto jurídico dado a los derechos fundamentales, pues realza una protección vinculada a un orden normativo que depende de los mismos para levantarse y mantenerse protegida, y que tiene dos elementos que deben ser observados para reconocerse en que se fundamentan estos derechos humanos, sea de primera o de segunda generación; son el Derecho y la Democracia.

Sin embargo, el concreto desarrollo de la vida de las personas que determina el derecho históricamente construido donde el hombre está y por más increíble que pueda parecer, presenta horizontes posibles, una vez que los derechos humanos (principalmente los sociales), transforman instituciones y tienen como alvo rescatar la razón y el motivo por lo cual se debe defender la vida.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor, Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

_____, *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito*, Revista de Direito Administrativo nº 7, 1999.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, Nunes Júnior, Vidal Serrano, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Savaiva, 2006.

BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

_____, Norberto, *O futuro da democracia*, Trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo, Paz e Terra, 2006.

Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2000.

CASTILHO, Ricardo, *Direitos humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2010.

CIENFUEGOS SALGADO, David, *Historia de los derechos humanos, apuntes y textos históricos*, Chilpancingo, Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 2003.

HERKENHOFF, João Batista, *Direitos humanos: a construção universal de uma utopia*, São Paulo, Editora Santuário, 1997.

HOBBSAWM, Eric, *A era dos extremos: o breve século XX*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

HUMENHUK, Hewerstton, *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*, Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº 227, 20 fev. 2004. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acedido em 12/10/2013.

JAEGER, W. W, *Paideia: a formação do homem grego*, São Paulo, Martins Fontes, 1989.

JIMÉNEZ. Eduardo Pablo: *Los derechos humanos de la tercera generación*, Buenos Aires, Ediar. S.A., 1996.

KELLY, G. M., *Empleo y conceptos del trabajo en la nueva economía mundial*, Revista internacional del trabajo, Ginebra, OIT – Organização Internacional do Trabalho, vol. 119, nº 1 (2000).

LAFER, Celso, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

LUÑO, Antônio Enrique Perez, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros, *Direitos Humanos (sua história, seu direito)*, São Paulo, Juarez, 2000.

MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional*, México, Joaquín Mortiz, 1968.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, *Pleno empleo, derecho al trabajo y deber de trabajar en la Constitución española, Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba, Garcia, Eusébio Fernandez, *Historia de los Derechos Fundamentales: transito a la modernidad siglos XVI y XVII*, Madrid, Institutos de Derechos Humanos Bartolome de las Casas: Universidad Carlos III de Madrid, 1998, t. I.

MONDAINE, Marco, *Direitos humanos*, São Paulo, Contexto, 2006.

_____, *O respeito aos direitos dos indivíduos*, In Pinsky, Jaime, Pinsky, Carla Bussanezi, (Orgs.), *História da cidadania*, São Paulo, Contexto, 2010.

MORANGE, Jean, *Direitos humanos e liberdades públicas*, Trad. Eveline Bouteiller, Barueri, Manole, 2004.

MUSSO, José A., *Los derechos humanos en el Derecho Internacional*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Santiago del Estero, 2005.

NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

LÓPEZ, Palomeque Manuel Carlos, *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, Sempere Navarro, A. V. (dir) e Martín Jiménez (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003.

_____. *Autonomía y necesidades básicas*, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, 1990.

PADILLA, Miguel M. *Lecctones sobre derechos humanos y garantías*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995.

PÉRES LUÑO, António, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flavia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad 2004.

RAWLS, John, *A theory of justice*, Oxford, Oxford University Press, 1988.

Revista da Organización Internacional del Trabajo, El Diálogo Social y las relaciones laborales en Argentina, 2003-2010 - Estado, Sindicatos y Empresarios en Perspectiva. Disponible en http://www.oit.org.ar/WDMS/bib/publ/libros/dialogo_social.pdf, aceso en 01/12/2013.

RUBIO, Valle Labrada, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*, Madrid, Civitas, 1998.

ROJAS, Mauricio, *Mitos del milenio: el fin del trabajo y los nuevos profetas del Apocalipsis*, Buenos Aires, Cadal, 2004.

SALAMANCA, Serrano Antonio, *Fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Antonio Salamanca Serrano, 2003.

Rubio, David Sánchez, *Direitos humanos, ética da vida humana e trabalho vivo*, In Wolkmer, Antonio Carlos (org), *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Rubio, Sánchez, David, FLORES, Herrera, SALO DE, Joaquín Carvalho, *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria Crítica*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SANTAGATI, Claudio Jesús, *Manual de Derechos Humanos*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

SCHWARTZ, Germano, *Direito a Saúde: efetivação em uma perspectiva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

Sinónimos / Antónimos, *Ediciones Larousse s. A. de c. V*, México, 1997.

SÜSSEKIND, Arnaldo, *Direito constitucional do trabalho*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, *Tratado de direito internacional dos direitos Humanos*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, t.I.

_____, *Direitos humanos das mulheres: a proteção Internacional*, Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional, Evento Associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos, Brasília, 2000. Disponible en http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acceso en 11/11/2013.

VIEIRA, José Carlos, *Democracia e direitos humanos do Brasil*, São Paulo, Loyola, 2005. Weeks, John, *Salarios, empleo y derechos de los trabajadores en América Latina entre 1970 y 1998*, Revista internacional del trabajo, Ginebra, OIT – Organização Internacional do Trabalho, vol. 118, nº 2 (1999).

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Lei, Derechos, Justicia*, Madri, Trotta, 1995.

O ATIVISMO JUDICIAL E A CRIAÇÃO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

*Rodrigo Cordeiro Teixeira*³⁷¹

RESUMO

O presente trabalho busca apresentar como a omissão legislativa do Estado impôs a sociedade que, para poder ver direitos que pela absoluta falta de interesse do Congresso Nacional sob determinadas matérias fossem reconhecidos, se servissem do judiciário. Sem lei específica para os casos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal fossem julgados, os Ministros se viram obrigados a dizer o direito com base em ponderações e princípios constitucionais. Este trabalho é conhecido na doutrina por ativismo judicial, onde pela omissão do legislador o judiciário diz o direito além das normas. Porém este ativismo deve possuir um limite devendo ser imposto um sistema de filtros e limites para que a discricionariedade não se torne uma usurpação de função de um poder que é distinto.

Palavras-Chaves: Ativismo Judicial. Racionalidade. Precedente. Romance em Cadeia.

ABSTRACT

This paper seeks to present as the omission of State imposed the society that, to be able to view rights by the total lack of interest the National Congress under certain matters be recognized, if the judiciary serve. No specific law for cases that reached the Supreme Court were judged, the Ministers have had to say a right based on weights and constitutional principles. This work is known in doctrine by judicial activism, where the omission of the legislator the judiciary says the right beyond the standards. But this activism should possess a limit should be imposed a system of filters and limits to that discretion does not become a usurpation of power function that is distinct.

Keywords : Judicial Activism. Rationality. Precedent. Romance in Jail.

Sumário: 1. Introdução. 2. O ativismo judicial. 3. A Racionalidade e a Ponderação. 4. A Norma. 5. O Princípio. 6. A utilização de Regras e Princípios como base teórica para a formação do Precedente. 7. A Criação do Precedente. 8. Conclusão. 9. Referências.

INTRODUÇÃO

A grande repercussão trazida pelo reconhecimento do casamento homoafetivo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal trouxe ao debate a atuação do Poder Judiciário Brasileiro.

³⁷¹ Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil, graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Mogi das Cruzes – SP. Advogado militante. Procurador Jurídico da Câmara Municipal de Santa Maria do Oeste – PR. Professor de Direito Penal e Processual Penal das Faculdades do Centro do Paraná – UCP.

Conservadores que não gostariam que este tema fosse aprovado no Congresso Nacional sempre barraram esta matéria, impedindo sua votação.

Grupos de homossexuais e simpatizantes não admitiam esta inércia e buscaram no Judiciário uma resposta, que por sua vez, representando o Estado os Senhores Ministros reconheceram a legalidade de tal ato apresentando na ausência de Lei específica analogias e valorações que compuseram este grande precedente.

Com uma argumentação no sentido de que o casamento é um contrato, e para tanto poderia ser utilizado as normas a este dispositivo empregado, somado a princípios básicos constitucionalmente protegidos a racionalidade foi tamanha que neste momento é impensável uma lei ter valor maior que este julgado.

Diante de tal fato, parte conservadora da sociedade questiona esta atuação do Judiciário que na forma em que agiu, estaria usurpando poderes que a ele não lhe foram conferidos.

Porém, a inércia também do Judiciário significaria também um ato de injustiça.

Assim, o presente trabalho buscará apresentar de que forma é criado um precedente, explicando de forma sucinta o que é este ativismo e como é possível trabalhar sem uma norma específica e mesmo assim dizer o que é o Direito para um caso concreto, bem como este julgamento, racional, ponderado e que exige grande argumentação jurídica, servirá como precedente para casos análogos.

O ATIVISMO JUDICIAL

O sistema judiciário brasileiro sempre foi extremamente positivista e formal, não dando azo a qualquer tipo de subjetividade do julgador que tinha na lei o seu amparo para o julgamento das lides.

Ocorre que a sociedade contemporânea trouxe até o judiciário discussões que estavam muito além da norma. Questões que não eram de interesse do Legislativo tratar e que ficaram emperradas sem julgamento no Congresso Nacional.

Países acostumados culturalmente ao julgamento de casos com base em uma argumentação e não apenas em textos de lei, acabaram por dizer o direito e criar um sistema de precedentes que sistematizava os julgamentos seguintes.

Conforme destaca o Ministro Luiz Roberto Barroso “em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade”.

Com o final da Segunda Guerra Mundial as Constituições “se encheram de conteúdo moral” e sua utilização passou a ser muito mais do que apenas letra de lei, sendo utilizado como fundamento de diversas ações judiciais, que versavam sob assuntos atinentes à questões que possuem aspectos absolutamente políticos.

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. (BARROSO, L.R.)

A esta procura de respostas eminentemente política mas feitas ao Judiciário é denominado judicialização, que para o Ministro Luiz Roberto Barroso “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.

“Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas”. (BARROSO, L.R.)

Utilizando do que se convencionou chamar de ativismo judicial quando os Tribunais brasileiros e em especial o Supremo Tribunal Federal utilizando de uma grande trabalho de ponderação e de argumentação, busca na harmonização entre as normas existentes e os Princípios, utilizando-se de conteúdos morais que não fazem parte escrita dos diplomas legais, mas que em tese estariam sub entendidos, trazer um julgamento racional aos casos em concreto.

“...o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. (BARROSO, L.R.).

Para Anderson Vichinkeski Teixeira, “o ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. A Política encontra-se acometida pela burocracia – e progressiva burocratização – do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam. Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política”.

Desta forma ante a inoperância muitas vezes intencional dos poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário acaba por assumir um protagonismo na função de resolução de conflitos e pacificação social.

Desta atuação sem a utilização de um texto de lei que tenha sido discutido e aprovado pelos demais poderes, cabe ao Juiz utilizar de uma racionalidade para entregar a sociedade uma decisão que possa ser considerada justa e que sendo bem fundamentada baseada em ponderação e uma qualidade de argumentação servirá como precedente para a resolução de casos análogos.

A RACIONALIDADE E A PONDERAÇÃO

A construção de um precedente se dá antes de tudo com a uma profunda transformação sistemática e propedêutica do sentido dado à produção normativa que, encontrava no constitucionalismo positivo o “império da Lei formal”, secularizada, fortemente arraigada aos discursos liberais e à ideia de direitos fundamentais circunscritos a noção de limite à atuação do Estado.

A tendência normativa contemporânea altamente axiológica e interpretativa, que toma do legislador a chancela exclusiva de construir a eficácia social da Constituição em benefício do julgador, que se considera, a partir de então, legitimado a (re)produzir as diretrizes fundamentais *in casu*, superando as dicotomias de direito público vs. direito privado, partindo de uma atuação intravenosa e irradiante a todo o ordenamento jurídico que, assim, se *constitucionaliza*, que compromete o Estado à atuações em prol da realização de valores essenciais e que reclamam não apenas limitações, mas, sobretudo, condutas e comandos positivos, materiais, com “la distribución de su prestaciones según la lógica universalita de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático” (FERRAJOLI, 2009, p. 23): uma nítida condução constitucional moralizada, abstrata e diretiva em contraste à fria produção legislativa estrita e estanque de normatizações subsuntivas.

Conforme aponta Humberto Ávila (2009, p. 2), as mudanças propostas não são independentes e nem paralelas, mantendo consigo uma relação consequencial e que:

[...] teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez de subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada da Constituição em vez de baseada na legislação (idem).

Entretanto, é impossível conceber essas duas preposições – regras e princípios – de forma dissociada. Isso porque, tratam-se de fenômenos sucessivos, paralelamente atuantes e que, conquanto originados sob a égide de duas concepções distintas de Direito, não se extinguem ou se sobrepõem, como se pretende às vezes entender.

A NORMA

Podemos analisar a norma a partir das duas perspectivas, que ora a concebe partir de regras – comandos objetivos e conclusivos em si próprios, endereçados a circunstâncias factuais previstas e plenamente solucionadas, com grau de generalidade relativamente baixo – e ora em princípios – conjuntos ético-normativos de complexo teor valorativo e substancial, inspirados em determinações abstratas e ajustáveis ao caso concreto.

Vale lembrar que ainda que fundamentalmente epistemológica, essa é, na opinião de Alexy (2008, p. 85), a distinção teórica mais importante a partir de qual se pode compreender a organização jurídica constitucional e, sem ela, “não [se] pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico” (idem).

Compreender o perfil metodológico da norma enquanto regra, por exemplo, nos permite considerar a silogística da subsunção como parâmetro de atuação do Estado legislador na pretensão de, a priori, prever e regulamentar toda a estrutura comportamental da sociedade a fim de dar-lhe razões últimas e decisões absolutas em prol da uniformização de atuações estatais e privadas por meio de comandos certos e claros, uma vez que “a descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos” (SARMENTO, p. 4). Logo, “para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona com un esa consecuencia normativa” (MORESO, 2009, p. 100).

Em razão disso, marcada por uma tradição de tudo-ou-nada, se duas ou mais regras se mostram colidentes por igualmente verificarem-se no caso concreto, só se poderá cogitar numa solução se “se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, 2008, p. 92). “Caso contrário não apenas haveria um problema de coerência no ordenamento, como também o próprio critério de classificação das regras – dever-ser definitivo – cairia por terra. (SILVA, 2009, p. 48)

OS PRINCÍPIOS

Quando tomamos a norma como princípio, vemo-la delineada por aquilo que Alexy (2008, p. 90) cunhou – sendo reiterado por toda doutrina – como “mandamentos de otimização”, “que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (idem), efetivados a partir da técnica de ponderação e do pressuposto de que se uma decisão carece deslinde é porque há uma pluralidade de princípios constitucionais em conflito e que existem variadas “consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica” (SILVA, 2009, p. 50)

Assim:

El juez, ante el caso concreto encuentra razones de sentido contradictorio; y es obvio que no cabe resolver el conflicto declarando la invalidez de alguna de esas razones, que son precisamente razones constitucionales, ni tampoco afirmando que algunas de ellas han de ceder siempre em presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una jerarquia que no está en la Constitución. Tan sólo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una jerarquía móvil o axiológica y afirmar que en el caso concreto debe triunfar uma de las razones que pugna, pero si que ello implique que em otro no deba triunfar la contraria (SANCHÍS, 2009, p. 142).

Assim podemos afirmar, sem dúvida, que as justificativas de ambas as posições encontram lastro seguro na tradição histórica que lhes fazia berço. Enquanto na concepção positiva a regra vinha consagrada como um parâmetro certo e predeterminado de garantias

fundamentais onde o caso concreto se adequava à norma, subsumindo-se a ela, a doação axiológica da norma pós-positivista se afirmara em um universo de valores coexistentes, aparentemente contraditórios e essencialmente pluralistas – de fontes, princípios e meios de integração, que se modulavam ao caso concreto a partir da técnica de ponderação.

Daí a percepção sustentada por Alexy (2008, p. 90) ao propor que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível”, como sendo *mandamentos de otimização* empregados na “composição e superação dos discursos normativos” (SHIER, 1999, p. 58), autorizadores de uma manifestação larga de valores institucionalizados que, adaptados à uma infinidade de circunstâncias (uma vez que não limitados as especificidades de um dado fato regrado), são capazes de concretizar os objetivos lançados pelas ordens políticas e democrático-pluralistas, penetrando “em todo o ordenamento jurídico, impondo uma ‘filtragem’ constitucional do ordenamento, vale dizer, a releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do Direito à luz da Constituição” (SARMENTO, p. 10)

Se passou a acreditar que os fluxos de desenvolvimento do Direito tenderiam para uma compreensão de:

[...] más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución em todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, em lugar de espacios exentos em favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipresencia judicial em lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistência de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictórios, em lugar de homogeneidade ideológica em torno a un puñado de principios coherentes entre sí y em torno, sobre todo, a la sucesivas opciones legislativas (SANCHÍS, 2009, p. 131-2).

Tinha-se por igualmente certo afirmar que neste novo panorama jus-político não haveria mais, aos poucos, lugar para a positivação da norma. Ocorre que, conquanto sedutora a teoria de “essencialismo” vinculante, “se quisermos levar à sério a democracia, o impacto negativo que uma ‘panconstitucionalização’ do Direito pode exercer sobre ela tem de ser devidamente sopesado” (SARMENTO, p. 30), a fim de que não sejamos refugiados num estado de extremismo dogmático no qual se aportasse em um ultrarracionalismo prático sustentado “em termos absolutos [...] de modo que o aspecto restritivo da discricionariedade que encontramos nos princípios se impõe terminantemente em seu aspecto expansivo de discricionariedade” (FIGUEROA, 2012, p. 520), nem que a partir de certo irracionalismo negasse “toda possibilidade de objetividade semântica, de modo que o aspecto de discricionariedade anula[sse] por completo o aspecto restritivo das normas jurídicas em geral” (idem, p. 521).

Para tanto, devemos entender que:

[...] a Constituição não pode ser vista como a fonte da resposta para todas as questões jurídicas. Uma teoria constitucional minimamente comprometida com a democracia deve reconhecer que a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o legislador e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas. (SARMENTO, p. 30)

Isso porque, precipuamente, “as regras e princípios desempenham funções diferentes” (AVILA, 2009, p. 5) e se o modelo puro de regras havia se mostrado insuficiente em todas as formas de regulação dos direitos fundamentais, o modelo puro de princípios também fora rejeitado por não ser capaz de levar a sério as regulações adotadas pela Constituição e, “quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado” (ALEXY, 2008, p. 135).

A UTILIZAÇÃO RACIONAL DE REGRAS E PRINCÍPIOS NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE

Da mesma forma como a afirmação de que os extremos eram altamente perigosos e instáveis (tanto pela friidez de um sistema puramente positivista quanto pela elasticidade desmedida de um pós-positivismo ilimitado), de nada adiantaria pretender pela coexistência de dois sistemas normativos *prima facie* distintos como são, sem que para tanto se adotasse uma postura jurídico-dogmática capaz de suportar essa dita coexistência.

Isso porque frente à inúmeras tantas classificações e conceitos que buscam dar aos princípios *status* de superioridade normativa (e, portanto, competência para derrogar regras) se insurgem outras várias acepções de imposição da regra como “razões (autorizativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas)” (AVILA, 2009, p. 5).

Logo, conforme sustenta Ariza (2009, p. 242):

[...] esta tensión resulta bien ilustrada cuando se aborda el asunto de la eficacia de los principios. Por um lado, se disse que los principios son directamente aplicables, pero no otro se insiste em que debido a que tales principios carecen de supuesto de hecho o al no especificar las condiciones de aplicación, entoces deve intervenir el legislador democrático para desarrollarlos y concretarlos. Esta tension entre eficacia inmediata (que exige la actuación de los jueces) y mediata (que requiere la necesaria actuación del legislador), [...] resume muy bien cómo la principal dificultad del modelo jurídico del neoconstitucionalismo es establecer los limites o articular um diseño que permite conjugar la labor jurisdiccional y la función del legislador.

Ainda que fosse necessário “el Derecho por principios, dúctil por naturaleza, es decir, a um tiempo invasivo y flexible” (POZZOLO, 2009, p. 193) como forma de efetivação de exigências de justiça (não meramente formal, mas sim, substancial), não se poderia perder de vistas que:

La fuerza normativa del Derecho, sin embargo, es más que mera articulación selectiva y generalizadora de contenidos sociales vigentes. El problema normativo de la relación existente entre Derecho y realidad só puede ser entendido por una teoria de la práctica jurídica (aquí, jurídico-constitucional) que investigue las condiciones esenciales de la realización del Derecho, sin perderse em um análisis limitado exclusivamente a los pormenores de la técnica metodológica. (MULLER, 1989, p. 115)

Era sim necessária, como considerou com maestria Barroso (2009, p. 307), a construção de um paradigma que não se importasse no “desprezo ou abandono ao método

clássico – o subsuntivo – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico” posto que, ainda que insuficientes, não estavam longitudinalmente opostos aos mecanismos de funcionamento neoconstitucional, considerando-se que a relação estabelecida entre regras e princípios não é “uma relação de colisão, mas uma relação de restrição” (SILVA, 2009, p. 52).

Assim:

Lá relación entre y Derecho no puede ser comprendida suficientemente ni en su universalidad jurídico-filosófica, ni basándose exclusivamente en los detalles de la metodología práctica para el tratamiento de cada caso. Antes bien, es preciso unir hermeneuticamente ambos puntos de vista (MULLER, 1989, p. 112).

Resta evidente que a concepção que se pode adotar, de maneira uníssona ao que se espera de um Estado e de Direito convenientemente congruentes é uma organização jusnormativa que “surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras” (ALEXY, 2008, p. 135), que tivesse a dialética como tônica e que fosse realmente capaz de integrar-se harmoniosamente com seu próprio organismo jurídico fenomenológico.

Tão logo se movimentaria a produção normativa no sentido de atribuições de competência atinentes ora à regra, ora aos princípios. É bem verdade que as características essenciais da primeira resultam na imposição de critérios finalísticos, seu espaço estaria circunscrito a definição de limites à atuação do julgador no deslinde dos princípios constitucionais, sem que uma ou outra concepção de norma fosse elevada a um grau de soberania disforme em relação a outra, valendo-se as novas dialéticas normativas a partir de critérios de qualificação das normas em determinando âmbito de atuações. Por consequência:

[...] a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle do poder. E daí se dizer, por consequência, que, num conflito efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra. Por exemplo, se a Constituição possui uma regra vedando, de modo categórico, a utilização da prova ilícita, não cabe ao intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização, pois, nesse caso, a própria Constituição fez uma escolha e não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer (ÁVILA, ano. p. 5).

É sim, fundamental, o desenvolvimento de “técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão” (BARROSO, 2009, p. 333), mas de forma que:

Las distinciones entre ámbito material, ámbito normativo y programa normativo, sus subdistinciones em cada caso concreto y el trabajo com estos conceptos estructurales no pueden, em suma, ni garantizar sin más que las decisiones sean correctas ni substituir los métodos tradicionales y recientes de la aplicación del Derecho. Sí ofrecen, sin embargo, nuevos puntos de vista auxiliares, elementos adicionales para la racionalización y la

fundamentación y exposición, necesarias y minuciosas, que en numerosos momentos del análisis jurisprudencial demuestran su utilidad para el Derecho Constitucional (MULLER, 1989, p. 9)

A demanda que se percebe, então, é argumentativa. Conforme defende Figueroa (2012, p. 19), é pelo argumento jurídico – que não se limita à critérios dicotômicos que adrede ao conceito contemporâneo de Direito não cabem numa perspectiva segregante – que se procura “dar razões que justifiquem um determinado enunciado”, tratando-se de:

[...] um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão (BARROSO, 2009, p. 339).

Assim, tomando-se os princípios como valor paradigmático essencial à aplicação da regra é que se consegue construir um discurso jurídico que, conquanto positivado e inferido nas balizas da ordenação técnica, guarnecem sua alabama de critérios da conduta axiológica dos valores constitucionalizados através de princípios e normas de alta carga de abstração. De maneira redundante, parte-se do *princípio* para que se alcance o caso concreto dentro da *regra*.

É bastante crível que isso faça com que o Direito contemporâneo tenha grande dificuldade em se identificar com aqueles movimentos teórico-dogmáticos de outros tempos:

Continua falando-se de positivismo jurídico (inclusivo, crítico, neopositivismo etc.), da mesma forma que de neorealismo, neojusnaturalismo etc., porém, as fronteiras entre essas concepções parecem ter-se apagado consideravelmente, em parte porque o que acabou prevalecendo são as versões mais moderadas de cada uma dessas concepções (ATIENZA, 2012, p. 94).

Isso porque a verdadeira essência do fenômeno jurídico – enquanto uma concreção de necessidades primais do universo social – não pode ser considerado a partir de condutas excludentes ou absolutamente impostas em prejuízo umas das outras. Ao contrário disso, a experiência do Direito remete à construção gradativa de uma ciência substancialmente jovem e de primeira importância para a consecução de valores protetivos às singularidades de cada geração e ao pluralismo avassalador que se percebe em todo mundo.

Com razão, a adoção de princípios se revela como uma sábia maneira de conduzir a atividade do julgador à concreção constitucional, dando-se eficácia à parâmetros globalmente humanistas e garantistas em ordens jurídicas comprometidas e factualmente engajadas na efetivação da justiça. Por outro lado, não se pode adotar uma postura irracionalizada de lançar mão de todo um complexo aporte normativo regrado, sob pena de se instalar a crise de um Direito tão dúctil quanto não pudesse mais ser contraído e quanto menos levado a sério, aportando-se no que Sarmento (p. 23) reclama como “déficit de democracia intergeracional”.

A CRIAÇÃO DO PRECEDENTE

A partir do momento em que se adota um sistema jurídico baseado no escalonamento normativo ínsito à construção de um constitucionalismo rígido e vinculante, baseado na atividade jurisdicional atuante na aplicação imediata das normas fundamentais ao caso concreto, se passa a vislumbrar uma nova tomada ao Judiciário que, muitas vezes, ao julgar os fatos com vistas à Constituição não infralegislada, inova. Isso porque conquanto às Casas de lei seja garantida a discricionariedade política de votar ou não determinadas pautas, aos juízes resta o dever de jamais furtar-se daquilo que lhes é posto a julgamento – uma vez que a inafastabilidade jurisdicional seja a garantia maior de que o cidadão terá suas pretensões, ainda que indiretamente, apreciadas pelo Estado.

Essa atuação, iminentemente política, consagrou o novo perfil da jurisdicionalidade contemporânea no atendimento aos direitos fundamentais da pessoa que passam, neste novo contexto, a desempenhar “outras funções além de limitar o Parlamento, eis que impõem ao Estado como um todo funções negativas (de abstenção) e positivas (de prestação) para a sua garantia” (BARBOZA, 2014, p. 21-2).

A justificativa primordial de estabelecimento deste modelo está pontuada na garantia de que uma dada maioria – situada no âmbito das ordens democráticas – não será responsável pelo apoderamento de minorias subjugadas por uma “lei aprovada pela maioria” (NOVAIS, 2014, p. 27), nem que sucumbirá à inércia legislativa no que concerne a temas não politicamente populares.

Para isso é imprescindível que se vislumbre um modelo distintivo de regras e princípios, que seja capaz de atribuir ao julgador ferramentas: (i) tangíveis e que sejam passíveis de juízo de verificabilidade (o que foi trazido antes no tratamento dispensado às regras) constituindo uma base jurídica concreta e; (ii) orientadas por mandados de otimização e por complexos axiológicos capazes de dar abrigo à uma atividade técnica de ponderação jurídica (visualizada sob a égide dos princípios) (MOREIRA, 2012, p. 119-20).

Desta forma, ainda que de maneira diretamente haurida pelo texto constitucional, sob a amálgama das suas construções valorativas que assentam os direitos fundamentais, a construção do Direito pelo exercício da jurisdição teria necessariamente de ter como pressuposto uma teoria que, malgrado pautada numa pretensa discricionariedade do julgador, fosse capaz de dar à realidade normatizada segurança e confiabilidade, aos moldes do que a *common law* inglesa experimentou com a doutrina das *stare decisions*³⁷² e que viabilizasse a construção do precedente de maneira ordenada e juridicamente confiável.

Partimos a idealização de uma relação dialógica entre fatores que, essenciais ao deslinde da causa, são responsáveis à concreção da justiça e de decisões justas e minimamente conflitantes, pautada em uma teoria de argumentatividade racional e ponderada que tem como critérios “a razoabilidade dos Direitos fundamentais, a ponderação entre Direitos fundamentais, a coerência [...], a universalidade dos métodos de interpretação, a objeção da argumentação de incoerência e a transparência dos direitos

³⁷²“Existem duas variações do *stare decisionsi*, que pode ser vertical ou horizontal. O *stare decisions* vertical exige que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores. O *stare decisions* horizontal exige que a Corte siga seus próprios precedentes. A explicação para a deferências das Cortes superiores se explica, segundo Hershovitz, na medida em que facilita a coordenação entre os juízes e tem o potencial de melhorar o processo de decisão judicial em uma vez que os juízes (ministros) dos tribunais superiores têm maior experiência do que aqueles de primeira instância. Já o *stare decisions* horizontal se justifica para aqueles que veem o direito como integridade e se comprometem com a história de sua comunidade” (BARBOZA, 2014, p. 21-2).

fundamentais” (MOREIRA, 2012, p. 124), adotando uma análise do Direito como um organismo íntegro:

[...] tanto o produto da interpretação abrangente da prática quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso (DWORKING, 1999, p. 273)

Para que isso seja possível é preciso que o juiz elabore “um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro” (BARBOZA, 2014, p. 252), na ideação do que Dworking chamou por *romance em cadeia* no qual:

Os juízes [...] são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *McLoughlin* ou *Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram, em si mesmas, problemas de teórica crítica. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo (DWORKING, 1999, p.273).

Trava-se o Direito – nesta perspectiva de integridade³⁷³ precedencial – numa perspectiva construtiva que pretende se afastar de um grau de discricionariedade jurisdicional asoberbada que fugisse por completo da estrutura normativa prévia e estabelecida sob a égide de uma dada ordem jurídico-social. Isso significa que, ao passo em que o juiz teria a atribuição de julgar o fato concreto a partir da norma abstrata, não está ele livre em absoluto para fazê-lo, a ponto de ter a função jurisdicional usurpado a competência que originalmente pertence ao parlamento. Contrariamente a isso, colocar-se-ia diante de critérios balizantes como: (i) o reconhecimento dos paradigmas normativos e a maneira como a evolução daqueles premissas ocorreu; (ii) o alinhamento dos paradigmas fáticos à estrutura normativa vigente e uma análise *in casu* de coexistência dos valores gerais e da pretensão assumida pelo aporte fático e; (iii) a viabilidade gradativa de se agregar tesões paradigmáticas à transformação do precedente do velho ao novo.

CONCLUSÃO

Como apresentado no transcorrer do presente trabalho, o Judiciário atuando como o próprio Estado apresenta a sociedade uma paz social e consegue resolver um conflito e julgar casos que tanto o Executivo e o Legislativo deixam de apreciar por muitas vezes representar interesses de uma minoria.

Não existe por parte deste poder o interesse de usurpar poderes, mas como é provocado pela sociedade sua inércia não pode ser eterna, e o julgamento através de uma racionalidade que se utiliza normas e princípios e valores morais desta sociedade tendem a ser utilizados para que uma resposta seja dada ao litigante.

Porém esta discricionariedade deve ser sempre limitada a um sistema de filtros e contrapesos, pois não se pode utilizar de qualquer argumento para “criar leis” e dizer o

³⁷³“Os juízes, segundo o princípio judiciário da integridade, devem identificar os direitos e deveres legais tendo em vista que foram todos criados por um único autor, a comunidade personificada, que, portanto, expressa uma concepção coerente de justiça e equidade” (BARBOZA, 2014, p. 261).

Direito de acordo com uma moral e interesses que talvez não corresponda aos interesses e moral da sociedade.

Neste sentido o que se deve buscar sempre, é que o romance em cadeia apresentado por Dworking exista de fato, para que a racionalidade seja não a de um juiz, mas sim de todo o judiciário, que exigirá do próximo escritor uma racionalidade ainda maior para suplantando a argumentação apresentado e alterar o precedente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. – São Paulo: Malheiros, 2008.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo.

ATIENZA, Manuel. O Direito como argumentação. MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). Argumentação e Estado constitucional. – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2012.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. – Bahia: Revista eletrônica de Direito do Estado, nº 17, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Consulta em 25/09/2015.

DWORKING, Ronald. O Império do Direito. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009.

FIGUEROA, Alfonso Garcia Figueroa. A teoria do Direito em tempos de neoconstitucionalismo. MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). Argumentação e Estado constitucional. – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo argumentativo constitucional. MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). Argumentação e Estado constitucional. – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2012.

MORESO, José Juan. Conflictos entre principios constitucionales. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009.

MULLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. – Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

POZZOLO, Suzanna. Un constitucionalismo ambíguo. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009.

_____. Jusnaturalismo, positivismo e controle da lei. Os pressupostos históricos, ideológicos e doutrinários da jurisdição nacional. MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). Argumentação e Estado constitucional. – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2012.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional – Os dois lados da moeda.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. – São Paulo: Malheiros, 2009.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: Nos Limites entre racionalidade jurídica e decisão política em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf> . Consultado em 25/09/2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Trotta: Madrid, 2007.

O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO INSTRUMENTO DE RACIONALIDADE E CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho³⁷⁴

RESUMO

O presente artigo tem como objeto analisar o atual momento constitucional como base para o desenvolvimento nacional sustentável. Nesta tarefa, será apresentado o neoconstitucionalismo enquanto sua utilização como Teoria do Direito, sendo apresentadas algumas anotações gerais acerca do neoconstitucionalismo, tais como conceito, surgimento, contexto histórico, relação com o Direito do ser e do dever ser. Avançando, será dada ênfase a construção da norma neste ambiente neoconstitucional, indicando as principais doutrinas que trabalham o tema, tais como Robert Alexy e Friedrich Muller, com o conseqüente modo de atuação do aplicador do direito quando na resolução do conflito. Avançando, serão traçadas as bases do desenvolvimento nacional sustentável, seu ingresso no sistema constitucional, e a sua relação com o ambiente neoconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Neoconstitucionalismo; Desenvolvimento Nacional Sustentável.

INTRODUÇÃO

O Estado, em consequência ao Estado Democrático de Direito, tem o dever de concretizar os pilares e objetivos consagrados no texto constitucional. Neste sentido, aparece como cerne constitucional o desenvolvimento nacional sustentável, o qual apresenta diversas dimensões para com a sociedade e com o poder público, normatizados sobre a forma de valores, princípios e regras constitucionais.

Neste passo, com a concretização deste complexo de desenvolvimento atrelado intimamente ao texto constitucional, por consequência, a todo o sistema constitucional envolvido nesta seara, torna-se necessário um diagnóstico do constitucionalismo atual, com especial atenção ao modo de efetivação, aplicação, concretização do Direito. Torna-se necessário, pois, analisar a estrutura do atual momento constitucional, qual seja, o neoconstitucionalismo.

OS CAMINHOS NEOCONSTITUCIONAIS

Apontado como ideologia, Teoria do Direito ou fundamento político³⁷⁵, o neoconstitucionalismo é fruto das transformações do pós-guerra e a necessidade de uma racionalidade na solução de conflito. Há uma busca pelo desenvolvimento de um Direito

³⁷⁴ Professora da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP. Mestranda no Programa de Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL, na condição de bolsa/taxa CAPES. Membro do Núcleo de Investigações Constitucionais – NUPECONST. Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Atua com contratações públicas federais desde 2004.

³⁷⁵ SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003, p. 126.

em que o ser se relaciona com o dever ser, abrangendo, nesta conexão, aspectos morais e éticos. Fala-se em uma aproximação entre o jusnaturalismo e o positivismo.³⁷⁶ Este intento segue em construção na própria concepção de Estado de Direito, o qual deve ultrapassar uma única fonte originária e positiva. Danilo ZOLO esclarece, neste sentido, que o atual modelo de Estado de Direito passa por uma crise em sua capacidade reguladora dos ordenamentos jurídicos frente à pluralidade interna e internacional dos Estados.³⁷⁷

O objetivo do neoconstitucionalismo é fazer o contraponto ao anterior constitucionalismo. Se o constitucionalismo se caracteriza por uma “coerência sistemática num quadro dogmático-conceitual”³⁷⁸, ou seja, uma pureza normativa³⁷⁹, o neoconstitucionalismo se caracteriza pelo ingresso dos fatores externos na construção da norma. A estreita ligação com o princípio da legalidade é paulatinamente substituída pelos fatores externos, políticos, éticos e morais que cobram uma maior racionalidade decisional – neoconstitucionalismo.

Segundo Luis Pietro SANCHIS, o neoconstitucionalismo, na dimensão de Teoria do Direito, que é o que nos interessa nesta análise, se desenvolve com duas projeções principais, quais sejam a teoria de forte conteúdo normativo e a que propicie uma garantia jurisdicional.³⁸⁰ Em contraposição ao anterior constitucionalismo, o que o neoconstitucionalismo traz é uma rematerialização constitucional e um desbordamento constitucional.

Com este contexto, é possível identificar algumas características deste pós-positivismo, tais como: (i) a presença de mais princípios do que regras nos textos constitucionais; (ii) a presença constitucional em todas as esferas do ordenamento – irradiação constitucional; (iii) reconhecimento de uma pluralidade de valores; (iv) a onipresença judicial tomando lugar da autonomia do legislador; e (v) a técnica da ponderação em contrapartida da subsunção no constitucionalismo.³⁸¹

Nota-se, a partir das características elencadas, uma posição central da materialidade da Constituição nesta racionalidade, devendo esta, para este efetivo exercício, ter notas de rigidez, exercer no ordenamento uma força vinculante, possibilitar sua aplicação direta nas relações sociais e influenciar as relações políticas.³⁸² Neste sentido, Gustavo ZABREBELSKY explica que esta visão da Constituição é fruto evolutivo da ideia de Estado, o qual percorreu o Estado de Direito, com características de supremacia da lei, subordinação do cidadão e atividade jurisdicional restrita ao texto normativo, até o atual Estado Constitucional. Este percurso conta com algumas fases interessantes até o efetivo reconhecimento do Estado Constitucional.³⁸³ Esta dinâmica trouxe à soberania constitucional novos limites, não se criando o direito a partir de um

³⁷⁶ FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoria del Derecho em tempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003, p. 159.

³⁷⁷ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. n: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). *O estado de directo: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.82.

³⁷⁸ CASTANHEIRA, Antônio Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. Coimbra: 1995, p. 308.

³⁷⁹ Segundo José de Oliveira Ascensão, deve ser afastada da norma toda referência à ordem social, a política legislativa, que traga ao conteúdo da norma mais do que o texto positivado intentou. (Cf. ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.165).

³⁸⁰ SANCHIS, Luis Pietro. Op. cit. p. 126.

³⁸¹ SANCHIS, Luis Pietro. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003. p. 119.

³⁸² FIGUEROA, Alfonso Garcia. Op. cit., p. 163/164.

³⁸³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil*. Trotta: Madrid, 2007, p.15.

sistema de ordenação, e sim de processos relacionais e em uma sociedade plural, sociedade esta que produz, juntamente com o Estado, um direito dúctil (maleável, flexível) e que contraria a rigidez do antigo direito. O único rigor exigido neste direito dúctil é a incorporação e defesa da pluralidade de valores e princípios.³⁸⁴

Cabe registrar que a concepção de pluralidade de valores mencionada como característica levou ao chamado pluralismo jurídico, corrente com forte construção doutrinária na América Latina, e que estende em várias dimensões a legitimidade na construção da norma jurídica. Marcus Augusto MALISKA esclarece que falar em pluralismo jurídico é conceber novas ações de agir, novas legitimidades, e a constituição de uma nova cidadania participativa.³⁸⁵ Segundo o autor, o desafio do pluralismo jurídico está na concretização as ações coletivas, ação prática individual e a ação teórica a nível do saber e do conhecimento, “objetivando processos racionais emancipatórios.”³⁸⁶

O complexo formado por estas características constitucionais trabalham no sentido de desenvolver uma racionalidade na tomada de decisão, visão de Estado e garantia/concretização dos direitos fundamentais. Há de se recordar também que a própria essência dos direitos fundamentais exige, para sua concretização, esta pluralidade de valores, haja vista sua estrita relação com a democracia. A democracia, neste contexto é essencial para o reconhecimento das necessidades das sociedades plurais, mas, em certa medida, pode afastar a exequibilidade de alguns direitos. Nesta construção racional da garantia e fortalecimento dos direitos fundamentais, há uma percepção de que a jurisdição constitucional assume relevante papel. A argumentação jurídica a ser realizada na subsunção e ponderação tem o condão de justificar as cedências entre os direitos fundamentais eventualmente envolvidos, garantindo uma racionalidade nos reflexos das colisões, e ainda trazendo uma neutralidade nas opiniões políticas, religiosas, morais ou filosóficas da individualidade de cada aplicador do direito responsável pelo caso concreto. Neste sentido, teorias da construção da norma neste momento pós-positivista, com a consequente distinção entre regras e princípios, promovem uma estrutura que favorece a racionalidade do aplicador do direito.

A estrutura da construção da norma para Robert ALEXYY se apresenta como resultado de progresso no sentido de que vincula diretamente o resultado com as peculiaridades do caso concreto. Neste campo é necessária a percepção de que, em se identificando a norma jurídica na qualidade de princípio ou na qualidade de regra, isto não afasta a carga argumentativa necessária para a prevalência, utilização ou afastamento de qualquer que seja. Relativamente aos direitos fundamentais, é importante registrar que para ALEXYY é insuficiente o encaixe destas normas apenas como regras ou apenas como princípios. O autor fala em um necessário caráter misto, com características de ambas os tipos normativos.³⁸⁷

A compreensão desta estrutura da construção da norma alexiana, com reflexo imediato no trabalho argumentativo a ser realizado no momento da resolução do conflito, em especial quando da ponderação, só é viável e útil em um constitucionalismo pós-positivista, ou neoconstitucionalista como se apresenta neste estudo. Neste contexto, há uma estreita conexão ao fundamento do suporte fático amplo com a teoria externa, e o

³⁸⁴ Idem.

³⁸⁵ MALISKA, Marcus Augusto. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 66.

³⁸⁶ Ibidem, p. 108.

³⁸⁷ ALEXYY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 143.

suporte fático restrito com a teoria interna. Quando se fala em teoria interna dos direitos fundamentais se parte com concepção de ‘limites imanentes’ do direito fundamental, sendo que estes direitos tem sempre a estrutura de regras, não havendo aqui uma análise *prima facie* do direito.³⁸⁸ Já na teoria externa dos direitos fundamentais há abertura para o sopesamento, regra da proporcionalidade e a análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ora, na teoria externa não se concebe o direito de pronto, e sim o constrói.³⁸⁹

Por fim, Friedrich Muller, corroborando com os ideais anteriores da construção da norma com elementos interpretativos da realidade analisada. “Antes bien, hay que poner de relieve en cada caso el elemento normativo que – decide, en última instancia, sobre el fondo del caso concreto; elemento, por tanto, del que no se puede prescindir sin modificar esencialmente La resolución.”³⁹⁰ Nota-se que Muller critica a insuficiência da metodologia positivista, indicando a necessidade da prática para a construção da norma jurídica – norma de decisão. O que se considera como norma jurídica não equivale ao seu texto, mas é então o resultado da interação do Direito com a realidade. Há uma dissolução da norma e do texto normativo. Apresentado um programa da norma em determinado âmbito normativo e o substrato fático, e feita esta conexão que relaciona os dados reais às disposições textuais, é possível identificar uma normatividade material, e a partir disto operar o processo de concretização da norma.³⁹¹ A realidade interfere em cada etapa do processo da construção a norma de MULLER, indicando inclusive o âmbito normativo.

José Joaquim Gomes CANOTILHO registra a soberania da Constituição na construção da norma, com especial atento ao uso dos princípios e regras constitucionais. Fala em “sistema normativo aberto de normas, princípios e regras”³⁹² com padrões de conduta juridicamente vinculantes e não simples diretivas práticas. Neste sentido, o autor fala em realização constitucional, qual seja, o “tornar juridicamente eficaz as normas constitucionais. Qualquer Constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através de sua realização.”³⁹³

O neoconstitucionalismo, deste modo, aperfeiçoa o modelo de Estado de Direito uma vez que faz uma releitura do positivismo e lança novas características que tornam a metodologia deste positivismo em pós-positivismo, com carga normativa e dimensões materiais.

FIGUEROA identifica três tipos de neoconstitucionalismo, quais sejam, o neoconstitucionalismo teórico, ideológico e metodológico. Destes, o que se aproxima da análise é o neoconstitucionalismo metodológico, haja vista que este é o capaz de realizar uma aproximação entre o Direito e a moral, o dever ser e o ser. Há aqui uma conexão entre Direito e moral em pontos específicos tratados, como teoria do direito particular, privado, e ainda a conexão de Direito e moral em sentido lato, como a própria teoria geral do Direito. Há, em suma, um maior compromisso com a filosofia moral e com a teoria da argumentação. Ora, se o que se tem no neoconstitucionalismo, de modo geral, é uma irradiação constitucional no ordenamento, constituição esta valorativa, inclusive

³⁸⁸ Ibidem, p. 129.

³⁸⁹ Ibidem, p. 140.

³⁹⁰ MULLER, Friedrich. *Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*. CEPC: Madrid, 1989, p. 7.

³⁹¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Trad. de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 57.

³⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 206.

³⁹³ Ibidem, p. 208.

pontuando que tipo de moral é atrelada ao Direito³⁹⁴, há uma conexão entre o suporte material e positivo nestes tipos de neoconstitucionalismo.

Do exposto, há de se verificar que das estruturas neoconstitucionais apresentadas, em especial quanto à construção da norma enquanto regras e enquanto princípios, não há o que se falar em um afastamento da racionalidade quando da decisão, uma vez que estas estruturas trabalham justamente construindo um mecanismo racional na aplicação do direito que inclua os fatores externos e os valores relacionados atrelados as normas constitucionais positivadas. Neste sentido, não há razão em eleger um modelo puro de regras ou um modelo puro de princípios, uma vez que estes elementos se relacionam estruturalmente. Ainda, poder-se-ia pensar em eleger como estrutura mais adequada à aplicação do Direito o complexo mais denso entre os autores apresentados, do qual despontam Roberto ALEXY e Friedrich MULLER. Porém, justamente pelo trato da construção da norma atrelado à realidade, é necessário verificar se o campo de exercício deste método, qual seja nosso atual sistema constitucional, exige esta marcação metodológica.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O NEOCONSTITUCIONALISMO

A atual Constituição trouxe um novo momento político e jurídico ao Brasil. Através de um extenso rol de direitos fundamentais, e uma base pautada na dignidade humana, valores sociais, políticos e uma abertura plural, “adotou-se uma nova ideia de Direito e um novo fundamento de validade da ordem jurídica.”³⁹⁵ Esta Constituição cidadã consolidou o processo de democratização brasileira, superando o antigo modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade.³⁹⁶ Reforçou também os mecanismos de tutela de direitos, em especial quanto a efetividade dos direitos fundamentais consagrados no art. 5, parágrafo 1 – aplicabilidade imediata. Consagrada em valores, não apenas traçando as regras do jogo democrático, mas estabelecendo as condições materiais para seu efetivo alcance. Segundo Daniel SARMENTO, ela não é do tipo procedimental, “já que acolhe valores materiais como dignidade da pessoa humana e solidariedade social, tornando-os de observância compulsória no âmbito do Estado e da sociedade.” Ao fazer isto, a Constituição converte estes em regras³⁹⁷ e princípios dotados de plena

³⁹⁴ Suzana POZZOLO faz uma análise dos tipos de moral existentes, identificando quatro tipos principais, quais sejam a moral individual, a moral positiva, a moral combinada e a moral universal. Destas, a moral universal diz respeito ao conjunto de princípios referidos ao comportamento humano justo em si mesmo, sem alguma relação com o que os seres humanos pensem do bem e do mal, como a-histórico e a-espacial, independente de condições sociais ou qualquer debate subjetivo – puro valor. O Direito se identifica com esta moral universal. (Cf. POZZOLO, Suzana. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003. p.190)

³⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 201

³⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda*. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/184682269/A-Ubiquidade-Constitucional#scribd>> Acesso em: 23 set 2015.

³⁹⁷ Cabe destacar que a Constituição, formada por regras e princípios, não atua com a primazia de um tipo normativo sobre o outro, seja princípio sobre regra, ou regra sobre princípio. O que há, segundo Humberto Ávila, é funções e eficácias diferentes e complementares. Ávila ainda afirma que, “caso se insista em escolher um rótulo que melhor represente a estrutura normativa típica da Constituição Brasileira de 1988, no aspecto quantitativo, ela deverá ser ‘Constituição reulatória’ e, não, como costumeiramente se tem afirmado, ‘Constituição principiológica’.” (Cf. ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da Ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 17, jan/mar 2009, Salvador, Bahia. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 01 out 2015).

normatividade, o que “prepara o terreno para a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico.”³⁹⁸

Neste sentido, e através de uma discussão de força normativa da Constituição relacionada à constituição em sentido material e formal, reflexo dos fatores reais de poder que formam a sociedade, Paulo Ricardo SCHIER apresenta duas conclusões preliminares que podem ser vislumbradas, quais sejam, “(i) a necessidade de se vislumbrar a Constituição em sentido jurídico, formal, dotada de certa normatividade e vinculatividade (ainda que para sua total efetivação devam comparecer outros elementos) e (ii) a necessidade de substituir-se as noções de Constituição em sentido formal e material, ambas parciais, pela ideia de sistema constitucional.”³⁹⁹ Duas análises, pois, se tornam necessárias para a compreensão do atual contexto constitucional neste ambiente neoconstitucionalista, quais sejam, a noção de filtragem constitucional já mencionada por Daniel Sarmiento e a percepção de um sistema constitucional.

Em primeiro passo, fala-se em filtragem constitucional com relação estreita à vinculatividade das normas constitucionais, devendo o ordenamento jurídico ser lido com a ótica de materialidade e juridicidade constitucional. É o texto constitucional que norteia a interpretação das demais normas do ordenamento, ou seja, há o indicativo para que “todo o ordenamento infraconstitucional fosse compreendido através do filtro normativo e axiológico da nova Constituição brasileira.”⁴⁰⁰ Este filtro, com a consequente constitucionalização do direito infraconstitucional, proporciona uma instrumentalização do Direito para com a realidade. Nestes termos, SCHIER esclarece que a filtragem constitucional propõe um resgate da dignidade normativa do Direito, propondo um diálogo “com aquela ‘estrutura’ da qual, anteriormente, eram vistas como simples reflexos, possibilitando a recuperação do espaço jurídico enquanto espaço de lutas e, também, de emancipação.”⁴⁰¹

Em complemento a esta visão a cargo da Constituição de 1988 sobre o ordenamento jurídico, a própria identificação de um sistema constitucional aproxima o Direito da realidade, a dimensão política da jurídica, tal qual o objetivo do neoconstitucionalismo. Cabe partir da ideia de que quando se fala em sistema, o que se pretende é demonstrar a reunião de diversos conhecimentos abaixo de uma ideia.⁴⁰² Neste sentido, está o texto constitucional como centro do sistema jurídico, carregando em si os valores máximos da sociedade.⁴⁰³ Há, no sistema constitucional, uma ideia de globalidade.⁴⁰⁴

Percebe-se, então, que há, nesta análise de sistema constitucional, uma conexão com a anterior ideia da filtragem constitucional, sendo um consequência do outro, agindo

³⁹⁸ SARMENTO, Daniel. Op. cit.

³⁹⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p.73.

⁴⁰⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (ORG). *Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais. Revista dos Tribunais: São Paulo, Volume 1, 2014*, p. 46.

⁴⁰¹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem... Op. cit. p. 59*.

⁴⁰² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.108.

⁴⁰³ VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24

⁴⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 95.

ainda como complemento um do outro. Ora, não há o que falar em diversas formas de poder garantidas democraticamente, se antes estas não passaram pelo filtro constitucional.

A vinculatividade constitucional então, reflexo da filtragem e visão sistêmica, não se atrela a “um catálogo de princípios políticos, mas, sim, enquanto documento dotado de juridicidade, obrigando a observância em todos os níveis de federação, todos os poderes do Estado e todos os particulares.”⁴⁰⁵ Com isto, há possibilidade de uma normatividade integral da atual Constituição, com o consequente diálogo entre a realidade jurídica e social.⁴⁰⁶

Porém, a concretização do texto constitucional depende em muito da atuação do intérprete constitucional – aplicador do Direito, e neste passo, conhecendo a atual Teoria do Direito neoconstitucionalista e estes fundamentos constitucionais apresentados, instala-se o desafio. Daniel SARMENTO indica que neste contexto apresentado a práxis cria super juízes. Fala em uma espécie de messianismo judicial, com um déficit de democracia na Constituição através da aplicação de modo extensivo das cláusulas pétreas pelos juízes, indicando ainda a necessidade de uma ‘lipoaspiração’ do texto constitucional, de modo a buscar uma Constituição mais enxuta, “não de uma constituição menos social.”⁴⁰⁷

Ana Paula de BARCELLOS desenvolve pontual análise metodológica para o aplicador do Direito, objetivando o afastamento da subjetividade no construir da decisão.⁴⁰⁸ Há um cuidado com a racionalidade e a justificação das decisões judiciais através do desenvolvimento de alguns parâmetros preferenciais orientativos na atividade do intérprete, quais sejam: a preferência geral das regras sobre os princípios e a preferência de normas que incidem diretamente nos direitos fundamentais dos indivíduos sobre as normas que incidem indiretamente. “Ao demonstrar essa vinculação de forma consistente, a decisão judicial se beneficia da presumida racionalidade do sistema jurídico e, sobretudo, da contida em seu elemento central: a Constituição.”⁴⁰⁹

Neste sentido, Virgílio Afonso da SILVA, analisando a interpretação constitucional, refuta alguns conhecidos princípios para a interpretação, por exemplo, a unidade da Constituição ou a ausência de hierarquia, esclarecendo que estes princípios são irrelevantes na medida em que se percebe que alguns deles em nada de diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação, e ainda na impossibilidade de aplicação de alguns destes princípios em conjunto com outras práticas ou métodos de interpretação.⁴¹⁰

Abarcando a esta análise as Teorias de Friedrich MULLER e de Robert ALEXY, indicando de pronto a não complementaridade entre elas, e o uso desmedido destas concepções às interpretações constitucionais brasileiras, SILVA afirma que é impossível colocar em prática os vários métodos e princípios na interpretação constitucional, uma vez que parte de lugares diversos. Conclui SILVA apresentando um breve programa de

⁴⁰⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. *Constitucionalização...* Op. cit., p. 46.

⁴⁰⁶ Idem.

⁴⁰⁷ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade...* Op. cit.

⁴⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Judicial*. Rio de Janeiro:Renovar, 2005. p. 39.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 44.

⁴¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.121.

interpretação constitucional formado, entre outras coisas, pelo reconhecimento de que os vários métodos não são complementares.⁴¹¹

O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL EM UM AMBIENTE NEOCONSTITUCIONAL

Compreendido como um dos valores supremos da sociedade brasileira e um dos quatro objetivos da República, o desenvolvimento nacional sustentável se apresenta para o pesquisador como ideologia, como tema jurídico e complexo de direcionamento político.⁴¹² Estas diretivas do desenvolvimento sustentável trabalham em interdependência objetivando a efetiva concretização das várias dimensões envolvidas nesta sustentabilidade.

Como ideologia, há um juízo de valor na afirmação do que seria, por exemplo, uma sociedade desenvolvida, e por esta presença do juízo de valor, pode-se falar em arbitrariedade neste desenvolvimento.⁴¹³ Há, porém, ressalvas quanto a própria insustentabilidade naqueles moldes, baseados no consumo, fetichismo, materialismo, exploração de recursos naturais e de humanos. Juarez FREITAS considera este modelo de desenvolvimento como um “padrão insustentável e destinado à extinção prematura da espécie humana.”⁴¹⁴ André FOLLONI corrobora citando que este discurso de norte desenvolvido e sul não desenvolvido “traduz-se em um discurso que legitima a dominação econômica e cultural, ao elevar o modelo e diminuir aqueles que não o podem atingir.”⁴¹⁵

Esta vertente do desenvolvimento se relaciona intimamente com o desenvolvimento nacional sustentável enquanto projeto político. Ora, se é sabido que aqueles modelos de desenvolvimento irradiam suas diretrizes a todo o mundo, certo é que há um reflexo imediato nas decisões políticas do nacional. Em termos, Luiz Alberto BLANCHET explica que a nossa Constituição Federal abre espaço para os principais discursos envolvidos neste empate – projetos políticos capitalistas e socialistas.⁴¹⁶ Há uma sugestão simultânea nestes dois sentidos, como por exemplo quando a Constituição traz como princípio da ordem econômica a livre concorrência no art. 3, inciso I, e quando indica no art. 5, inciso XXIII que a propriedade privada deve cumprir sua função social. Todavia, não há impasse nestes posicionamentos aparentemente divergentes, uma vez que a Constituição os trata de modo complementar, fazendo parte do todo, como instrumento para o alcance macro do desenvolvimento nacional sustentável. Há um meio-termo entre liberdade e solidariedade,⁴¹⁷ e a percepção de vários caminhos constitucionais para implantação de políticas estatais em prol do desenvolvimento.

Ainda, e como reflexo deste desenvolvimento enquanto ideologia e direcionamento político, o desenvolvimento nacional sustentável deve ser analisado na seara jurídica, a qual mais se afilia ao pressuposto neoconstitucional aqui desenvolvido. É

⁴¹¹ Ibidem, p. 142.

⁴¹² FOLLONI, André. *A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema*. Disponível em: <http://www.andrefolloni.com.br/fotos/1426543042_863-3210-1-PB.pdf> Acesso em 01 out. 2015, p.64.

⁴¹³ Ibidem, p. 67.

⁴¹⁴ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 79.

⁴¹⁵ FOLLONI, André. Op. cit., p. 70.

⁴¹⁶ BLANCHET, Luis Alberto. O capitalismo e o socialismo na Constituição. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 5, Curitiba, 2004, p. 198.

⁴¹⁷ GRECO, Marco Aurélio. Do poder à função tributária. In: FERRAZ, Roberto. *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 154.

nesta concepção, ainda, que há maior facilidade em delinear as várias dimensões do desenvolvimento nacional sustentável.

Nacionalmente, o desenvolvimento foi apontado em primeira mão pela Constituição de 1967, concentrando esforços no desenvolvimento econômico. A emenda n. 1 de 1969 ingressou ao ordenamento a meta ao alcance do desenvolvimento econômico e também social. É, todavia, sem ressalvas, a Constituição de 1988 o texto constitucional que densificou o tratamento jurídico do desenvolvimento. É a partir desta carta que o desenvolvimento nacional sustentável se apresenta como um dos pilares do Estado Democrático Brasileiro⁴¹⁸, e como um dos quatro objetivos fundamentais da República.⁴¹⁹ Neste sentido, FOLLONI cita que “o desenvolvimento, então, é tema fundamental para a Constituição de 1988. Foi para assegurá-lo, dentre outros elementos, que se constituiu um Estado Democrático. A República tem quatro objetivos; um deles é garantir o desenvolvimento nacional.”⁴²⁰

Como consequência da posição do desenvolvimento nacional sustentável na Constituição, há uma superestrutura em prol do desenvolvimento, um complexo que, através do diagnóstico do negativo, impõe um dever ser ao Estado.⁴²¹ Nesta seara, são identificadas, várias dimensões a serem alcançadas por este desenvolvimento nacional sustentável, ultrapassando em muito uma análise simplista de mero desenvolvimento econômico.

Todavia, parece necessário antes de apresentar o quadro multidimensional do desenvolvimento nacional sustentável pontuar algumas breves considerações a respeito do termo ‘sustentabilidade’ atrelado a este estudo. Neste sentido, cabe registrar que o termo ‘sustentabilidade’ é originário da década de 80, quando elaborado pelo Worldwatch Institute - Nações Unidas, organização de cunho protetivo ambiental, e conceituado no Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum) como aquele desenvolvimento “que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades.”⁴²². A disseminação da ideia sustentável ocorreu internacionalmente, porém, quando usado na Eco 92 Rio de Janeiro, o que, aliado ao contexto de surgimento, formou o senso comum de que a sustentabilidade se refere tão somente ao âmbito ecológico e a consequente proteção ambiental.

⁴¹⁸ Constituição Federal de 1988, PREÂMBULO: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (grifo nosso)

⁴¹⁹ Constituição Federal de 1988, art. 3: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (grifo nosso).

⁴²⁰ FOLLONI, André. Op. cit., p. 73.

⁴²¹ Ibidem, p. 72.

⁴²² O Relatório Brundtland, também chamado de Relatório Nosso Futuro Comum, foi apresentado em abril de 1987 resultado da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente. Inovou no campo de proteção ambiental, sendo considerado como marco na discussão entre meio ambiente e desenvolvimento econômico. Original disponível em <<http://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>> Acesso em: 08 set 2015.

Todavia, com o quadro que já se apresentou, há uma interdisciplinaridade envolvida quando se trata da sustentabilidade como, por exemplo, aspectos de desenvolvimento econômicos, tão usualmente aclamados no texto constitucional. Nestes termos, o que se apresenta quando se fala em sustentabilidade é a presença de um quadro interdisciplinar, uma vez que a sustentabilidade é considerada “um conceito sistêmico, relacionado com a continuidade dos aspectos econômico, sociais, culturais e ambientais da sociedade humana.”⁴²³

A sustentabilidade então deve se reconhecida como uma questão sistêmica de sentido amplo, valorativa em termo mediato e imediato, material e imaterial – abarcando não só a satisfação das necessidades básicas. Segundo Juarez FREITAS, a sustentabilidade deve ser compreendida dentro de um quadro de multidimensões justamente porque o bem-estar desejado é multidimensional.⁴²⁴

Nesta esteira, questionam-se quais são os aspectos do desenvolvimento nacional sustentável protegidos naquela complexo constitucional indicado, uma vez que somente com este conhecimento prévio se torna possível delimitar sua incidência, analisar as possíveis restrições e colisões, e promover o desenvolvimento de políticas públicas para sua concretização. Com isto, e ainda identificando no conceito de sustentabilidade elementos de democracia, eficiência, responsabilidade do Estado e da sociedade, proteção presente e futura, aspectos materiais e imateriais, há necessária identificação dos principais credores, ora devedores, deste desenvolvimento nacional sustentável.

Pelo cunho histórico da origem do termo sustentabilidade, é comumente indicado o desenvolvimento nacional sustentável como aquele que é sinônimo de uma preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste sentido, a Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6.938/81 aparece como base normativa brasileira para as ações estatais que visam a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental. A sustentabilidade nesta dimensão tem compromisso com uma qualidade de vida e longevidade em um ambiente não degradado, tem relação ainda com as questões de hiperconsumo e produção em massa, especialmente nos países ricos, e a necessária imediata de mudanças que resguardem a presente e as futuras gerações.⁴²⁵

Se o reconhecimento vulgar do desenvolvimento nacional sustentável está na dimensão de proteção ambiental, a proteção constitucional prioriza, mesmo que todas as dimensões trabalhem de modo complementar, a dimensão econômica do desenvolvimento nacional sustentável. Há um especial trato com os custos e benefícios, economicidade, consumo e produção, eficiência gerencial, e uma regulação de mercado que promova a emancipação econômica atrelada ao desenvolvimento sustentável.⁴²⁶ “A Constituição, sem dúvida, preocupa-se com o desenvolvimento econômico, e esse conceito é geralmente ligado ao processo de enriquecimento de pessoas e de países, ao crescimento nas condições financeiras e materiais, ao aumento da riqueza material.”⁴²⁷ Neste ponto, a Agenda 21⁴²⁸ apresenta alguns parâmetros a serem percorridos pela atividade econômica,

⁴²³ LIMA, Sergio Ferraz. Introdução ao Conceito de Sustentabilidade: aplicabilidade e limites. *Caderno da Escola de Negócios das Faculdades Integradas do Brasil*, v. 4, n. 4, jan./dez., 2006. p. 6.

⁴²⁴ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 57.

⁴²⁵ Ibidem, p. 18.

⁴²⁶ Ibidem, p. 64.

⁴²⁷ FOLLONI, André. Op. cit., p. 75.

⁴²⁸ Fruto dos trabalhos da Eco 92, com a participação de 179 países, este documento conta com 40 capítulos que visam um novo padrão de desenvolvimento. Documento integral disponível em:

indicando a necessidade de um comércio que seja “multilateral, aberto, equitativo, não discriminatório e previsível, compatível com os objetivos do desenvolvimento sustentável [ambiental] e que resulte na distribuição ótima da produção mundial...”⁴²⁹

De modo muito próximo, a dimensão econômica do desenvolvimento nacional sustentável se relaciona com a dimensão social deste desenvolvimento na medida em que instrumentaliza a emancipação do cidadão, promovendo seu desenvolvimento social. Há ainda uma reciprocidade nestes termos, uma vez que a emancipação econômica desenvolve o social, na medida em que o social desenvolve o econômico. Neste sentido, o art. 239 da Constituição Federal que institui o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social. FOLLONI explicita que “o turismo não é fator de um ou de outro desenvolvimento, mas de ambos. Um não pode se dar sem o outro.”⁴³⁰ Segue o autor esclarecendo que:

Assim, ao mencionar ‘desenvolvimento social’, a Constituição, simultaneamente, determina o desenvolvimento de toda a sociedade – e não apenas de indivíduos – e a universalização dos direitos sociais – a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, e à infância, e a assistência aos desamparados. E isto sem prejuízo do desenvolvimento econômico – ao contrário, ambos em intensa harmonia no texto constitucional.⁴³¹

Juarez FREITAS identifica também um desenvolvimento nacional sustentável na dimensão ética, a qual traz a relação da atuação do indivíduo com o todo, em plena cooperação, sendo dever do todo o agir benéfico, e não somente o agir sem prejudicar outrem. Fala-se nesta dimensão ética em alcançar o bem íntimo e o bem social.⁴³² Neste novo paradigma, contrariando o antropocentrismo, se desenvolve o conceito de Ecologia Profunda, a qual apresenta valores ecocêntricos. Fritjot Capra explica que nesta análise de Ecologia Profunda “emerge um sistema de ética radicalmente novo.”⁴³³

Por fim, há o reconhecimento de uma sustentabilidade jurídico-política, a qual se afasta do gênero tutela jurídica constitucional, e se aproxima como espécie na medida em que determina a tutela jurídica do direito ao presente e ao futuro, incumbindo o cidadão e, principalmente, ao Estado, a garantia e proteção dos direitos e deveres fundamentais. Nesta seara, o dever-poder do Estado é redesenhado para a máxima efetividade dos valores dispostos no texto constitucional, utilizando como instrumento, por exemplo, as ações afirmativas⁴³⁴ ou as atividades de fomento – seja cultural, social, econômico ou social.⁴³⁵

<<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>> Acesso em 08 set 2015. “A Agenda 21 é um poderoso instrumento para estimular, no Norte e Sul, ações concretas para traduzir o conceito geral da transição para o desenvolvimento sustentável em estratégias locais múltiplas.” (Cf. SOARES, Remi Aparecida de Araújo. *Proteção Ambiental e desenvolvimento econômico: conciliação*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 134).

⁴²⁹ Confederações das Nações Unidas – Agenda 21, Capítulo 02. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>> Acesso em: 08 set. 2015.

⁴³⁰ FOLLONI, André. Op. cit., p. 76.

⁴³¹ Ibidem, p. 79.

⁴³² FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 61/62.

⁴³³ CAPRA, Fritjot. *A Teia da Vida*. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 28.

⁴³⁴ “Pode-se denominar estas ações afirmativas do Estado como atuação de Fomento, o qual é conceituado como “função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas ou privadas, para que estas desempenhem ou estipulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse

Henrique LEFF, corroborando com a crise do Estado mencionada por ZOLO, explica a necessária representação de uma nova sociedade civil que busque um novo paradigma civilizatório frente a atual crise ambiental. Segundo o autor, esta nova sociedade “obriga a rever os paradigmas econômicos, mas também as análises clássicas do Estado e as próprias concepções de democracia no sentido das demandas emergentes de sustentabilidade, solidariedade, participação e autogestão dos processos produtivos e políticos.”⁴³⁶

O desenvolvimento nacional sustentável abrangido no texto constitucional, deste modo, apresenta caminhos com dimensões éticas, sociais, jurídico-política, econômica e ambiental, assumindo em todos os campos vestes de princípio constitucional e demonstrando que as dimensões dialogam entre si, formando um complexo em prol do desenvolvimento da vida livre e com dignidade, o que é objetivo maior dos direitos fundamentais. É a sustentabilidade atual um conceito ampliado daquela oriunda de 1987, dando conta agora de maiores reflexos. Nas palavras de Amartya SEN:

...a liberdade sustentável poderá soltar-se dos limites que lhe vêm das formulações propostas pelo Comitê Brundtland e por Solow, para abraçar a preservação e, quando possível, a expansão das liberdades e capacidades substantivas das pessoas dos dias de hoje, sem, com isto, comprometer a capacidade das futuras gerações para terem uma idêntica ou maior liberdade.⁴³⁷

Neste contexto, o desenvolvimento exige, para sua concretização, uma integração de vontades, plano e políticas, ou como apresentado antes, um diálogo entre os objetivos, diálogo este intermediado pelos valores consagrados no texto constitucional.

De todo o arcabouço constitucional em prol do desenvolvimento nacional sustentável, nesta multidimensionalidade apresentada, a qual se transfere a outras diversas áreas a serem protegidas, não há como se falar em efetividade em um contexto positivista. As dimensões protegidas constitucionalmente se irradiam pelo ordenamento infraconstitucional, o que exige, quando da tomada da decisão, um anterior pressuposto de filtragem e vinculatividade constitucional, estes, por sua vez, já irrigados pela aproximação do Direito do ser e do dever ser. Há uma necessária visão material das dimensões do desenvolvimento nacional sustentável.

Neste sentido, é através deste novo momento constitucional anteriormente apresentado – neoconstitucionalismo – que se apresentam os caminhos de racionalidade para o alcance das diversas metas dispostas normativamente, sejam estas na qualidade de regras, valores ou princípios.

público par o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade. ” Pode-se, com isto, identificar o fomento econômico, institucional e social, e neste, é possível direcionar um fomento público social da educação, pesquisa e da informação. “O fomento social tem como seu destinatário direto o homem e envolve a multiplicação de instrumentos de amplo alcance coletivo destinados a elevá-lo, a orientá-lo e a auxiliá-lo para o desfrute de uma vida condigna e produtiva” (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, geral e especial*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.513)

⁴³⁵ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 69/71.

⁴³⁶ LEFF, Enrique. *Epistemologia Ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 150.

⁴³⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 343.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do desenvolvimento aborda uma gama de questões que dialogam e se complementam. Muito além do desenvolvimento como manifestação jurídica, o desenvolvimento é um projeto de autotransformação de uma coletividade humana.⁴³⁸ Fala-se em ciclos de desenvolvimento, os quais contemplam a integração territorial, o avanço democrático e a justiça social.⁴³⁹ O que se tem, deste modo, na manifestação jurídica do desenvolvimento, é o reflexo normativo de toda esta estrutura em prol do bem estar. Neste sentido, e recordando as lições da unicidade constitucional, há um complexo interdisciplinar e normativo com vias de concretizar estes valores primários. A carta constitucional, assim, abarca todas as premissas de desenvolvimento nacional intentada, seja um desenvolvimento com cunho social, seja um desenvolvimento econômico. Ora, não há como esgotar as diretivas em prol do desenvolvimento. Há somente como apontar os caminhos para este desenvolvimento.

Ocorre que esta carta é formada por normativos na qualidade de regras, valores e princípios, e está ainda inserida em um contexto interpretativo constitucional, contexto este que influencia pontualmente no momento da aplicação do direito, ou seja, quando da busca pela concretização dos ditames normativos. Neste caminho, surge a necessidade de pontuar o atual momento constitucional, qual seja, o neoconstitucionalismo, o qual possibilita ao aplicador uma análise muito mais próxima do Direito como ser naquele ambiente. As análises que se pretendem quando da efetividade de um direito social e/ou direito econômico, só encontram respaldo quando em um ambiente neoconstitucional, com uma consequente racionalidade da decisão, ponderação e sopesamento dos ideais.

Do exposto, o que há sem controvérsia é que pela maior presença do texto constitucional na aplicação do Direito, irradiando valores materiais ou formais, nas formas normativas que sejam, a efetividade do desenvolvimento nacional sustentável não encontra caminho na aplicação direta da norma positivada, mas sim na análise pormenorizada das regras, princípios e valores no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da Ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 17, jan/mar 2009, Salvador, Bahia. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2015

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Introdução à Ciência do Direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴³⁸ FURTADO, Celso. *Um projeto para o Brasil*. Niteroi: Vicio de Leitura, 1998. p. 19

⁴³⁹ CORDEIRO, Rui Mesquita. O Administrador e a política brasileira: os desafios do desenvolvimento nacional e a necessidade de uma administração mais crítica e engajada. *Revista Brasileira de Administração Científica*. v. 4, n. 3, set 2013, p. 114.

- BLANCHET, Luis Alberto. O capitalismo e o socialismo na Constituição. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 5, Curitiba, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CASTANHEIRA, Antônio Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metologia e outros*. Coimbra: 1995.
- CAPRA, Fritjot. *A Teia da Vida*. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CORDEIRO, Rui Mesquita. O Administrador e a política brasileira: os desafios do desenvolvimento nacional e a necessidade de uma administração mais crítica e engajada. *Revista Brasileira de Administração Científica*. v. 4, n. 3, set 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoria del Derecho em tempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- FOLLONI, André. *A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema*. Disponível em: <http://www.andrefolloni.com.br/fotos/1426543042_863-3210-1-PB.pdf> Acesso em 01 out. 2015.
- FURTADO, Celso. *Um projeto para o Brasil*. Niteroi: Vicio de Leitura, 1998.
- GRECO, Marco Aurélio. Do poder à função tributária. In: FERRAZ, Roberto. *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia Ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- LIMA, Sergio Ferraz. Introdução ao Conceito de Sustentabilidade: aplicabilidade e limites. *Caderno da Escola de Negócios das Faculdades Integradas do Brasil*, v. 4, n. 4, jan./dez., 2006.
- MALISKA, Marcus Augusto. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno*. Curitiba: Juruá, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, geral e especial*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MULLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. CEPC: Madrid, 1989.

_____. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Trad. de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional. Coimbra: Coimbra, 2012.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

SANCHÍS, Luis Pietro. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Trotta: Madrid, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/184682269/A-Ubiquidade-Constitucional#scribd>> Acesso em: 23 set. 2015.

_____. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (ORG). *Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 1, 2014.

_____. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Remi Aparecida de Araújo. *Proteção Ambiental e desenvolvimento econômico: conciliação*. Curitiba: Juruá, 2010.

VALE, Andre Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Trotta: Madrid, 2007.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). *O estado de direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

O PLURALISMO JURÍDICO E A FALTA DE IDENTIDADE JURÍDICO-CULTURAL BRASILEIRA

Bruna Azevedo de Castro⁴⁴⁰
Queiti de Oliveira dos Reis⁴⁴¹

RESUMO

Como falar em isonomia legal quando o quadro social em que tal ordenamento está incurso, não corresponde a essa qualidade? A igualdade legal, referida supra, seria o mesmo que apresentar aos sujeitos a tal ordem jurídica, uma garantia de que a lei a que estão submetidos será a mesma aplicada a qualquer um, independentemente de raça, status, etc. Esse entendimento fora confirmado pelo legislador constituinte quando prescreveu o *caput* do art. 5º (artigo este que inicia o rol de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que estão sob a égide da Carta Magna), a redação “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. No entanto, a mesma Constituição prevê o direito a diferença aos povos indígenas, o que de certa forma reconhece a pluralidade social e, por consequência, jurídica – pois ao reconhecer o direito à manutenção a suas crenças, permite que seus costumes criem leis paralelas, mesmo que ainda sujeitos as leis “comuns” -, existente. Mas em contrapartida, surgem diversos projetos de lei que buscam fazer desse direito algo nulo. Seriam esses, formas de buscar a extinção da pluralidade proveniente da cultura, como se donos da verdade fossem?

Palavras-chave: Pluralismo jurídico. Igualdade legal. Cultura indígena.

ABSTRACT

Speaking of equality as cool when the social context in which such order is convicted, does not correspond to this quality? The legal equality, mentioned above, would be to present the subject to that law, a guarantee that the law to which they are submitted will be the same applied to anyone, regardless of race, status, etc. This understanding was confirmed by the constitutional legislator when prescribed the *caput* of art. 5º (this article that starts the list of fundamental rights and guarantees of the individuals who come under the umbrella of the Constitution), the wording "all are equal before the law, without distinction of any kind [...]". However, the same Constitution provides for the right to difference to indigenous peoples, which somehow recognizes social plurality and therefore legal - for recognizing the right to maintain their beliefs, allows customs to create parallel laws, , existing - the "common" law even if still subject. But on the other hand, there are several bills that seek to make this right something null. Were these, ways to seek the extinction of the plurality from the culture as if they were owners of the truth?

Keywords: Legal Pluralism. Legal equality. Indian culture.

Sumário. 1. Introdução; 2. Da realidade sócio-histórica nacional; 2.1 A igualdade legal em uma sociedade desigual; 2.2 Do tratamento jurídico conferido as comunidades indígenas

⁴⁴⁰ Mestre em Direito Penal UEM – Universidade Estadual de Maringá. Professora universitária.

⁴⁴¹ Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito da UCP – Faculdades do Centro do Paraná.

no ordenamento brasileiro; 2.3 Do Direito Consuetudinário Indígena; 3. Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Busca-se aqui, apresentar uma visão de sociedade além da conhecida, revelando suas entrelinhas que, no mais das vezes, são esquecidas. Uma pluralidade tão significativa não pode ser subjugada ou, simplesmente, rebaixada ao status de padrão. Pois, se assim fosse, não seria necessário que existisse uma legislação – ao menos atualmente, com todos movimentos dos grupos menores pleiteando seus direitos – para atender uma demanda de minorias.

O que se discute nas linhas que se seguem, é a questão de um país que sequer conhece – ou talvez o termo mais adequado aqui seria aceita – sua própria identidade. Não há dúvida que é a cultura predominante é a europeia, adquirida por meio das imigrações que deram origem a colonização do território, mas ainda assim é ainda mais latente a miscigenação dessa cultura com a nativa.

Fato esse que parece ser ignorado por diversos segmentos sociais, que, em sua maioria, conhece apenas a luta dos negros para com o respeito e garantia de seus direitos. Mas como os movimentos sociais empregados para garantir o direito da comunidade indígena ainda não lograram êxito em angariar adeptos que as tornem mais pronunciadas, esses acabam sendo esquecidos e tratados como sem importância.

Desse modo, é irrelevante tentar aplicar uma espécie de isonomia legal que “devia” ser para todos, mas que em verdade sabe-se é seletiva. Isto, pois, se a Constituição Federal aduz que não há diferenças de qualquer espécie entre os sujeitos do Estado, por que existe tanta segregação racial e perseguição a minorias que desejam apenas poder usufruir de sua cultura sem que haja interferência externa?

Certamente é algo a se pensar.

2.0 DA REALIDADE SÓCIO-HISTÓRICA NACIONAL

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...],⁴⁴² inicia-se de tal forma a redação do art. 5º da Constituição de um país que, apesar de toda evolução pela qual a sociedade se viu passando, ainda precisa legislar em prol de minorias que, em tese, estariam inclusas na isonomia perpetrada pelo Texto Maior. Mas um fato como esse não deveria causar espanto, dado ao histórico de segregação racial, desigualdade de gênero, *status* econômico, cultural, etc. de que a nação brasileira fora protagonista desde sua colonização.

Esperava-se, com a promulgação de uma Constituição “cidadã” que vinha para pôr fim a um período de desrespeito total a qualquer direito (Ditadura Militar), que fosse vencido o paradigma de que exista, realmente, alguma diferença entre os indivíduos, os quais, enfim, passariam a ser iguais em direitos e deveres. Entretanto, o que se vê é a

⁴⁴² BRASIL, 1988.

necessidade de educar sujeitos para que compreendam algo de extrema simplicidade: não há qualquer distinção!

Ademais, a carga cultural arraigada ao grupo social é, ainda, a de menosprezar uns aos outros devido à cor de sua pele – sim, negros ainda são vistos como seres inferiores, meros serviçais para a realização dos trabalhos braçais -, pela quantidade de zeros que compõe o saldo de sua conta bancária, pela cultura divergente não aceita e sequer entendida por muitos, ou até mesmo pelo sexo a que pertencem.

É estranho que em uma sociedade plural, tal qual a brasileira, seja necessário que o poder legislativo venha interferir de maneira direta para dar cumprimento a um dispositivo que abrange a totalidade dos indivíduos. Mais estranho ainda é o fato de existir quem repudie essa interferência sob fracos argumentos de desestimulação da competitividade natural.

Como competir de forma justa tendo a sociedade uma mentalidade construída sobre a base histórica da desigualdade? Como dar as mesmas oportunidades se os sujeitos acreditam ser melhores que os demais? As leis que buscam trazer a igualdade ao plano fático, são apenas demonstrações daquilo que a sociedade ainda precisa aprender: tratar com igualdade os semelhantes.

Desse modo, não é errôneo falar em proteção as minorias, isto, pois, são muitos os exemplos a que se é apresentado todos os dias sem que sequer se dê conta, afinal enquanto a situação não atinge diretamente o sujeito não há que se falar em injustiça, não é?

Fato notoriamente comprovado de que as minorias não são atendidas no país é a situação da população indígena. Durante anos esta classe sofreu com a invasão de suas comunidades com o consentimento de governantes que deveriam dar-lhes ao menos o mínimo de garantias e proteção à direitos naturalmente pertencentes, mas que, ao invés disso, criaram o entendimento subliminar de que a cultura que o povo indígena trazia consigo era errada e, por isso, deveria ser modificada.

Ainda hoje índios são tidos como os selvagens encontrados pelos portugueses quando de sua chegada ao Brasil, prova disso é a demarcação de terras, que nada mais são que pedaços de terras destinados às comunidades indígenas para que possam continuar mantendo suas atividades, seus costumes, sua cultura...

Olhando a situação sob um prisma diferente, é possível entender que a educação recebida desde sempre, demonstra que a cultura de um povo não pode ser mesclada com a de outro, que alguns são apenas sujeitos aptos a realizações de tarefas que outros se jugam importantes demais para fazer.

Assim, é questionável: não teriam os índios muito a ensinar aos ditos "civilizados" que preferem mantê-los restritos a seus espaços? Não seria mais fácil compreender a diferença de pensamento entre os grupos sociais? São questões como essas que ainda precisarão de algum tempo para que tenham respostas, isso se um dia forem capazes de sair de suas ocas.

2.1 A igualdade legal em uma sociedade desigual

Não há – ainda que seja o desejo do Estado – uma maneira de falar em sociedade sem que exista a constatação das diferenças encontradas no próprio cerne do conglomerado social. Isto porque, ainda que a convivência em grupo aconteça de uma forma a sempre apresentar pontos comuns, em sua maioria, não pode o Estado não admitir que o grupo é composto de grupos menores.

Assim sendo, é inegável o fato de que é por meio das interações com o meio e com os outros que o indivíduo forma seu aprendizado. Isso acontece desde a infância, onde o sujeito é educado para saber que suas atitudes devem respeitar limites, isto pois, os reflexos dessas ações podem não atingir apenas a ele.

Colocando de outro modo, a cultura é assim formada, pois “para cada um, a cultura é primeiramente herança. A transmissão é feita em diversas etapas no decorrer da infância e adolescência”.⁴⁴³ Desse modo, é inegável a presença de costumes, hábitos e entendimentos diversos, não se podendo dizer que existe um padrão. O que, com toda certeza, seria um enorme equívoco.

Não é segredo que o comportamento humano é dotado de certo grau de padronização, ou seja, uma atitude tende a ser repetida e propagada de acordo com seus resultados. Se esses forem bons, a tendência é de ser “copiada” por todos, caso contrário torna-se rechaçada pelo grupo como um todo, pois passam a temer que se essa ideia for levada adiante como se aprovada, os conflitos oriundos de seus reflexos acabem por dirimir a sociedade.

É nesse ponto que que o ordenamento jurídico de um Estado – tido aqui como expressão de entendimento cultural necessário a manutenção da ordem e da coesão -, apresenta-se, por vezes, obsoleto. Isto é, as regras da vida social, por mais generalizada que seja não compreende todas as variações existentes, menos ainda as sociais derivadas de uma cultura divergente.⁴⁴⁴

Diante disso, a discussão torna-se voltada a três aspectos importantes dentro de uma sociedade plural e do pluralismo jurídico, tal qual a constituição do Estado brasileiro: a igualdade legal dentro de uma sociedade desigual; a legislação em prol das minorias; e a pluralidade jurídico-cultural.

É mais que sabido que as criações jurídicas dos grupos acontecem por meio das relações sociais a que estão integrados, é, pois, delas que derivam a cultura e, por consequência, os hábitos e costumes desses indivíduos. Desse modo, não há possibilidade alguma de que as leis que venham a reger tal sociedade fujam a regra desse quadro. Assim sendo, não seria diferente com o as normas brasileiras, onde nada mais natural “perceber a cultura jurídica brasileira como materialização das condições históricos-políticas e das contradições socioeconômicas”.⁴⁴⁵

Desde o início de sua constituição, o Estado Brasileiro se vê copiando os modelos estrangeiros, esquecendo-se de que a pluralidade encontrada arraigada nas suas fontes gerados, não condiziam com a realidade que desejavam implementar. Traduzindo, o país

⁴⁴³ CLAVAL, 1999, p. 63-64.

⁴⁴⁴ GIDDENS, 2003, p. 25.

⁴⁴⁵ WOLKMER, 2001, p. 84.

vivia – e por que não dizer que ainda vive? – de fachada, adotava-se uma forma que não era e nunca fora a sua, ou seja, nunca teve identidade jurídica própria!⁴⁴⁶

Ainda assim, essa carga histórico-jurídica não destoou do padrão estipulado, pois a sociedade nacional, além de constituída em sua maioria por imigrantes europeus – o país não poderia deixar de refletir a colonização -, precisava-se assegurar um acordo entre as burguesias rural e urbana. Em suma, era necessário um acordo econômico que acabou por se tornar uma mediação jurídica de interesses.

Assim, é inegável que a codificação brasileira é reflexo de uma estratégia que mediava o jogo que acontecia entre as forças que, de algum modo, dividiam a sociedade. Como resultado disso, tem-se o acompanhamento daquilo que, juridicamente, ocorria em outros países, como, por exemplo, os códigos penal e de processo penal, inspirados no direito italiano do fascista Mussolini.⁴⁴⁷

Essa aceitação torna o exercício do poder estatal algo praticamente unânime, pois passa a ser responsável pela manutenção do sistema que, aos poucos, dá-se conta de que não pode que o controle social de seus subjugados seja brutal, ou seja, que acabe por criar apenas uma imagem ditatorial do Estado, visto que isso acabaria por surtir efeito contrário e, não seria a garantia a segurança do sistema apto mantida. Como consequência, ilusoriamente, também prove uma segurança aos indivíduos que a ele respondem.⁴⁴⁸

Tal ideia de respeito é corroborada no ordenamento nacional com a promulgação de uma Constituição que visava atender as minorias que, durante muito tempo, deviam manter-se à margem dos acontecimentos. A Carta Magna de 1988 fora um marco em diversos aspectos: desde o reconhecimento de direitos praticamente inexistentes, até a inserção de grupos praticamente renegados.

No entanto, a questão remanescente que ainda resta para ser analisada é a do pluralismo jurídico que, definitivamente, não pode ser negado. Fala-se em igualdade na lei, em isonomia de tratamento, mas o que se vê, em verdade, é uma tentativa desesperada de tornar a cultura uniforme mesmo que para isso seja necessário legislar de modo a combatê-la. Porém como negar que a sociedade brasileira é constituída também pelos índios?

“Cumpre assinalar, no entanto, que os traços reais de uma tradição subjacente de pluralismo jurídico podem ser encontrados nas antigas comunidades socializadas de índios

⁴⁴⁶ Aliás, como devia acontecer, o Brasil se formou sob influência da vida intelectual de outros países. Nem podia ser por outra forma. A cultura nos veio predominantemente de Portugal e da França. De Portugal nada há a estranhar, pois, a colônia era imagem espelhar da metrópole. Quanto à França diversos fatores diretos e indiretos entraram em jogo. A via indireta se fez através do velho reino lusitano. Os elementos diretos se estabeleceram por uma atração, a que não são estranhas a afinidade latina e a evolução histórica da França. Uma das causas mais diretas foi o ensino secundário. Vários colégios franceses se constituíram no Brasil. Tiveram direção leiga ou se orientaram por congregações religiosas. (...). Essa transfusão se operou desde os primórdios da civilização brasileira. É uma razão por que a conjuração mineira foi por eles influenciada, ao lado da forte repercussão causada pela independência da América do Norte.⁴⁴⁶CAMPOS, 1940, p. 161-162.

⁴⁴⁷ MURARO, 2013, publicação digital.

⁴⁴⁸ Toda a ideologia de justificação da sociedade estava sendo elaborada sobre a idéia do contrato: a sociedade era uma sociedade de iguais que contratavam, e a própria sociedade obedecia a um contrato. Necessariamente, como primeiro passo se produz um direito penal fundado no contrato. ZAFFARONI, 1997, p. 260.

e negros no Brasil colonial”.⁴⁴⁹ Dessa forma, é impossível negar a existência de uma espécie legal paralela dentro de aldeias – ou ao menos daquelas que ainda não sofreram com as investidas dos catequizadores, responsáveis pela deterioração de uma cultura legitimamente brasileira.

Não se está aqui dizendo que tais organismos não devem respeito ao Estado, pelo contrário, pois estão estes inseridos naquele e são componentes de sal sociedade, ainda que alguns indivíduos busquem, ferrenhamente, segregar esses sujeitos como se não fossem tão necessários à manutenção – e porque não dizer da própria formação? Não foram eles os responsáveis pelo trabalho pesado que trouxe o Estado brasileiro ao patamar em que se encontra hoje?

O que se pretende é demonstrar que, como exposto supra, a cultura determina os hábitos dos que dela compartilham e, sendo assim, nada mais natural que a comunidade indígena ter seus próprios costumes, o que, por vezes, causa espanto em uma sociedade demasiadamente hipócrita que parece esquecer sua própria formação histórica.⁴⁵⁰

Diante desse fato, uma isonomia perpetrada pela Carta Magna é, definitivamente tratada como se nada fosse. E é essa falta de respeito pela cultura daqueles que sempre se considerou inferiores à ficta soberania europeia, que torna o país um Estado sem identidade própria, sem sequer reconhecer a falta dela.

2.2 Do tratamento jurídico conferido as comunidades indígenas no ordenamento brasileiro

Fazendo-se uma análise da história constitucional do país, ainda que as leis maiores anteriores a Carta Magna de 1988 não trouxessem especificamente dispositivos que tratassem diretamente dos direitos indígenas, foram as responsáveis pelo caminho integracionista que se tem atualmente.

Do mesmo modo, a legislação infraconstitucional variava de acordo com a política adotada à época, como, por exemplo, artigo do Código Civil de 1916 que pregava que os “silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em lei e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país”^{451 452}

⁴⁴⁹ WOLKMER, 2001, p. 84.

⁴⁵⁰ Apesar disso, é impressionante constatar como as pessoas indígenas brasileiras, tornaram-se invisíveis para uma grande parte do povo brasileiro. E esse fenômeno contribui para sua desumanização. De uma maneira geral, quando nós nos referimos ao racismo, temos em mente quase sempre apenas as pessoas de pele negra. Nunca relacionamos de pronto o racismo contra pessoas de pele vermelha. Talvez isso aconteça porque a população de pele negra ou parda compõe a maioria do povo brasileiro, ou seja, representam 50,7 % do total, e essa força numérica os favoreça na articulação da luta por seus direitos. BÜSCHEL, 2014, publicação digital.

⁴⁵¹ Art. 6º, § único. Código Civil de 1916.

⁴⁵² [...] No Brasil o Estado surgiu antes da ideia de sociedade civil e/ou de Nação soberana, instaurando por uma estrutura herdada de Portugal, fundamentalmente semifeudal, patrimonialista e burocrática. Nesse contexto, os colonizadores e a aristocracia rural desconsideram as práticas jurídicas mais antigas de um direito comunitário, nativo e consuetudinário, impondo uma cultura legal proveniente da Europa e da Coroa portuguesa WOLKMER, 2001, p. 85.

No mesmo sentido, o Estatuto do índio (Lei 6.001/73) – o que deveria, em tese, ser algo voltado à proteção das comunidades indígenas -, mostrou-se instrumento de normatização do pensamento político da época. Assim durante a Ditadura Militar de tentativa de integração dos índios a dita “civilização” como meio de manter uma “harmoniosa comunhão nacional”.⁴⁵³

Assim, “de acordo com o princípio integracionista, os índios, obrigatoriamente, partiriam de um estado primitivo, porquanto estariam em um estado menos adiantado na comunidade nacional, para um processo de evolução, cabendo ao Estado assegurar sua integração total à sociedade não-indígena para possibilitar-lhes o desenvolvimento”.⁴⁵⁴

A aceitação de tal pensamento, apresentou a sociedade brasileira aquilo que a acompanharia até os dias atuais: não existe a possibilidade de coexistência de diferentes organizações sociais num mesmo espaço geográfico. “Na ótica do princípio, a cultura nacional deve ser obrigatoriamente homogênea, não devendo coexistir no território brasileiro diferentes organizações sociais, tradições e línguas, e o meio para alcançar este ideal é a assimilação “harmoniosa” dos povos indígenas [...] à cultura nacional”.⁴⁵⁵ Em outras palavras, mais uma vez deparando-se com a falta de identidade jurídico-cultural que acompanha o Brasil.

Modificando – ou ao menos tentando mudar – a concepção integralista que vinha arraigada na constituição histórica da sociedade brasileira, a Constituição Federal promulgada em 1988, apresentou um capítulo inteiro dedicado ao reconhecimento do direito consuetudinário indígena, garantindo a comunidade indígena direito a manutenção de sua organização tal como é.⁴⁵⁶

Internacionalmente, a convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, foi ratificada pelo Brasil em 2002 através do Decreto Legislativo nº 143, e trouxe o diferencial quanto a aplicação da legislação nacional aos povos interessados, buscando-se dar a consideração a seus costumes o que, por consequência, admitiu a existência mais que clara de seu direito consuetudinário.⁴⁵⁷

⁴⁵³ Art. 1º, Lei 6.001/73.

⁴⁵⁴ CASTRO, 2013. Publicação digital.

⁴⁵⁵ LIMA, 2011, p. 18.

⁴⁵⁶ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo a união demarcá-las, proteger e fazer respeitar os seus bens. BRASIL, 1988.

⁴⁵⁷ Um ponto inovador, de profunda significação foi o reconhecimento dos elementos culturais como essenciais na identificação do índio, na preservação de sua dignidade e até mesmo na garantia de sua sobrevivência. Ficou muito claro, na Convenção 169, que o índio, como ser humano, deve ter os mesmos direitos conferidos e assegurados a todos os demais indivíduos, sem qualquer discriminação. Foi enfatizada, também, a necessidade de proteger de modo especial os direitos dos índios e de suas comunidades, sem que para receber essa proteção o índio seja obrigado a abrir mão de direitos ou a se colocar como pessoa de qualidade inferior. A rigor pode-se dizer que essa nova Convenção não criou direitos novos, mas sem dúvida tornou mais precisos os direitos anteriormente reconhecidos e foi mais minuciosa quanto às obrigações dos Estados em relação aos índios. Não há impropriedade em afirmar que a Convenção nº 169 representa para a Convenção nº 107 o mesmo que os Pactos de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, representam para a Declaração Universal de Direitos aprovada pela ONU em 1966. Não há mudança essencial, mas o novo tratamento dado aos direitos e suas garantias significa um passo importante no sentido da modernização e da efetividade.

DALLARI, 1991, Revista Informação Legislativa.

O esboço pela Constituição e pela Convenção seria o marco divisório que traria à realidade o fato de que a sociedade brasileira – como a maior parte da sociedade latino-americana – não é (e nunca foi) una, mas sim composta por grupos, organismos sociais com concepções jurídico-culturais distintos. Mas será possível encontrar essa aplicação no dia a dia da sociedade nacional que se conhece hoje? É claro que a resposta para tal inquirição não poderia ser outra: NÃO!

Retoma-se aqui o já exposto, de maneira sucinta, sobre a hipocrisia de uma sociedade que parece sofrer de amnésia permanente no tocante a sua própria história e, acha – apenas acha – ser capaz de julgar os costumes de um povo. Prova disso são os inúmeros projetos de lei que vem assumindo uma maneira disfarçada de tornar a sociedade hegemônica. Ao que parece o espírito integralista não fora totalmente banido como deveria.

Exemplo disso, é a PEC 215. O projeto de emenda constitucional, visa modificar as regras de demarcação de terra indígenas. Ou seja, o principal objetivo da PEC é transferir a competência deste ato que corresponde ao Poder Executivo, para o Poder legislativo. Outro ponto abordado no projeto de emenda é a abertura das Terras indígenas para empreendimentos de alto impacto socioambiental – coisa, que até o momento é vedado constitucionalmente.⁴⁵⁸

Não seriam tais projetos uma afronta direta a Norma Maior de um Estado que – ao menos legalmente – reconhece que não há como aplicar suas leis sem antes observar as diferenças? Não há dúvida que sim! E do mesmo modo, é de se questionar: como a legislação infraconstitucional pode vir a modificar uma segurança constitucional?

Outro exemplo, é a PEC 71. Essa proposta de emenda à Constituição, certamente é a mais surpreendente, não que modificar a questão de demarcação de terras e as deixar expostas a possibilidade de abrigar empreendimentos de alto impacto socioambiental também não o seja, mas a mencionada mudança ocorreria com o direito de indenização aos não índios que possuísem títulos de terras que foram demarcadas como indígenas.

Assim, não há aqui uma exclusão de direitos indígenas, muito pelo contrário existe a inclusão de mais um direito ao rol dos ínfimos direitos que a sociedade “civilizada” já possui. Ou seja, não basta chegar em um território já habitado por outro povo, tentar privá-los de seus costumes e tradições, usá-los como escravos e segregá-los se não aceitassem sua cultura e suas normas, é preciso ainda passar-se por vitimados e requerer que a União pague uma indenização por devolver aos índios aquilo que lhes seu por direito!

Vê-se que a afronta a direitos indígenas conquistados no decorrer dos anos, de nada vale quando colocados na balança, estando do outro lado a possibilidade de extrair

⁴⁵⁸ O texto também analisa as inovações incluídas pelo deputado Osmar Serraglio (PMDB/PR) no relatório da PEC 215 apresentado no início deste mês. Entre elas, estão a possibilidade de aplicação retroativa dos efeitos da PEC sobre TIs já demarcadas, homologadas e registradas e a inclusão da tese do “marco temporal” no texto constitucional – tanto para Terras Indígenas, quanto para Territórios Remanescentes de Quilombo. De acordo com essa tese, só teriam direito às terras as populações que detivessem sua posse em 5 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição. INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, publicação digital.

lucro de qualquer atividade, mesmo que para isso seja necessário apresentar um projeto que emende dispositivos que demoraram tanto tempo para reconhecerem direitos que sequer deveriam ser esquecidos.

Pode-se suscitar o conflito de direitos fundamentais, pois alguns dos costumes mantidos pelos silvícolas violam o direito à vida garantido a todos os indivíduos, mas não seria o mesmo que retornar ao *status quo ante* e permitir que a sociedade civilizada – diga-se de passagem, possuidora de uma história de segregação, escravidão, torturas dentre outras práticas deveras reprováveis quando afrontada com o ordenamento vigente -, torne a buscar hegemonizar as crenças, costumes e direito depois de tanta luta para que esses direitos fossem respeitados?

Não seria admitir que a sociedade civilizada realmente tem supremacia e é mais desenvolvida que os demais organismos sociais existentes, como se dona da verdade fosse? Não seria também, uma forma de assumir que civilização que guerreava por motivos de religião, não precisasse aprender nada com uma cultura que estava no território antes de surgir um Estado como o que se conhece e que não anda muito bem das próprias pernas?

Diante disso, faz-se necessário conhecer o direito consuetudinário de uma aldeia indígena, tida aqui como organismo social portador de crenças, cultura e costumes diferentes e, por isso, concepções jurídicas distintas. E do mesmo modo, agrupamento reconhecido constitucionalmente como detentor desses direitos.

2.3 Do Direito Consuetudinário Indígena

Nesse ponto da discussão a que se propunha a presente pesquisa, não restam mais qualquer espécie de dúvidas de que, no mais das vezes, os costumes e tradições indígenas são diversas da sociedade dita “comum”, enquanto que esta última tenta transformar os índios em seus novos “brinquedos” e integrá-los à sua cultura.

O tratamento jurídico destinado aos silvícolas apenas corrobora esse quadro, apesar da existência de normas que garantam sua diferença, o que se vê é uma tentativa ferrenha de tornar a cultura homogênea – como se isso fosse possível -, para dirimir os conflitos existentes. (Ou seria mais correto dizer para atender os interesses de um grupo que sempre pregou sua forma de enxergar o mundo como correta?).

No início dos estudos antropológicos realizados referentes à cultura indígena, os próprios estudiosos não concordavam quanto a existência de um poder político dentro de tais sociedade. Isso acontecia, por que o papel do cacique era tido como mera figura que representava generosidade e de poder limitado, que se embasava apenas no respeito dos demais para com ele e não coerção. Assim o conferiria legitimidade ao exercício do poder seriam atribuídos como idade, experiência, coragem, dotes oratórios, etc.⁴⁵⁹

No entanto, quando se aprofunda a ideia da figura do Cacique e do poder exercido por este dentro da aldeia, percebe-se que a concepção de um mero líder cultural desaparece no momento em que este adquire o condão de decidir sobre as atitudes que podem ou não ser nocivas ao grupo, bem como suas necessidades. Colocando de outra maneira, ainda

⁴⁵⁹ COLAÇO, 1998, p.17.

que a legislação comum seja aplicada a eles, pode o Cacique, usando como parâmetro sua carga cultural, determinar quais crimes são assim considerados dentro da aldeia.

Assim, é impossível negar que existiam uma relação jurídica entre o líder – representante do poder central decisório – e os demais membros do grupo. Ou seja, “[...] a legitimidade da norma e da sanção não é questionada, porque não deriva de um poder acima da comunidade, mas da própria comunidade que as estabelece no processo social, de acordo com as necessidades do grupo”.⁴⁶⁰

No entanto, não são apenas as normas penais que se tornam facilmente perceptíveis no direito indígena. Há a aplicação de suas normas em qualquer das searas conhecidas pelo Direito “civilizado”, “as relações de família, propriedade, sucessão, casamento e crime, são numa sociedade indígena, nitidamente reconhecidas por toda a comunidade, de tal forma que se estabelece um sistema jurídico complexo”⁴⁶¹

Existem, portanto, toda uma estrutura legal dentro de uma aldeia indígena que não pode ser desconsiderada quando se toca no assunto dos direitos indígenas. É essa estrutura que garante a existência de cada tribo entre si, visto que dependendo da carga cultural encontrada em cada organismo, o sistema jurídico muda, mas ainda assim existem normas de convivência.

Diante disso, como pode o Estado e o direito estatal não conseguir reconhecer tais aspectos? Como pode este acreditar que não há condição de coexistência entre as formas de direito? Como pode ainda tentar criar um direito homogêneo se este atenderia apenas a um grupo bastante reduzido de sujeitos? Por que ainda insiste em negar a existência de um pluralismo jurídico tão evidente?

Essas questões encontram resposta na mesma linha de pensamento, pois não é de se estranhar que o sistema de direito estatal estagnado é uma instituição falida, buscando sempre a compensação na lógica individualista e na racionalidade formal, coisa que a sociedade que está sempre em processo de mutação não consegue adequar.

Não adequa, porque como está sempre em movimento, compreende novas necessidades que um direito hegemônico não é capaz de sanar.⁴⁶²

Dessa forma, a questão indígena só vem a suscitar essa faceta do Estado, demonstrando claramente que o aparelho estatal que se conhece hoje não fora construído de forma a abarcar toda a gama de pluralidade existente, nem mesmo para atender as necessidades que dela surgem.

No entanto fora obrigado a aceitar o quadro que passou a se desenhar com o passar do tempo e a luta de um povo que, sequer, deveria precisar disso para seus direitos reconhecidos.

⁴⁶⁰ FILHO, 1992, p. 147.

⁴⁶¹ FILHO, 1992, p. 147.

⁴⁶² Ressalta-se, por conseguinte, a falência de um modelo jurídico estatal que, através de seu ordenamento positivo [...] e de seu órgão jurisdicional de decisão [...], está limitado tão-somente a regulamentar conflitos interindividuais/patrimoniais e não sociais de massas, ou seja, não consegue garantir uma correta regulamentação de tensões coletivas [...]. WOLKMER, 2001, p. 105.

Vive-se em uma sociedade desigual que sonha com igualdade legal sem ser capaz de saber que é impossível, pois nem mesmo indivíduos de uma mesma família são iguais, quem dirá parecidos, por que indivíduos de grupos diferentes e que possuem formações histórico-culturais diferentes deveriam ser?

3. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Engana-se aquele que acredita que ao chegar ao fim de uma discussão como esta, encontrara respostas concretas além da constatação de que a igualdade legal perpetrada pela Lei Maior é realmente encontrada no dia a dia de uma sociedade como a brasileira. Isto, porque, como salientada anteriormente, a sociedade não é estática, está em constante modificação e isso torna a tarefa de garantir direitos árdua quando o sistema jurídico se nega a acompanhar.

Torna-se ainda mais difícil tal tentativa, quando o ordenamento de um país não corresponde com a realidade a que ele pertence, ou seja, quando as normas infraconstitucionais tentam confrontar aquilo que a Constituição Federal – reconhecendo que o Estado é plural – prega para buscar dirimir os conflitos trazidos por uma carga histórica e cultural de supremacia de valores que deviam ser simplesmente impostos e aceitos por todos.

É por esse fato, além da constituição social copiada da europeia, que, ainda hoje, existe a necessidade de legislar em prol de direitos de minorias, como é o caso das cotas raciais – fato tremendamente criticado por garantir vagas em universidades para negros -, dos programas sociais, da proteção destinada a comunidade indígena, esta última afetada por uma ordem econômica que busca sempre angariar lucro sem se preocupar com a questão de que os índios possuem tanto direito sobre as terras que habitam quanto qualquer um dos sujeitos civilizados que as compram, se não mais.

Desse modo, não há surpresa em encontrar registros e relatos históricos que demonstram o descaso com que a comunidade indígena sempre fora tratada. Consideradas incapazes de gerir as próprias vidas e os próprios direitos civis, sendo necessária à sua integração com cultura nacional para que os “civilizados” os ensinassem a viver e, para que com isso, o país pudesse existir em harmonia. E, ainda hoje, submetidos a toda horda de negligências e vilipêndios não só culturais, são os indígenas os responsáveis por demonstrar a existência de um pluralismo jurídico gritante na sociedade brasileira.

As aldeias indígenas são organismos dotados de complexidade jurídica, tal qual a sociedade “civilizada”, pautados em sua cultura, apresentam noções de direito penal, com normas e sanções claras, noções de famílias, sucessões, propriedade e até mesmo de direito internacional – este considerado na relação entre países – que ditam como se dará o relacionamento com as outras etnias.

Desse modo, mesmo que se queira negar, a existência de um pluralismo jurídico se faz presente, basta que os sujeitos comecem a abrir os olhos e enxerguem o que acontece ao seu redor. Não há mera possibilidade de impor normas que firam esse direito, é preciso, em verdade, que haja aceitação dessa realidade e, por consequência, uma adequação para que todos sejam ouvidos. Pois somente assim, a igualdade legal será também a sociocultural tão almejada.

REFERÊNCIAS

BÜSCHEL, Inês do Amaral. **PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO CONTRA PESSOAS INDÍGENAS, NO BRASIL.** Disponível em: <<https://blogdaines.wordpress.com/2014/10/06/preconceito-e-discriminacao-contrapessoas-indigenas-no-brasil/>> acesso em 04 de out. 2015.

BRASIL, **Lei 6.001/7 – Estatuto do índio.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>acesso em 04 de out. 2015.

BRASIL, **Constituição da República federativa do Brasil**, Brasília, 1988;

CAMPOS, Ernesto de Souza. **Educação Superior no Brasil.** Rio de Janeiro: Serviço Gráfico do Ministério da Educação, 1940.

CASTRO, Marcela Baudel de. **Índios e Direito Penal.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3560, 31 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24072>>. Acesso em: 4 out. 2015.

CLAVAL, Paul. **A geografia Cultural.** Trad. Luiz Fugazzola Pimenta e Margareth de Castro Afeche Pimenta. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios.** Revista Informação Legislativa, Brasília, a. 28, n. 111, julho/setembro 1991.

FILHO, C.F. Marés de Souza. **O direito Envergonhado (o direito e os índios no Brasil).** Revista IIDH, vol 15. 1992.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da Sociedade.** Trad. Álvaro Cabral. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **LEIS ESPECIAIS, V.33 - ESTATUTO DO INDIO.** Salvador: Editora JusPodium, 2011.

MURARO, Celia Cristina. **O sistema legal brasileiro construindo o discurso da ordem.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2845>> acesso em 04 de out.2015.

WOLKMER, Antônio Carlos, *et. al.* **Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3º ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa-ômega, 2001.

ZAFFARONI, Eugénio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PROBLEMAS E POTENCIALIDADES DA TEORIA DO DIREITO E DA CONSTITUIÇÃO NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA

Por Kennedy Josué Greca de Mattos

I. Introdução

O direito constitucional sofreu várias transformações nos últimos duzentos anos. A história comprovou que as Constituições escritas, previsão meramente formal de direitos, despida de conteúdo normativo, não foram suficientes para impedir os horrores nazistas e fascistas praticados durante a Segunda Grande Guerra.

Dentro desse contexto histórico, a hermenêutica jurídica direciona-se para um novo rumo, o pós-positivismo, na busca pela reaproximação do Direito e a ética. O neoconstitucionalismo⁴⁶³ surge como um novo momento⁴⁶⁴ do direito constitucional, preocupado com a efetividade dos princípios constitucionais e harmonização entre o texto da lei e os valores constitucionais⁴⁶⁵.

Assim sendo, a proposta acadêmica deste artigo é inicialmente investigar a passagem do constitucionalismo tradicional para o constitucionalismo atual, ou neoconstitucionalismo, para, em seguida, verificar os seus reflexos no contexto atualmente vivenciado pela Constituição de 1988.

II. Contextualização do neoconstitucionalismo

A despeito da divergência doutrinária do conceito de neoconstitucionalismo⁴⁶⁶, mesmo os seus críticos resumem as principais mudanças experimentadas (ou ao menos desejadas) pelo constitucionalismo do pós-guerra. São elas:

- 1) Princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras);
- 2) Ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção);
- 3) Justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata);
- 4) Poder Judiciário em vez de Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Judiciário e menos Legislativo e Executivo);
- 5) Constituição em substituição à lei (ou maior e direta aplicação da Constituição)⁴⁶⁷.

⁴⁶³ Quanto à crítica que a doutrina desenvolve sobre o termo “neoconstitucionalismo”: Pozzolo, Suzanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: Carbonel, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. No mesmo sentido: Ávila, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: Neto, Claudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel; Binenbojm, Gustavo (Coords.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁶⁴ Schier, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In: Clève, Clémerson Merlin (org). Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Volume 1, 2014

⁴⁶⁵ Sarmento, Daniel. Umbiquidade constitucional: os dois lados da moeda. Revista de Direito do Estado 2, 2006

⁴⁶⁶ Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

⁴⁶⁷ Ávila, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: Neto, Claudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel; Binenbojm, Gustavo (Coords.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

O neoconstitucionalismo propõe um novo modelo teórico para explicar e descrever o Direito do Estado Constitucional, caracterizado por negar a tese juspositivista da separação conceitual entre direito em moral⁴⁶⁸.

A argumentação antipositivista do neoconstitucionalismo se apoia nas mudanças estruturais que levaram o Estado Constitucional a modificar o Estado de Direito⁴⁶⁹. A vontade do legislador, construída para funcionar sob o ângulo do princípio da legalidade, reduziu o direito a uma única fonte, a lei. No entanto, essa realidade foi modificada com as Constituições do pós-guerra, que passaram a ser subordinadas à critérios de validade material capazes de condicionar a atividade legislativa, por seu conteúdo e não só pela sua forma⁴⁷⁰.

Essas Constituições recorreram a um grande número de princípios de justiça, de direitos fundamentais de liberdade e também sociais, que impuseram ao Estado tarefas de intervenção na sociedade e na economia através da lei⁴⁷¹. Agora, estes mesmos direitos e valores para serem interpretados e aplicados teriam necessidade de uma tomada de posição moral destinada a lhes dar concretização.

Gustavo Zagrebelsky⁴⁷², mais que outros, aderiu a tese da especificidade constitucional sustentando que a constituição contaminada de valores, representa um objeto geneticamente diferente do direito infraconstitucional pelo qual o aparato teórico e metodológico juspositivo não seria adequado para dar conta deste objeto. A lei, medida de todas as coisas no campo do direito, cede, assim, espaço para a Constituição e se converte, ela mesma, em objetos de medição.

Não obstante tudo isso, é certo que o neoconstitucionalismo somente conseguiu florescer pois as suas bases normativas e metodológicas foram profundas. Além disso, o argumento neoconstitucionalista partiu da constitucionalização de um catálogo de direitos fundamentais e jurisdicionalização da Carta Constitucional⁴⁷³. Além disso, Constituição, além de reclamar maior força normativa, passou a ser interpretada de forma mais suave, em contraposição ao antigo rigor da lei⁴⁷⁴.

III. Regras vs. Princípios

Quanto a opção normativa-metodológica do neoconstitucionalismo, podemos citar como forte exemplo a doutrina de Ronald Dworkin⁴⁷⁵ e Robert Alexy⁴⁷⁶.

⁴⁶⁸ Sanchis, Luís Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

⁴⁶⁹ Zolo, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: Costa, Pietro; Zolo, Danilo (orgs.) *O estado de direito – historia, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴⁷⁰ Novais, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2012.

⁴⁷¹ Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. In: Barroso, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil – Rio de Janeiro: Renovar*, 2007.

⁴⁷² Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2007.

⁴⁷³ Pozzolo, Susanna. *Un constitucionalismo ambiguo*. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

⁴⁷⁴ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2007.

⁴⁷⁵ Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes,

⁴⁷⁶ Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2006

Robert Alexy, partindo da doutrina de Ronald Dworkin aprofundou as ideias de que os princípios são espécies de normas jurídicas pelas quais são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus e segundo as possibilidades normativas e fáticas do caso concreto.

Segundo Alexy, uma vez demonstra eventual tensão entre os princípios, a solução não seria de imediato, pois necessitaria a aplicação da técnica da ponderação. De acordo com o caso concreto, na hipótese de colisão entre princípio o intérprete deveria escolher aquele que deveria prevalecer. As consequências normativas não seria determinadas de forma direta. Por outro lado, no caso das regras, essas consequências normativas seria pré-determinadas, não havendo espaço para ponderação.

Portanto, para Alexy a distinção entre princípios e regras não está baseada no modo tudo ou nada proposto por Dworkin, mas a dois fatores: *a*) diferença quanto a colisão – os princípios colidentes tem sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou em razão de uma exceção que exclua a antinomia; *b*) diferença quanto à obrigação que instituem – as regras instituem obrigação absoluta, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie* na medida em que podem ser superados ou derogados em função de outros princípios colidentes.

Não obstante tudo isso, no direito brasileiro, a opção normativa constitucional foi pela edição de uma Constituição robustamente impregnada por regras⁴⁷⁷, talvez como reflexo da desconfiança do autoritarismo vivido durante os governos militares⁴⁷⁸. Assim, a aplicação estereotipada dessa doutrina alienígena, sem qualquer filtro diante da realidade nacional, poder causar problemas.

Nesse sentido, a doutrina de Fredrich Muller⁴⁷⁹ parece ter grande proveito no direito brasileiro, quicá mais adequação do que as idéias alexyanas. Isso porque, segundo a “teoria estruturante do direito”, desenvolvida por Muller, também há o rompimento com os padrões positivistas. No entanto, há uma maior preocupação quanto ao relacionamento entre o Direito e a realidade para a solução do caso concreto. Segundo Muller, a norma jurídica é o resultado da interação entre a realidade do caso concreto e o texto da norma⁴⁸⁰. A norma não preexiste ao texto, pois só é criada de acordo com o caso concreto. Ou seja, a norma jurídica é o resultado de um processo tópico-dialético entre o texto legal (a priori) e o meio fático do caso concreto.

Ademais, a despeito do conteúdo eminentemente analítico na Constituição de 1988, a mesma, a exemplo das outras constituições ocidentais do pós-guerra, reclamou a efetividade de suas normas. No entanto, conforme adverte Humberto Ávila⁴⁸¹, a opção

⁴⁷⁷ Ávila, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: Neto, Claudio Pereira de Souza; Sarmiento, Daniel; Binenbojm, Gustavo (Coords.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁷⁸ Schier, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In: Clève, Clémerson Merlin (org). Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Volume 1, 2014.

⁴⁷⁹ Muller, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. Madrid: CEPC, 1989.

⁴⁸⁰ Canotilho, J.J., Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina.

⁴⁸¹ Ávila, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: Neto, Claudio Pereira de Souza; Sarmiento, Daniel; Binenbojm, Gustavo (Coords.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

metodológica brasileira primordialmente por regras e, não, princípios, tem como consequência um outro caminho a ser seguido pelo intérprete.

Nesse sentido:

“O empecilho metodológico está na consequência da adoção de uma ‘Constituição regulatória’: como a ponderação (no sentido específico de sopesamento entre razões conflitantes mediante a criação de regras concretas de prevalência entre elas) é uma decorrência do fenômeno da posituação normativa por meio de princípios, a constatação de que Constituição Brasileira de 1988 é composta primordialmente de regras conduziria a uma ruptura no encadeamento lógico dos fundamentos do ‘neoconstitucionalismo’ no Brasil: tendo a Constituição de 1988 estabelecido um fundamento normativo básico diferente da maior parte das Constituições do pós-guerra, haveria, por consequência, também uma alteração do fundamento metodológico, pois o modo de aplicação típico deveria ser a correspondência conceitual vinculada a finalidade em vez da ponderação horizontal. Isso modificaria, igualmente, os fundamentos axiológicos e organizacionais, adiante examinados”.

Assim, a teoria dos princípios que prega a separação da norma jurídica em regra e princípios⁴⁸² não se mostra suficiente para resolver o contexto normativo constitucional brasileiro.

Como bem sintetizou Daniel Sarmento⁴⁸³ em seu artigo “Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete”, muita coisa mudou no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988. A Constituição deixou de ser um pouco mais do que uma “folha de papel”⁴⁸⁴ para assumir uma importância central no ambiente institucional brasileiro.

Nesse contexto, o papel do Poder Judiciário assume especial relevância, pois cada vez mais passa a ser convocado para manifestar-se nos processos que reclamam a efetivação daqueles direitos previstos no novo texto constitucional. No entanto, paralelo a isso, instaura-se uma grande preocupação quanto aos limites e possibilidades conferidas ao julgador incumbido da tarefa de concretização desses direitos. Naturalmente desenvolve-se o debate com a alegação de ausência de legitimidade para o exercício de um poder contramajoritário⁴⁸⁵.

IV. Considerações finais

Conforme demonstrado nessas apartadas linhas, o contexto constitucional do direito brasileiro não deve se preocupar em realizar a incorporação cega da doutrina

⁴⁸² Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério* – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁸³ Sarmento, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: Neto, Claudio Pereira; Sarmento, Daniel; Binenbojm, Gustavo. (Coords.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

⁴⁸⁴ Expressão cunhada por Ferdinand Lassale em “A Essência da Constituição”. Trad. Walter Sonnes. Rio de Janeiro: *Líber Juris*, 1985.

⁴⁸⁵ Sarmento, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: Neto, Claudio Pereira; Sarmento, Daniel; Binenbojm, Gustavo. (Coords.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

estrangeira. Ao contrário, deve exigir do intérprete mais suor e criatividade para resolver os problemas internos com criatividade.

V. BIBLIOGRAFIA

Ávila, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros. 2011.

_____. Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2008.

Barcellos, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. In: Barroso, Luís Roberto (org.). A reconstrução democrática do direito público no Brasil – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Barroso, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 04 de outubro de 2015.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Artigo publicado na Internet, no site: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>

Canotilho, J.J., Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina.

Da Silva, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico. In: Da Silva, Virgílio Afonso (org.). Interpretação constitucional 1ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. "Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia." 2009.

Dworkin, Ronald. Levando os direitos a sério. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Dworkin, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Ferrajoli, Luigi. Pasado y futuro des estado de derecho. In: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madri: Editorial Trotta, 2003.

Kelsen. Hans. Teoria pura do direito. 4ª ed. Coimbra, 1976.

Maliska, Marcos Augusto. Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade. Juruá, 2000.

Miranda, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002

Montesquieu. Do espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2010.

Muller, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. Madrid: CEPC, 1989

Neto, Cláudio Pereira de Souza. Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Novais, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional. Coimbra: Coimbra, 2012

Pereira, Ana L. P.. Jurisdição Constitucional na constituição federal de 88: entre ativismo e auto-contenção. In: Revista Eletrônica Direitos Fundamentais e Democracia. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>.

_____. O conteúdo e alcance do art. 5º, §1º, da CF/1988. In: Cléve. Clémerson M.. Direito constitucional brasileiro. V. 1 - Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Pereira, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Pozzolo, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

Reale, Miguel. Lições preliminares de direito – 24ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1998.

Robert, Alexy. Teoria dos direitos fundamentais. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, 2008.

Rousseau, J. –J.. Do contrato social. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>, acesso em 04 de outubro de 2015.

Sanchis, Luís Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2003.

Sarmiento, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Neto, Claudio Pereira; Sarmiento, Daniel; Binenbojm, Gustavo. (Coords.). Vinte anos da constituição federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. O neoconstitucionalismo no brasil: riscos e possibilidades. In: Sarmento, Daniel (Coord.) Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. Umbiquidade constitucional: os dois lados da moeda. Revista de Direito do Estado 2, 2006

Schier, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In: Clève, Clémerson Merlin (org). Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Volume 1, 2014.

Vasconcellos, Fernando Andreoni. Hermeneutica jurídica e derrotabilidade. Curitiba: Juruá, 2010.

Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. 6. ed. Madrid: Trotta, 2007;

Zolo, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: Costa, Pietro; Zolo, Danilo (orgs.) O estado de direito – historia, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO ÂMBITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITOS, CONSIDERAÇÕES E PROBLEMATIZAÇÕES

Catherine Thereze Braska Hazl⁴⁸⁶

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a análise da transformação do direito desde o positivismo até chegar ao atual estado neoconstitucional analisando seus principais elementos bem como as consequências ocorridas com esta mudança de paradigma. Discorre brevemente acerca do princípio da legalidade frente ao Estado de Direito, e a sua posterior constitucionalização através da sua necessária substancialização. Para atingir este propósito abordam-se os conceitos de regra e princípio e as funções atribuídas a estes tanto no positivismo quanto no neoconstitucionalismo. Discute a aplicabilidade dos princípios no caso concreto, bem como a normatividade constitucional e o relevante papel que os direitos fundamentais passaram a exercer. Por fim, aponta para problemáticas do neoconstitucionalismo, devido, principalmente ao seu caráter fluido e aberto buscando, contudo, por meio da interpretação e ponderação, racionalizar o direito.

PALAVRAS-CHAVE: positivismo; constitucionalização; normatividade constitucional; neoconstitucionalismo; ponderação; racionalização.

ABSTRACT

The present article has as object the analysis of the transformation from the law positivism until you reach the current state neoconstitucional analyzing their main elements as well as the consequences that occurred with this paradigm shift. Talks briefly about the principle of legality outside the rule of law, and its subsequent constitutionalisation through their required substancialização. To achieve this purpose dealing with the concepts of rule and principle and the roles assigned to these in both positivity and neoconstitucionalismo. Discusses the applicability of the principles in this case, as well as the constitutional rules and the important role that fundamental rights have come to exercise. Finally, it points to problems of neoconstitucionalismo, due mainly to its fluid and open character searching, however, through interpretation and weighting, streamline the right.

KEYWORDS: positivism; constitutionalisation; constitutional rules; neoconstitucionalismo; weighting; rationalization.

Sumário. 1.Introdução; 2. Constitucionalismo e neoconstitucionalismo; 3. Regras e princípios. Características, diferenciações e a solução de conflitos entre eles; 4. Normatividade constitucional e a ascensão da constituição em face do ordenamento jurídico; 5. Problematizações Acerca do Neoconstitucionalismo e Considerações Acerca da Racionalidade Jurídica; 6. Considerações finais.

⁴⁸⁶ Mestranda do programa *Direitos Fundamentais e Democracia* do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil.

1. Introdução

O presente artigo traz considerações acerca do neoconstitucionalismo e algumas problematizações dele decorrentes. Primeiramente busca-se traçar a mudança de paradigma comparado ao positivismo, cujas características resultavam num modelo rígido e limitado do direito: prevalência do princípio da legalidade; a falta de normatividade constitucional, baixa carga axiológica da Constituição e princípios com função de meros ordenadores do direito. O positivismo é desenvolvido num momento em que se buscava dentro do próprio direito, sua própria completude.

Atravessando a crise do estado de Direito, observou-se que o sistema normativo existente até então era incapaz de abordar todas as novas demandas da sociedade. Inicia-se então uma fase de constitucionalização do direito - que no Brasil teve como marco a promulgação da Constituição de 1988, chegando então ao neoconstitucionalismo que tem como uma de suas principais características a preocupação em promover uma verdadeira substancialização do direito material, e não meramente formal como ocorria até aqui. Observa-se que a própria evolução da sociedade demonstrou a exigência de se instaurar um ordenamento capaz de acompanhar um novo caráter plural e aberto.

As mudanças de orientação política e teórica no entendimento da Constituição levaram a uma nova dimensão do horizonte e das possibilidades de compreensão e aplicabilidade do sistema constitucional, bem como a uma necessidade de revisão metodológica visando a abranger as novas posturas nele encontradas.

Ganha força o papel que passa a adquirir a Constituição, não apenas pela normatividade que esta passa a ter mas por irradiar os preceitos para todo o ordenamento. Fala-se aqui sobre uma aproximação do direito e da moral, a teoria da filtragem constitucional, teoria da argumentação em face do decisionismo judicial, e a técnica da ponderação de princípios. Temas como a concretização constitucional, regras e princípios e ponderação – passaram a adquirir maior relevância, a ponto de serem identificados como elementos centrais da Teoria Constitucional contemporânea e a partir dos quais se pode postular o desenvolvimento de uma nova forma de conceber o constitucionalismo.

Nesta esteira de transformação do direito e com a conseqüente modificação dos elementos como as regras e princípios, surgem também problematizações. Como exemplo, aponta-se o caráter aberto e discricionário que advém junto com a abertura constitucional permitindo que haja uma subjetivação do direito bem como a utilização errônea dos princípios contribuindo, de certa forma, para sua banalização.

Busca-se assim, maneiras de racionalizar o direito, através de técnicas de argumentação e ponderação para que seja possível a garantia de direitos fundamentais dentro de uma sociedade plural, sem contudo afastar a segurança jurídica e a previsibilidade a ele cabível.

2. Constitucionalismo e neoconstitucionalismo

O fenômeno do constitucionalismo tem origem desde a formação dos Estados Modernos, onde inicialmente a figura do rei confundia-se com o próprio papel do Estado e a Igreja, ganhando força posteriormente na ascensão dos estados Liberais, quando surgiu a

necessidade de se desenvolver através de mecanismos jurídicos, uma resposta ao período absolutista marcado pela discricionariedade do direito com relação às diferentes classes da sociedade.

O Estado Liberal emerge com o intuito de obstar o poder até então ilimitado e concentrado nas mãos de um único representante, com o objetivo de universalizar as regras, ainda que de uma maneira estritamente formal com a premissa de que “*todos são iguais perante a lei*” as quais eram discricionárias e seletivamente e aplicadas.

Como consequência do princípio da legalidade determinado os ordenamento jurídicos na época, observa-se uma forte necessidade em regulamentar todo o papel do Estado e seus desdobramentos por meio de uma tradição positivista e procedimental com o poder legislativo concentrando toda produção jurídica e prevalecendo sobre os demais poderes.

Ferrajoli⁴⁸⁷ aponta que o Estado de Direito nasce com a forma do “Estado legislativo de Direito” justamente no momento em que o princípio da legalidade afirma-se como critério exclusivo de identificação do próprio Direito - independentemente de ser ele justo ou não. Com a instauração do Estado de Direito, outras duas mudanças de paradigma podem ser observadas com relação à ciência jurídica – que separa o direito das demais áreas, e à jurisdição – deixando de ser fonte exclusivamente jurisprudencial.

Ocorre que o Estado Legislativo de Direito passa a ser insuficiente frente às necessidades e as mudanças do Estado contemporâneo. Após o término da Segunda Guerra Mundial e a superação do pensamento totalitário, aflora a e necessidade de reformulação do Direito. Neste contexto, aponta-se para a crise da legalidade e da própria lei a qual deixa ser a única, suprema e racional fonte de direito⁴⁸⁸. A partir deste momento há uma necessidade em romper com um estado de legalidade e estritamente formalista para assumir um novo viés de Estado Constitucional.

Danillo Zollo relaciona a crise do Estado de Direito às transformações do Estado e da sociedade.

“no contexto da crescente complexidade social e dos processos de globalização os problemas com os quais é preciso se confrontar podem ser unificados sob o título de “crise do Estado de Direito. A crise refere-se seja ao funcionamento das estruturas “garantistas” dos Estados Ocidentais, em particular nas versões eurocontinentais no período pós Segunda Guerra Mundial, seja em nível global, à “proteção dos direitos do homem”.”⁴⁸⁹

Após a ascensão e o apogeu do estado pautado por premissas do positivismo legalista, que tinha como princípio a exaltação cientificista do Direito como um objeto axiologicamente neutro afastado de outros ramos do conhecimento e de caráter predominantemente descritivo do conhecimento jurídico, fazia-se necessário recuperar a dimensão valorativa do Direito para restabelecer, de alguma maneira, uma ligação estreita

⁴⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003, p 16-17.

⁴⁸⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003. p. 131.

⁴⁸⁹ ZOLLO, Danilo; Costa Pietro. *O estado de Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2006. P 70

que preconizava o jusnaturalismo racionalista, inserindo o direito no horizonte da justiça, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana⁴⁹⁰.

Iniciou-se uma nova fase do direito constitucional, ainda que a não seja possível determinar o início e o fim exato de um ciclo, mas a partir deste período observa-se a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser protegida e promovida pela sociedade passando a ser elemento principal desse movimento, bem como o enaltecimento da força normativa da constituição⁴⁹¹. No Brasil, o movimento neconstitucional iniciou-se na década de 1980 tendo como referência principal a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Figueroa⁴⁹² afirma então que constitucionalização é o processo da transformação do direito advinda da própria constituição, chegando ao neoconstitucionalismo que traz um novo paradigma com relação ao papel que o direito exerce frente ao Estado e à sociedade.

La constitucionalización del pensamiento jurídico há dado lugar al constitucionalismo. Se há denominado genericamente constitucionalismo (y más precisamente neoconstitucionalismo con el fin de acentuar el nuevo carácter que há adquirido em la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas.⁴⁹³

Suzanna Pozzolo⁴⁹⁴ entende haver distintas razões para o neoconstitucionalismo buscar superação da metodologia positivista, mas elenca como a mais importante a noção de validade jurídica que havia anteriormente – a qual somente entendia ser válida se preenchesse requisitos formais e que portanto já não serviria para ser utilizada no novo Estado Constitucional de Direito, onde as normas são classificadas como válidas por satisfazer critérios materiais ligado então ao conteúdo dela, e não mais à forma. Neste mesmo entendimento, Ferrajoli⁴⁹⁵ também afirma que a condição de existência e validade das normas é uma das primeiras transformações que se observa entre o positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo.

As sociedades marcadas pela diversidade e pelo pluralismo jurídico, depositam na Constituição o dever de dar condições ao desenvolvimento de diferentes sujeitos de direito e diferentes formas de vida onde a partir dela se legitimará cada um destes sem que haja um único interesse predominante e exclusivo capaz de afastar os demais. Fala-se de uma soberania da constituição e não mais do Estado.

A soberania da constituição não diz respeito a uma nova estrutura hierarquizada e rígida, como a supremacia da lei que existia até então. Frente ao pluralismo em que se vive hoje, onde não se busca uma ordem constitucional preocupada unicamente com a afirmação da soberania, já não cabe mais pensar no papel da constituição como origem

⁴⁹⁰ CAMPUZANO, Alfonso de Julios. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Por quem dobram os sinos? Reflexões sobre neoconstitucionalismo e ciência jurídica. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 143-166, julho/dezembro de 2012, p. 144.

⁴⁹¹ CARNEIRO, Claudio. LEMOS, Marcos A. F. **O movimento pós-positivista e a “visão” neoconstitucionalista da ponderação: a valoração de princípios em Robert Alexy**. In: *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 105-124, julho/dezembro de 2012. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 105-124, julho/dezembro de 2012. p.119

⁴⁹² FIGUEROA, . *Op cit.* p. 164

⁴⁹³ FIGUEROA *Op cit.* p. 159.

⁴⁹⁴ POZZOLO, *Op cit.* p. 190

⁴⁹⁵ FERRAJOLI, *Op cit.* 15.

centralizada de onde todo o ordenamento deve sair, mas para onde todo o ordenamento deve convergir.⁴⁹⁶

A necessidade de uma renovação é tamanha que o neoconstitucionalismo impulsiona uma nova teoria do direito, cujas características mais relevantes são as seguintes, conforme Sanchís: mais princípios do que regras; ponderação em detrimento da subsunção; onipresença da constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos inclusive os pouco relevantes; onipresença judicial no lugar da autonomia do legislador e por fim coexistência de uma pluralidade de valores ainda que muitas vezes contraditórios entre si, em face da busca pela homogeneidade ideológica em torno das regras e princípios.⁴⁹⁷

Paulo Schier⁴⁹⁸ explica o neoconstitucionalismo através de uma substancialização do direito com viés pós-positivista

No neoconstitucionalismo, por sua vez, tem –se a emergência não mais de um Estado de direito mas daquilo que se designa como Estado Constitucional fundado em premissas pós positivistas. A referencia do neoconstitucionalismo é a constituição material e o estado de direito substancial, ou o predomínio do paradigma constitucional. As constituições deste outro contexto organizam-se, basicamente sob uma regulação mais matéria, preocupada em estabelecer a legitimação substancial do direito, das decisões, da política e da comunidade.

Traçadas algumas diferenças entre o constitucionalismo e neoconstitucionalismo cumpre ressaltar as mudanças que também ocorreram com a interpretação de elementos como as regras e princípios nestes dois momentos distintos e conectados entre si.

3. Regras E Princípios. Características, Diferenciações e a Solução De Conflitos Entre Eles

O desenvolvimento do Direito frente ao Estado e a sociedade, devido à sua dinamicidade e a necessidade de acompanhar transformações políticas e sociais, pressupõe novas interpretações e constante renovação com relação às suas teorias. Assim, pode se dizer que dentro das transformações entre positivismo e neopositivismo modifica-se também a atribuição de seus elementos. Neste sentido, explica-se neste tópico acerca das distintas acepções das regras e princípios.

No entendimento de Alexy existem diversos critérios para se distinguir regras e princípios, que para o autor, são reunidos sob o conceito de norma – “porque ambos dizem o que deve ser” e podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente⁴⁹⁹.

Dworkin chama a atenção para a distinção baseada na natureza lógica dos princípios e das regras:

⁴⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trotta: Madrid, 2007. p. 14

⁴⁹⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003. p. 13.

⁴⁹⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. *A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (ORG). *Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais: São Paulo, Volume 1, 2014. p.9

⁴⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.87

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis a maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁵⁰⁰.

Assim, princípios são definidos como normas mandamentais de otimização, ou seja, que seja realizado na maior medida possível, ao passo que regras são normas que podem ou não ser satisfeitas⁵⁰¹. Virgílio Afonso da Silva complementa a ideia dos mandamentos de otimização em que cita o princípio da máxima efetividade dos princípios, ao falar sobre a força normativa da Constituição que chama de “efetividade ótima”.

A partir da distinção surge então o questionamento de como ambos são aplicados na prática e qual o método utilizado havendo conflito entre eles. Não se fala mais na aplicação de normas através de mera subsunção do fato à norma, o qual era o método utilizado no estado legalista baseando-se num direito fechado e constituições rígidas.

Durante o período do constitucionalismo liberal, a interpretação era entendida como mera operação de subsunção lógica que não diferenciava questões materiais das formais – cujos preceitos ligavam-se ao entendimento que reduzia a metodologia interpretativa constitucional e o seu instrumento de viabilização à noção da supremacia da norma constitucional dentro da ordem jurídica.⁵⁰²

E é a partir desta conceituação que adentramos na questão relativa à solução de controvérsias envolvendo conflito de regras e colisões entre princípios de natureza eminentemente constitucionais. É neste momento que se revela a importante relevância emprestada aos princípios como ferramenta de solução destas controvérsias.

No caso de conflito entre regras Alexy entende que somente pode ser solucionado havendo uma cláusula de exceção ou sendo declarada invalidade de uma das regras, seja pelo critério de especialidade, temporalidade ou hierarquia. Assim, as regras concretizam-se por meio da subsunção enquanto que os princípios são aplicados após a determinação de seu alcance o qual o autor chama de sopesamento.

Assim destaca-se primeiramente o entendimento do autor o qual fala em colisão entre princípios e conflito entre regras. A partir do momento em que direitos fundamentais invocados pelos seus titulares, entram em rota de colisão com outros bens protegidos constitucionalmente. Nessas situações, está-se diante da colisão de direitos fundamentais, fenômeno que emerge quando do exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência entre os direitos envolvidos⁵⁰³.

⁵⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁵⁰¹ ALEXY. *Op cit.* p. 86-90.

⁵⁰² LOIS, Cecília Caballero. Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 257-278, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15211>>. Acesso em: 06 set. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15211>

⁵⁰³ CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 27-28.

Caso não haja nenhuma cláusula de exceção para o caso concreto onde duas regras contraditórias entre si tenham a pretensão de aplicabilidade, então uma das regras deve ser declarada inválida⁵⁰⁴, sendo muito pertinente neste sentido o termo utilizado por Dworkin, de aplicação “tudo ou nada” das regras.

No caso de solução de controvérsia que envolva a aplicação de princípios jurídicos contraditórios entre si, ou seja, que haja colisão entre princípios, a solução não implicará na imposição de uma cláusula de exceção ou na eliminação de um dos dois princípios. Havendo dois princípios que se choquem, apenas um deles será utilizado no caso concreto mediante um sopesamento ente eles – o que não significa dizer que o outro deixa de ser válido e portanto apto a ser utilizado em outro caso. O que ocorrerá é que um dos princípios será declarado precedente, naquelas circunstâncias determinadas, em face do seu oposto, sendo que em outro caso concreto, diverso deste primeiro, existindo colisão entre estes mesmos princípios, a relação de precedência pode ser inversa, dependendo de cada caso concreto⁵⁰⁵.

Alexy resume esta questão de conflitos e colisões, apontando que enquanto os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade – aplicação tudo ou nada de Dworkin –, as colisões entre princípios, levando-se em conta apenas os princípios válidos e aceitos pelo sistema constitucional, ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso⁵⁰⁶.

Esta compreensão das regras e princípios em dimensões de validade e peso terá grande relevância no momento em que o julgador estiver diante da complexa tarefa de sopesar estes para dar a resposta mais próxima da justiça possível, sobretudo porque esta distinção fará parte integrante e inafastável da argumentação jurídica, condição *sine qua non* da racionalidade de ponderação neoconstitucionalista.

Conforme já salientado, é necessário um sopesamento ou ponderação com as normas de direitos fundamentais invocadas e contraditórias entre si, envolvidas no caso concreto, haja vista o caráter principiológico das normas de direito fundamental. Assim, a ponderação ou balanceamento compreende método hábil a proporcionar solução ajustadora à colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos⁵⁰⁷, conforme será visto adiante.

4. Normatividade constitucional e a ascensão da constituição em face do ordenamento jurídico.

São normas jurídicas, então, não apenas as regras mas também os princípios, ainda que sua aplicação, peso e função também difiram. A partir do neoconstitucionalismo a constituição pode se realizar plenamente. Como norma fundamental a constituição passa a ter força radiante, projetando sua integridade para os campos do direito. Todos os demais princípios terão que ser interpretados a partir da constituição.

Para tanto, é certo que toda a justificação da distinção entre regras e princípios no contexto do neoconstitucionalismo passa pela necessidade de ressaltar a vinculatividade

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 92.

⁵⁰⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93.

⁵⁰⁶ ALEXY, *Op cit.* p. 94.

⁵⁰⁷ CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 34.

especial da Constituição e permitir uma adequada solução às hipóteses de colisões normativas⁵⁰⁸. Não se trata de adotar um modelo puro de princípios, que teria como principal objeção a desconsideração da Constituição escrita, ou modelo puro de regras, que daria azo à decisões carentes da complementação decorrentes de sua vinculação aos princípios e à ponderação, negando, portanto, a racionalidade até aqui defendida.

Diferente do contexto teórico e ideológico positivista então, em que as constituições materializadas encontravam discursos que afirmavam que princípios sequer eram normas jurídicas, mas meras recomendações ao legislador. É a partir do neoconstitucionalismo que a constitucionalização material passou a ser efetivamente possível⁵⁰⁹ na medida em que ganhou nova concepção perante o ordenamento jurídico como um todo. Toda a normatividade que durante o Estado legalista representavam meros enunciados normativos desprovidos de eficácia jurisdicional, agora passam a ter validade jurídica e mais, passam a ser aplicadas no caso concreto⁵¹⁰.

Uma das principais características do neoconstitucionalismo é o protagonismo que os princípios desempenham na interpretação e na aplicação do direito, dando ênfase à garantia dos direitos fundamentais, os quais contribuem na valoração das normas e por consequência nas fundamentações das decisões judiciais com normativa sistemática e aberta de regras e princípios, designada, por Schier, como filtragem constitucional⁵¹¹.

Neste sentido, há um desdobramento constitucional com a imersão da Constituição dentro do ordenamento jurídico como uma norma suprema. Os operadores do direito não se valem da constituição somente por meio do legislador como ocorria anteriormente, num estado legalista, mas o fazem, a partir desta mudança de paradigma, de maneira direta. Assim, esta “utilização” da constituição passa a ocorrer de maneira constante, visto que devido à relevância da matéria constitucional, dificilmente será afastada de qualquer decisão jurídica⁵¹².

O neoconstitucionalismo se vale de Constituições com grau de normatividade, com o intuito de regular as organizações de poder do Estado também prevê direitos e obrigações aos particulares; e, de outro lado com um viés garantista supõem que seus preceitos podem se valer através de procedimentos jurisdicionais existentes para a proteção e efetivação dos direitos⁵¹³.

Ao contrário de como se interpretavam os princípios antes da constitucionalização portanto, estes passaram a adquirir caráter de aplicabilidade na esfera do direito, a partir do momento em que se passou a reconhecer sua normatividade. Entende-se que princípios também são normas jurídicas ainda que diferentes das regras, justamente por conta de sua estrutura.

A norma constitucional deixa de estar inserida dentro de problemas exclusivos do legislador e passa a ser trabalho também dos juízes ao serem aplicadas e utilizadas como

⁵⁰⁸ SCHIER, *op. cit.*, 2005, p. 10.

⁵⁰⁹ SCHIER, *Op cit*, 2014. p. 11.

⁵¹⁰ POZZOLO, *Op cit*. p.190

⁵¹¹ SCHIER, *op. cit.*, 1999, p. 02.

⁵¹² SANCHÍS, Luiz Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003.p. 130

⁵¹³ SANCHÍS, Luiz Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003.p. 128

parâmetros fundamentais de decisões judiciais. O papel do juiz passa a ser uma interpretação necessariamente constitucional independente da matéria.

Neste sentido a constituição também passa a ser caráter normativo, mas refere-se a uma norma apta a estar presente em qualquer tipo de conflito. Certamente, a chamada onipresença da constituição conforme apontou-se anteriormente, não aconteceria se esta tivesse como único objetivo a regulação das fontes do direito ou estabelecesse uma gama determinada de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, a força normativa da constituição apenas seria utilizada havendo violação de alguma destas previsões.

Ao identificar o valor das regras e dos princípios no contexto do constitucionalismo e posteriormente no neoconstitucionalismo observou-se que estes dois elementos adquirem diferentes atribuições no sistema jurídico em cada um dos momentos não apenas por modificarem mas também determinarem a aplicação das normas no caso concreto. Enquanto que inicialmente busca-se uma interpretação do texto escrito e portanto ao caráter dispositivo da norma sem exaltar qualquer importância aos princípios, posteriormente observa-se uma necessária utilização destes não apenas na possibilidade de serem aplicados diretamente adquirindo caráter material dos princípios, mas também no sentido de dar sentido a todo ordenamento jurídico “centro sobre el que todo deve convergir”⁵¹⁴

Deste grande avanço que foi a utilização dos princípios como normas, e o destaque que ganhou a Constituição, afirmando o caráter dinâmico e dúctil do direito, surgem também problematizações e críticas. No próximo capítulo, busca-se esclarecer os principais aspectos da racionalidade do neoconstitucionalismo, apresentando alguns de seus principais institutos e teorias, apontando especificamente as divergências entre o novo modelo e o modelo superado.

5. Problematizações Acerca do Neoconstitucionalismo e Considerações Acerca da Racionalidade Jurídica.

O neoconstitucionalismo trouxe, conforme demonstrado, diversos aspectos transformadores do direito com a mudança do paradigma superando o protagonismo do formalismo jurídico e inovando a concepção de validade e justiça, mediante nova forma de entender, interpretar e aplicar o direito. Juntamente com as transformações dele advindas, desencadearam novos conceitos e também novos obstáculos. Contudo, “falta, no Brasil, problematizar a questão, mostrando também o outro lado da moeda: os perigos que uma ‘panconstitucionalização’ do Direito, ou mesmo uma constitucionalização metodologicamente descontrolada, podem encerrar”⁵¹⁵. Segundo Paulo Schier, a constitucionalização do direito, além dos indiscutíveis avanços, também pode acarretar em retrocessos.

“(…) isso sem fazer referência às críticas, nem sempre legítimas, mas corretas em certos aspectos, dos perigos de uma subjetivação excessiva do direito, de uma incontável moralização da juridicidade, de uma fuga da teoria do direito para a teoria da argumentação, da crise da democracia representativa e dos problemas que dizem respeito com a própria controlabilidade e racionalidade das decisões no quadro atualmente vivenciado”⁵¹⁶.

⁵¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 2007, p. 14.

⁵¹⁵ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda.

⁵¹⁶ SCHIER, Op cit. 2014. p.13

Sobre estes aspectos acerca do neoconstitucionalismo, conforme elencado pelo autor, observa-se que a principal preocupação com o novo modelo versa acerca da possibilidade de uma intensa subjetivação do direito como um todo. A partir do momento em que se abre a possibilidade de não haver mais uma única solução concreta e correta, conforme buscava-se no positivismo, abrimos um leque de possibilidades para que o direito se concretize.

Muito se deve ao papel atribuído aos princípios, conforme visto, ao longo do desenvolvimento do direito, passou de praticamente nulo – no período jusnaturalista em que sequer faziam parte do ordenamento jurídico – e posteriormente adquirindo caráter de direcionador no positivismo e chegando ao pós positivismo com plena normatividade.

Os princípios eram vistos, no máximo, como meios de integração do ordenamento, aos quais o intérprete só poderia recorrer diante de lacunas, e mesmo assim, apenas depois de baldadas as tentativas de recurso à analogia ou aos costumes. Só possuíam “bom direito” aqueles que pudessem fundamentá-lo em regras claras e precisas.⁵¹⁷

Pela aplicabilidade dos princípios o neoconstitucionalismo aproxima o direito das transformações da sociedade como um todo e, pela sua plasticidade, consegue moldar-se de acordo com o caso concreto, mas, por este mesmo motivo, sofre censuras.

Assim, pergunta-se como é possível proceder com a lógica da subsunção diante enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e enorme grau de indeterminação e abstração⁵¹⁸ que desencadeariam numa excessiva subjetividade do direito de forma geral. Neste sentido Daniel Sarmiento explica que “os operadores do direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger hipótese”.

Além das críticas tecidas e inerentes ao modelo neoconstitucional, Schier explica duas problemáticas – também decorrentes da flexibilização do direito que tem se discutido até aqui. Primeiramente o autor aponta a complexidade e a pluralidade de respostas legítimas no neoconstitucionalismo, e, de outro lado, a denominada complexidade contextual do processo de constitucionalização.

Sobre a pluralidade de respostas Schier explica que tal fato decorre da impossibilidade de se afastar o direito da moral, bem como o fato de um enunciado ser capaz de formar diversas normas, fato que requer uma interpretação aprofundada para cada caso concreto. Já sobre a complexidade contextual o autor traz o risco de se ter um constitucionalismo chamado por ele mesmo “de fachada” devido à ampla possibilidade de utilização dos princípios “o simples apontamento a princípios ou direitos fundamentais pode se prestar para ocultar decisões autoritárias, que se justificam democraticamente com uma simples referência à tutela de valores ou direitos constitucionais”⁵¹⁹. O ordenamento formado por normas vagas e abstratas, pode comprometer os principais valores inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Sarmiento critica a simples menção de princípios nas decisões judiciais em que “dignidade da pessoa humana” ou “princípio da razoabilidade” são empregados como um

⁵¹⁷ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda.

⁵¹⁸ SCHIER, Op Cit. 2005, p. 7.

⁵¹⁹ SCHIER, Op Cit. 2014. p.13.

mero enfeite, sem trazer a devida substancialização que tanto requer o direito⁵²⁰. Sobre a utilização desta vaga normatividade e sobre o decisionismo judicial, tem-se a seguinte reflexão:

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes⁵²¹

Aponta-se também, na esteira do neoconstitucionalismo, a possibilidade em desenvolver uma inadequada compreensão da Constituição e dos direitos fundamentais. Não se pode deixar levar nem por uma ditadura dos princípios e nem das regras, como afirma Schier, “se tudo é, nada é!”⁵²².

A possibilidade de se utilizar princípios no caso concreto não significa dizer que apenas será possível ter uma decisão ou aplicação justa do direito mediante ordem principiológica. Não se defende aqui um modelo puro de regras ou um modelo puro de princípios tendo em vista que regras são utilizadas para garantir segurança jurídica e previsibilidade ao direito.

Para Sarmento a aplicação de princípios não afasta a utilização das regras, e, nem todos os conflitos devem ser solucionados necessariamente através de princípios. Não se deve confundir o caráter que adquiriu o direito nos tempos do neoconstitucionalismo, que de fato ganhou características de flexibilidade e relativização coma substituição dos princípios em detrimentos de regras, sendo estas indispensáveis ao ordenamento jurídico, “não só porque salvaguardam a segurança jurídica do cidadão e coíbem o arbítrio do aplicador, como também porque permitem o funcionamento mais ágil e eficiente da ordem jurídica”.⁵²³ Sobre a importância das regras no ordenamento, Humberto Ávila explica:

Essas considerações revelam que as regras desempenham funções importantes numa sociedade complexa e plural, que são as de estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração. As regras, em outras palavras, servem de instrumento de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade das decisões que ajudam a produzir. A inexistência de regras implica a existência de conflitos de coordenação, conhecimento, custo e controle de poder. Não se afastam as regras sem se afastarem os problemas que elas ajudam a resolver. Em outras palavras, a desconsideração das regras implica uma forma de injustiça. Num Estado de Direito, em que deve ser protegida a segurança jurídica, em virtude da qual se deve privilegiar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico não está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, desprezando justiça geral em favor da justiça particular.⁵²⁴

Em suma, falar sobre o neoconstitucionalismo necessariamente é falar sobre um modelo aberto ao subjetivismo e à discricionariedade?

⁵²⁰ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade.

⁵²¹ Daniel Sarmento, Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda, *Revista de Direito do Estado* 2:83, 2006.

⁵²² SCHIER, Op Cit. 2005, p. 16.

⁵²³ Daniel Sarmento, Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda, *Revista de Direito do Estado* 2:83, 2006.

⁵²⁴ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: revista eletrônica de direito do Estado. Salvador. n.17 jan/fev/mar 2009. p. 15

Busca-se, neste âmbito de abertura constitucional e das sociedades plurais, ferramentas para que se alcance uma racionalização do direito e que se desprendam da subjetividade. Defender um modelo puro de regras ou afastar a vertente principiológica que assume o direito já não parece ser mais possível. Neste sentido, fala-se sobre a valorização da argumentação jurídica; justificação e ponderação entre princípios.

O resultado que emergir da busca racional e dialógica da resposta mais correta para uma controvérsia jurídica qualquer, não só tenderá a ser melhor e mais justo do que aquele que seria obtido através do exercício do mero decisionismo do intérprete, como também estará ungido de uma legitimidade muito maior (...). Quanto mais uma decisão envolver alguma margem de valoração pessoal do intérprete, afastando-se da subsunção, maior deve ser o cuidado com a fundamentação. Na verdade, a fundamentação das decisões judiciais, muito mais do que um requisito formal da sua validade, é um pressuposto da sua legitimidade no âmbito do Estado Democrático de Direito.⁵²⁵

Sobre argumentação jurídica Luis Roberto Barroso explica que esta ganha importância a partir do momento que passa a ser compreendida como fonte de legitimação e controlabilidade de decisões. Moralmente já não se aceita que qualquer decisão, pelo fato de ter sido proposta por autoridade competente, seja, desde logo, pautada por legitimidade sendo necessária justificação racional e moral.⁵²⁶

Daniel Sarmiento, sobre a utilização dos princípios entende que, nos casos em que sua aplicabilidade for apropriada, ela deve se dar de maneira fundamentada. Quanto maior subjetivo for seu conteúdo, maior será seu ônus argumentativo. Não fundamentar esta utilização de premissas vagas colide com a própria lógica do Estado Democrático de Direito, que busca afastar o decisionismo judicial, a arbitrariedade e a insegurança jurídica que tanto o direito busca.⁵²⁷ . Mesmo que se adote a teoria da única resposta correta defendida por Dworkin, esta não será, no âmbito jurídico hoje, resultado de mera subsunção do fato à norma, mas sim, será objeto de profunda reflexão do interprete do direito que no ato de sua ponderação entre normas e princípios conflitantes, terá que, a partir de uma análise dos princípios e valores morais objetivos de uma dada sociedade, optar pela resposta correta para um determinado caso concreto.

Ainda numa busca da não discricionariedade do direito no âmbito do neoconstitucionalismo, muitos autores defendem a ponderação como método de aplicação dos princípios, o qual requer verdadeira fundamentação e ônus argumentativo.

Sobre ponderação Ana Paula Barcellos a identifica como “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”, e que portanto não encontram solução na mera subsunção que possa ser identificada, ou seja, a resposta para aquilo que será objeto de ponderação não pode ser desprendida do texto jurídico. A autora ressalta que a discussão acerca da ponderação é relevante no Brasil , dentro outros motivos, pelo espaço amplo de atuação e criação que possui o intérprete, pautado por

⁵²⁵ Daniel Sarmiento, Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda, *Revista de Direito do Estado* 2:83, 2006.

⁵²⁶ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 341.

⁵²⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.), Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

conceitos abertos e indeterminados, que por meio da ponderação exigem deste uma justificativa pela escolha de uma norma em detrimento das outras.⁵²⁸

No que tange ao papel do intérprete no neoconstitucionalismo, Barroso entende que este não se reduz simplesmente ao conhecimento técnico, tornando-o, inclusive, criador do direito.

(...) o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador ao fazer valorações de sentidos para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões.⁵²⁹

Virgílio Afonso da Silva entende que, primeiramente, a ausência total de subjetividade na interpretação e na aplicação do direito é inalcançável independente da teoria ou método elencado. Além do método do sopesamento todos os demais também se utilizam da subjetividade e de uma “escolha” feita pelo intérprete para a solução do caso concreto. A própria subsunção pura e simples, apesar de ser formalmente uma operação lógica, apresenta problemas de fundamentação substancial semelhantes aos de qualquer outra teoria⁵³⁰.

A utilização dos princípios apresenta-se como um procedimento auxiliar na elaboração de uma norma de decisão. Neste sentido, a atividade de ponderação tem o condão de criar o equilíbrio necessário e desejável aos direitos que se encontram em tensão no caso concreto.

Clèmerson Cléve entende que por meio da ponderação promove-se a ordenação entre os fatos e a normativa, conferindo, dessa forma, critérios para a obtenção de uma decisão constitucionalmente adequada⁵³¹. Citando Canotilho, adverte que a ponderação não é, de forma alguma, modelo de abertura para uma justiça casuística ou de sentimentos.

Lenio Streck explica que a necessidade de uma racionalização do direito surge a partir de uma separação entre o objetivismo do texto e o subjetivismo formado somente por posições axiológicas soltas. É papel do intérprete fazer com que aconteça o papel da hermenêutica. Através da hermenêutica não há que se falar da interpretação jurídica como um problema meramente linguístico, mas de aplicar o giro hermenêutico ao direito e à Constituição. Assim, os princípios adquirem a função de alinhar o teor do texto com a realidade⁵³².

Daniel Sarmiento demonstra a preocupação em racionalizar o direito ao falar que o neoconstitucionalismo se debruça em discussão acerca de métodos ou teorias da

⁵²⁸ BARCELLOS, Ana Paula. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38-39.

⁵²⁹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 309.

⁵³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais** – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147.

⁵³¹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. CLÉVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

⁵³² STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: Revista do Instituto de pesquisas e estudos, Bauru. v.40, n 45. Jan/jun 2006. p.257-290.

argumentação que garantam a procura racional e intersubjetividade controlável do direito, valorizando assim a razão prática do âmbito jurídico. Ao citar Alexy, o autor afirma que a racionalidade não é ligada somente à comprovação formal por meio de experimentos ou por mera dedução de regras gerais. É igualmente racional a argumentação empregada na resolução de questões práticas que o Direito tem o dever de equacionar.⁵³³

Sobre o neoconstitucionalismo e seu desenvolvimento no Brasil, Virgílio Afonso da Silva entende que toda esta discussão acerca de métodos e teorias de interpretação constitucional bem como aplicabilidade dos princípios no caso concreto já resta superada. Para ele a interpretação constitucional requer uma discussão acerca da própria constituição e também da realidade constitucional e política que se vive no país hoje sendo necessária uma teoria constitucional brasileira. Por fim, o autor afirma que a interpretação constitucional não se resume simplesmente ao método utilizado sendo indispensável a observância da realidade como um todo.⁵³⁴

O neoconstitucionalismo, por mais que não demonstre ser uma teoria ou um paradigma pronto e acabado, busca de modo bastante eficaz, estimular uma revisão do positivismo teórico e também do positivismo metodológico, requer ainda, uma nova teoria das fontes distante do legalismo, uma nova teoria da norma da interpretação, nem puramente mecanicista, nem puramente discricionária, onde os riscos que comportam a interpretação constitucional possam ser conjurados por um esquema plausível de argumentação jurídica⁵³⁵.

A constitucionalização dos princípios e das regras, seu efeito irradiante à todas as demais esferas do direito tem positivado valores através de expressões vagas, elásticas, imprecisas, e já que com elas não tem sido positivado também sua concepção e seu peso recíproco, estes mesmos direitos ou valores para serem interpretados e aplicados, teriam a necessidade de uma tomada de posição moral destinada a dar-lhes concreção. Esta função de concretização seria uma das que a legislação e a jurisdição (em particular o Tribunal Constitucional), mas também a ciência jurídica, deveriam levar a cabo.⁵³⁶

6. Considerações Finais

O direito tem, e deve ter, como preocupação principal acompanhar as mudanças e transformações que sofre a sociedade ao longo do tempo, afim de buscar, cada vez mais, ser efetivo na busca pela proteção de direitos bem como na sua efetivação com relação aos indivíduos. Foi, num momento de necessária mudança, que aspectos do neoconstitucionalismo começaram a surgir na sociedade.

Os elementos e a forma que tinha o direito até o início da constitucionalização não demonstravam suficiência para as exigências que se verificavam na sociedade. Assim, não de maneira cronológica, diversos aspectos começaram a modificar na ciência do direito. Aquilo que, num primeiro momento tinha caráter rígido e estratificado, com a busca pela

⁵³³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (coord.), Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵³⁴ AFONSO DA SILVA, Virgílio. Interpretação Constitucional. Malheiros: São Paulo. 2005. p. 142-143.

⁵³⁵ SANCHÍS, *op. cit.*, 2003, p. 137.

⁵³⁶ POZZOLO, *op. cit.*, 2003, p. 189-190

completude do ordenamento, passou a ter caráter flexível e relativo no neoconstitucionalismo.

Com a constitucionalização do direito, a Constituição passa a ter também, força normativa, deixando de ter caráter meramente político e passando a ser aplicada aos casos concretos. No Brasil, tal transformação ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988 que trouxe uma afirmação da democracia e voltada aos princípios inerentes de uma nova sociedade com características de abertura e pluralismo social e jurídico.

Dentre as mudanças de paradigma ocorridas com o neoconstitucionalismo, diversos são os pontos positivos de mudanças e transformações que com ele se consagraram. O principal foi a possibilidade de aproximar o direito da realidade política e social, bem como trazer maior efetividade quando evocado para solucionar determinado caso concreto. Muito se deve à inserção dos princípios no ordenamento, tendo em vista a capacidade de se moldarem em cada caso.

Contudo, assim como inovações, o neoconstitucionalismo também desencadeou problematizações a serem solucionadas. Como consequência da relativização do direito aponta-se também um contraponto relevante: a subjetivação do direito. A normatividade aberta dá vazão à banalização o uso de princípios bem como permite interpretações equivocadas e sem respaldo. Como garantir então que o direito possua caráter fluido mas também garanta segurança jurídica e previsibilidade à sociedade?

Trazer a tona perspectivas do positivismo, num modelo essencialmente formado por regras, em que o direito construía-se dentro de uma moldura finita e limitada não parece ser possível. As transformações da sociedade sequer permitiriam um retrocesso, tendo em vista que as mudanças ocorridas decorreram de uma necessidade desenvolvida por ela mesma.

Dentro desta perspectiva, através da ponderação dos princípios e do necessidade de fundamentação por parte do intérprete, quanto mais vaga e imprecisa for uma norma invocada pelo intérprete, maior o ônus argumentativo no caso concreto. Entretanto, afastar a argumentação e a justificação vai contra os valores acarretados no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência” . In: revista eletrônica de direito do Estado. Salvador. n.17 jan/fev/mar 2009. p. 15

BARCELLOS, Ana Paula. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38-39.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 341.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Por quem dobram os sinos? Reflexões sobre neoconstitucionalismo e ciência jurídica**. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 143-166, julho/dezembro de 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra. 1991. 5 ed. Almedina.

CARNEIRO, Claudio. LEMOS, Marcos A. F. **O movimento pós-positivista e a “visão” neoconstitucionalista da ponderação: a valoração de princípios em Robert Alexy**. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 105-124, julho/dezembro de 2012. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 105-124, julho/dezembro de 2012.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Salvador; Jus PODIVM, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoria Del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

LOIS, Cecília Caballero. **Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, jan. 2006. ISSN 2177-7055.

MACHADO, Clara Cardoso. **O neoconstitucionalismo e a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia v.2, n.2 (jul./dez. 2007), Curitiba: Unibrasil, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado democrático de direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

POZZOLO, Suzanna. **Un Constitucionalismo Ambiguo**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

SANCHES RUBIO, David. **Derechos humanos, producción y reproducción de la vida humana y trabajo vivo**. Revista de Investigaciones Jurídicas. México, D.F., Escola Livre de Direito, 2000, n. 24.

SANCHÍS, Luiz Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

SILVA, Virgilio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. Malheiros: São Paulo. 2005. p. 137.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**, *Revista de Direito do Estado* 2:83, 2006.

_____ Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In: SARMENTO, Daniel (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____ Daniel. **Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete.** In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binembojn (Org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo.** In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador/BA, Número 4 – outubro/dezembro de 2005.*

SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (ORG). *Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais: São Paulo, Volume 1, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgilio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. Malheiros: São Paulo. 2005. p. 137.

STRECK. Lenio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo.** In: *Revista do Instituto de pesquisas e estudos, Bauru. v.40, n 45. Jan/jun 2006.*

STRECK, Lenio Luiz. **O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. Estudos Constitucionais.** In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MORAIS, José Luiz Bolzan de. STRECK, Lenio Luiz. (org). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Trotta: Madrid, 2007.

ZOLLO, Danilo; Costa Pietro. **O estado de Direito.** São Paulo: Martins Fontes. 2006.

SILOGISMOS ARGUMENTATIVOS E O PARADIGMA DAS MÚLTIPLAS RESPOSTAS

Trajano Santos Filho⁵³⁷.

RESUMO:

Tomando as ebulições democráticas deflagradas no século passado como ponto de partida de uma nova experiência constitucional, de teor profundamente ressignificante e responsável pela consagração de um dado feixe de valores fundamentais, construídos sob a égide das múltiplas identidades sócio-comportamentais verificadas, vem a normatividade constitucional a ganhar projeção concreta pela ativa presença judiciária na construção do Direito, superando os vazios jurídicos por uma organização gradativa (e muitas vezes criativa) de precedentes em cadeia que é, neste estudo, albergue paradigmático da contextualização de uma estrutura jurídica fundamental e pluralista, cunhada pelas insígnias da superação do Império do Direito, dando-se lugar à uma atividade sistemática e dialógica de argumentos e proposições dos quais diferentes sínteses e abordagens são resultantes. A pesquisa se aporta, então, na identificação teórica dessas múltiplas elaborações normativas, coexistentes, centradas na órbita de um núcleo fundamental comum e que têm sua projeção concreta a partir da elaboração de uma amálgama constitucional das realidades concretas, em um processo de (i) identificação de pressupostos paradigmáticos preexistentes, (ii) dialética entre as particularidades do caso concreto e (iii) harmonização do sistema normativo pela convergência dos princípios regentes das soluções encontradas.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; argumentação jurídica; silogismos argumentativos; múltiplas respostas.

ABSTRACT:

Taking democratic boiling triggered in the last century as a starting point of a new constitutional experience, deeply ressignificante content and responsible for the consecration of a given bundle of core values, built under the auspices of the multiple socio-behavioral identities verified, comes to constitutional normativity to gain concrete projection by active judicial presence in the construction of law, exceeding the legal vacuum by a gradual organization (and often creative) of previous chain which is, in this study, paradigmatic hostel from the context of a fundamental and pluralistic legal structure, coined the insignia of the overcoming of the Right Empire, giving rise to a systematic and dialogical activity of arguments and propositions which different syntheses and approaches are arising. The research brings then the theoretical identification of these multiple elaborations regulations, coexisting, centered on the orbit of a common fundamental core and have their concrete projection from the drafting of a constitutional amalgam of concrete realities, in a (i) process identifying existing paradigmatic assumptions, (ii) dialectic between the particularities of the case and (iii) harmonization of the regulatory system by the convergence of the governing principles of the solutions.

⁵³⁷ Graduando em Direito pela UCP – Faculdades do Centro do Paraná. <trjn@outlook.com.br>

Keywords: neoconstitutionalism; legal argument; syllogisms argumentative; multiple answers.

Sumário: 1. Preliminares Teóricas. 2. A Estrutura de Direitos Fundamentais. 3. Silogismos Argumentativos 4. O Paradigma das Múltiplas Respostas.

1. PRELIMINARES TEÓRICAS

Desde que a experiência humana flagrou-se superando a clássica positividade experimentada a partir das primeiras concepções de descrição constitucional, muito se problematizou acerca de um “novo modelo de Estado de Direito” nascente e que, ao menos aparentemente, comprometeria a organização das estruturas estatais consolidadas. Por consequência, toda ordem almejada pela normatização ampliada da sociedade em favor da economia privada e de uma certa parcela de direitos individuais parecia estar ameaçada.

Graças a um pretenso desprestígio teórico das construções formais em prol de um todo *antiformalista*⁵³⁸, mais próximo de uma juridicidade livre capaz de superar a atuação das instituições representativas que, assim, seriam relegadas ao *background* da soberania das nações, arguiam-se proposições de reconhecimento jurídico das múltiplas realidades baseadas nas reinvenções que o homem vivia (principalmente a partir do século passado) e que demandava – em contraste aos movimentos homogeneizadores de outrora – a coexistência singularizada das inúmeras expressões de cidadania revividas com a historicidade pós-guerra⁵³⁹.

Era evidente, para os teóricos do novo parâmetro constitucional, que o sistema subsuntivo da norma legislada não era mais suficiente para aquilo que o Direito se prestava: ser útil a sociedade. Com a diversidade humana instigada pela dissolução das barreiras que cingiam territórios e povos antes desconhecidos⁵⁴⁰, forçoso parecia conceber

⁵³⁸ Sanchís é objetivo ao declarar que “os antiformalismos constituem uma reação à ideia paleopositivista da finitude lógica do sistema normativo e uma reivindicação da importância da interpretação judicial, acompanhada também em algumas ocasiões de uma curiosa simpatia pela própria função da judicatura”. SANCHÍS, Luis Prieto. Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa. Argumentação e Estado Constitucional. MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2012. p. 215.

⁵³⁹ Essa tendência ganhou força porque se percebeu que mesmo as instituições pretensamente representativas gozavam da peçonha tirânica quando controladas por grupos majoritários, sendo necessário o manuseio de “métodos sucessivos de limitação e contenção do poder popular e mesmo da descaracterização do princípio representativo”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 31.

⁵⁴⁰ Ainda que a globalização seja um fenômeno exponencialmente destacado a partir da Segunda Guerra Mundial, quando a tecnologia ganha verdadeiro impulso e a mobilidade de pessoas e informações se torna uma realidade concreta, ela já é percebida desde o séc. XV, quando o expansionismo europeu inspirou as aventuras transatlânticas que, na busca das Índias, fizeram embarcações luso-espanholas aportarem nas terras da América. É importante que aqui se desfaça a ideia de globalização linearizada e progressiva, reconhecendo sua manifestação “sob a forma de processos globais com efeitos de avanços e retrocessos, também chamados *ondas*”. Neste sentido: REYNALDO, Renata Guimarães. O fenômeno global e a

modelos universais de comportamento e fenomenologia social minimamente convincentes. Além disso (e talvez com maior relevo prático), o crescimento das margens denunciava um Estado-legislação factualmente representativo para poucos – o que, aliado à filosofia da soberania popular, colocava as instituições na mira de uma bomba prestes a ser detonada⁵⁴¹.

A proposta não era, outrossim, tão sugestiva àqueles que ainda depositavam sua confiança na ideia de que haveria a:

[...] necessidade de concentração da produção normativa em uma única fonte, o estado nacional, derivada das aspirações de pacificação da sociedade, de modo a possibilitar o livre desenvolvimento das forças produtivas emergentes, que dependiam da estabilidade e da previsibilidade do contexto social e das relações contratuais⁵⁴².

A lembrança de opressão do monarca glutão ainda atemorizava a moderna burguesia que, sem se dar conta, servia à um novo monarca não menos afoito: o capitalismo expansionista que devorava o proletariado, nações estrangeiras e povos nativos, sem rogar-se a segregação de gênero, ao trabalho escravo e à marginalização dos estamentos sociais portadores da mão de obra – além de uma infinidade de outros parâmetros que, excludentes por si só, asseguravam que as intransponíveis linhas da sociedade branca, cristã, heteronormativa e eurocêntrica seriam preservadas.

Com a Segunda Guerra Mundial, contudo, grande parte da Europa devastada pelo conflito reclamava pelo reconhecimento de um núcleo fundamental de direitos da pessoa efetivamente capaz de proteger o povo dos abusos do Estado e, além disso, de direcionar às instituições públicas o dever de atuar positivamente em prol da consecução de valores socialmente buscados, abandonando a frieza equidistante do Poder antes exortado apenas em defesa das liberdades formais para que, agora, fosse chamado ao empenho de reconstrução da sociedade (e por derradeiro, de um Estado democrático social).

Essa perspectiva é funcionalizada porquê:

Do ponto de vista dogmático, as últimas décadas assistiram a um movimento decisivo, que foi o reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição. No constitucionalismo europeu – e na maior parte do mundo, que

globalização hegemônica. Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades. Niterói/RJ: ANINTER-SH/ PPGSD-UFF, 03 a 06 de setembro de 2012, ISSN 2316-266X. Disponível em: <<http://goo.gl/x3Zla8>>. Acesso em 22 out. 2015. Também: GRUZINSKY, Serge. A passagem do século: 1480-1520: as origens da globalização. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁵⁴¹ Se o Estado se constrói sobre a premissa de legitimidade lastreada na soberania popular, a ausência de reconhecimento e de identidade nacional por parcelas crescentes da sociedade revela o esvaziamento do *garante soberano*, passível então de rompimentos políticos bruscos e revolucionários. Isso porque “ele [segregado, marginalizado e posto à margem do Estado] também pode proclamar suas virtudes superiores e sua subversão do bem comum em convenções irregulares que representam o povo”. ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 236. Comentários do monógrafo.

⁵⁴² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia..., op. cit., p. 21.

vivia sob sua influência – prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim, diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador. A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos, especialmente as minorias⁵⁴³.

O constitucionalismo americano – ressalvada a vanguarda operacionalizada nas terras do Norte – também encontrou na sua experiência duros obstáculos que eram, por sua vez, encampados pelo assoberbamento eurocêntrico de dominação e aglutinação sócio-cultural⁵⁴⁴. Possivelmente, contudo, esse tenha sido o pigmento crucial para que aquelas nações historicamente usurpadas se insurgissem, dissolvendo regimes militarizados (que não pretendiam senão pela conservação de instruções institucionais vazias⁵⁴⁵ ocupadas com a estabilidade extrativista exercida pelas potências da época), revolucionando-se em busca de uma normatividade original, coerente com o modelo de sociedade plural que ostentava e consciente dos desafios deixados ao relento da política periférica.

Assim:

Essa constitucionalização do Direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo – centralizada da ideia de dignidade humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade de princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação –, tem tomado o debate jurídico atual extremamente rico e instigante. Nele têm-se colocado temas que definirão o futuro da Constituição, dentre os quais: o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e de promoção dos direitos fundamentais; a legitimidade da

⁵⁴³ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.

⁵⁴⁴ Desde a colonização vieram as ações latino-americanas a serem despojadas de suas identidades autênticas e a serem submetidas a um processo de europeização agressivo que não tinha por objetivo senão alcançar a legitimidade dos abusos empreendidos pela metrópole. Nesse sentido: “Logo após a violência invasora, tornou-se necessária a colonização (física, moral, espiritual, política, econômica, jurídica), um processo que não se extinguiu com a independência formal do Estado-Nação, assimilado a cultura da metrópole, a independência real de vida e cultural é um movimento que atualmente está sendo moldado pelos povos da região. Esse processo de conquista violenta e colonização produziu os filhos da invasão/opressão, ou seja, aqueles que deveriam ser inclusos no modelo civilizacional do invasor [...]”. FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões sobre o processo constituinte boliviano e novo constitucionalismo sul-americano. WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (organizadores). Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

⁵⁴⁵ Neste sentido: “Tem sido próprio na tradição latino-americana, seja na evolução teórica, seja na institucionalização formal do direito, que as constituições políticas consagrassem, abstratamente, igualdade formal perante a lei, independência de poderes, soberania popular, garantia liberal de direitos, cidadania culturalmente homogênea e a condição idealizada de um ‘Estado de direito’ universal. Na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências históricas das grandes massas campesinas e populares”. WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítica e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (organizadores). Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

jurisdição constitucional e da judicialização do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizam, para citar apenas exemplos⁵⁴⁶.

É importante esclarecer que as remissões histórias são úteis, até aqui, para que a trajetória da experiência jurídica não seja despida de sua posição na história e no processo de desenvolvimento do fenômeno humano por si só, uma vez que “las filosofías jurídicas y políticas son siempre un reflejo y a la vez um factor constitutivo y, por decirlo así, performativo de las concretas experiencias jurídicas de sus respectivos momentos”⁵⁴⁷, sendo fundamental essa percepção para que a compreensão paradigmática seja satisfatória.

2. A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir das transformações ocorridas no pensamento político que substituiu a bancarrota dos postulados positivistas – conforme a breve remissão do capítulo anterior –, a ideia de Constituição deixou de estar referenciada como um dado feixe de regras frias de contenção do Estado e de reconhecimento meramente formal de direitos civis, dando lugar à um conjunto de valores materiais muito mais efetivos e concretos no estabelecimento de premissas e diretrizes básicas em favor de um Estado idealmente agregado⁵⁴⁸.

A busca por normatizar a sociedade de “dentro para fora” alcançara, a contragosto dos positivistas, a “crise do princípio da legalidade e dos próprios postulados liberais, circunstância que desencadeou a preocupação do Direito, enquanto ciência, com fatores externos que até então haviam sido esquecidos”⁵⁴⁹, concebendo o Estado de Direito:

[...] não no sentido meramente formal, isto é, como “governo de leis”, mas, sim como “ordenação integral e livre da comunidade política”, expressão da concepção de um Estado material de Direito, o qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais, chega-se fatalmente à noção – umbilicalmente ligada à

⁵⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo..., op. cit., p. 86.

⁵⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009. p. 19.

⁵⁴⁸ Superando uma primeira concepção constitucional que a considera como “regra de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos”, dando-se lugar à ideia de “Constitución como la encarnación de un proyecto de político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación sócia y política. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 124-5.

⁵⁴⁹ BORBA, Isabela Souza de. O estado constitucional de direito e seus desdobramentos na teoria garantista. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos (org). Constitucionalismo em debate: uma homenagem aos 30 anos de pesquisa e docência de Sérgio Cademartori, vol. I. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ideia de Estado de Direito – de legitimidade da ordem constitucional e do Estado⁵⁵⁰.

Esse processo – chamado por constitucionalização do Direito – era marcado por “una [ideia de] Constitución extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales⁵⁵¹”, vinculando não somente o legislador mas igualmente o juiz e toda a sociedade na efetivação do preceito constitucional diretamente ao paradigma fático, por meio de uma enraizada organização jurídica feita de princípios relativamente abstratos e regras suficientes ao aclaramento dos pontos de chegada e partida da exaltação normativa e dos parâmetros dentro dos quais caberia ao magistrado (ou as instituições públicas ordinárias) atuar ou não.

Deu-se, assim, um alargamento da expressão dos textos fundamentais de modo que:

Lá concepción de la Constitución como norma afecta directa y especialmente a las funciones de quienes habían venido desempeñando la tarea legislativa y la labor jurisdiccional. Sintéticamente, el carácter voluntarista que caracteriza la actuación del legislador (reflejada em el principio hobbesiano auctoritas, non veritas facit legem) aparece ahora erosionado debido a lo que se há denominado el sometimiento al império de la Constitución. Por otro lado, la función jurisdiccional ya no puede responder a um modelo cognoscitivista y deductivista de aplicación de la ley (al que se refiere la máxima veritas, non auctoritas facit iudicium), ya que los preceptos constitucionales dejan un amplio margen de actuación⁵⁵².

Entretanto, ainda que ao exercício da judicatura fosse delegada a atividade de interpretar e julgar o caso concreto a partir do parâmetro constitucional posto, era preciso que ele estivesse sistematizado organicamente de modo a contribuir com “peças chaves” oportunamente dispostas e empregadas pelo julgador no deslinde do caso concreto a partir *lex legem*.

Em razão disso, vem Alexy a considerar que:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas [diferenciação teórica – comentário do monógrafo] é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática

⁵⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 59.

⁵⁵¹ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009. p. 49.

⁵⁵² ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009.p. 241.

dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico⁵⁵³.

Era diante do novo panorama construído que essas duas preposições básicas do *direito fundamental* – regras e princípios – se fizeram de forma inter-relacionada, atuando cada qual no âmbito de sua incidência.

Da análise das regras encontraríamos comandos objetivos e conclusivos em si próprios, endereçados a circunstâncias factuais previstas e plenamente solucionadas, com grau de generalidade relativamente baixo. Dos princípios, outrossim, extrairíamos conjuntos ético-normativos de complexo teor valorativo e substancial, inspirados em determinações abstratas e ajustáveis ao caso concreto e orientadas no sentido das pretensões globalmente evidenciadas pelo propósito constitucional vigente⁵⁵⁴.

Entretanto é repreensível ignorar a dificuldade do trabalho subsuntivo da regra no panorama do direito multifacetado. Ainda que possamos identificar uma razoável parcela de argumentos para que o sistema herdado dos positivistas permaneça vigente, é evidente que sua aplicação autônoma arriscaria comprometer sobremaneira a estrutura de uma normatividade aberta⁵⁵⁵ tal qual proposta pela nova orientação tomada pelo constitucionalismo vigente. Já dispensado o empenho na questão correspondente à natureza essencialmente flexível das novas perspectivas de Direito, pugnar pela retomada de um modelo exclusivamente regrado significaria um retrocesso imperdoável à fossilização jurídica empreendida no passado. Conforme já dito, precisávamos de um modelo fundamental aberto, dúctil⁵⁵⁶, ajustável às realidades múltiplas e agregador de todas as nuances comportamentais e jurídicas verificadas. Logo, se a expressão dos direitos fundamentais estivesse relegada à dicção da regra, muito grande seria o risco de suprimirem-se identidades e flexões jurídicas não compreendidas pela norma cognata que, ao invés de atender a necessidade de um sujeito social, se prestaria a segregá-lo, dando azo à estruturas de dominação do povo ao invés de emancipá-lo. Para isso:

⁵⁵³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais... Op. cit., p. 85.

⁵⁵⁴ Alexy considera que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Idem, p. 91.

⁵⁵⁵ Ponderando a respeito dos sistemas jurídicos, Atienza considera que “[...] um sistema pode ser fechado, se as decisões só podem considerar como premissas destas “proposições do Direito” (ou seja, parte-se de uma distinção entre proposições que são jurídicas e outras que não o são); ou aberto, se não há um limite para o que pode ser considerado como uma premissa ou uma proposição do Direito (não opera a distinção anterior). Desde a segunda perspectiva, haveria sistemas jurídicos que aceitam a inovação, isto é, a possibilidade de que possa surgir o novo Direito [...]”. ATIENZA, Manuel. O Direito como Argumentação... Op. cit., p. 63.

⁵⁵⁶ Gregório Preces-Barba propõe o que chama de “positivismo aberto”, ou “flexível”, “ético” ou “dúctil”. PRECES-BARBA, Gregório. Desacordos e acordos com uma obra importante, epílogo de G. Zagreblesky. El derecho dúctil, ley, derechos, justicia. Madrid, Trotta, 1995, p. 166-7 *apud* FIGUEROA, Alfonso Garcia. Positivismo corrigido e positivistas incorrigíveis. MOREIRA, Eduardo Ribeiro [org]. Argumentação e Estado constitucional – 1. Ed – São Paulo: Ícone, 2012, p. 288.

[...] la constitucionalização de tales principios y derechos ha positivado estos valores através de expresiones vagas, elásticas, imprecisas, y ya que com ellas no ha sido positivado también su concepción y su peso recíproco, stos mismos derechos o valores para ser interpretados y aplicados tendrían necesidad de una toma de posición moral destinada a darles dirección. Esta función de concretización sería una de las que la legislación y la jurisdicción (em particular el Tribunal Constitucional), pero también la ciencia jurídica, deberían llevar a cabo⁵⁵⁷.

Por outro lado, conquanto os princípios revelem um poderoso rol de premissas programáticas, a própria largueza e abstração de sua estrutura tornaria impossível a sustentação um grupo social complexamente estabelecido, quiçá um Estado. Era preciso que um mínimo das estruturas normativas estivesse assegurado por ferramentas sólidas e parâmetros pré-definidos que orientassem com um mínimo de precisão os conceitos reconhecidos e os limites (ou mandamentos) para a atuação do Estado sobre os mesmos. Caso fosse o contrário e os direitos fundamentais viessem tratados de forma exclusivamente axiológica, o risco de que não passassem de meras proposições simbólicas era grande. Na ausência de uma regra concretizadora, o princípio significaria expressão utópica de um ideal que *deveria-ser* buscado, não necessariamente cumprido. Por consequência, estaria o Estado livre e emprestar a norma as interpretações que lhe fizessem convenientes, justamente pela inexistência de barragens ou impulsos a lhe serem opostos⁵⁵⁸.

Era claro que qualquer dos dois modelos, se adotado com exclusividade, redundaria no rotundo fracasso sob o ponto de vista sócio-político das nações constitucionalizadas da atualidade. A resposta, sem hesitação, vinha afirmando que ao invés de procurar-se instituir aqueles sistemas totalizados individualmente, se deveria pretender pela miscigenação de ambos aproveitando no que fossem positivos, superando um ao outro as suas mazelas e garantindo uma configuração estatal saudável e favorável às premissas que contra si mesma opunha. É em função do estabelecimento dessas premissas que:

El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones: flerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce em la existência del apoderamiento de esa mayoría fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular através del legislador. De la segunda tradición se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va

⁵⁵⁷ POZZOLO, Suzanna. Un constitucionalismo ambiguo. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009.

⁵⁵⁸ É justamente por essa consideração que Sanchís pondera: “Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con um mas o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas. Em cierto modo, éste es el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos: Constituciones normativas garantizadas. SANCHÍS, Luiz Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009. p. 128.

bastante más allá de lo que exigiria la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas de juego⁵⁵⁹.

Essa transição, todavia, sob a consideração histórica das transformações no pensamento sócio-jurídico pós-positivista, demonstrava-se suntuosamente encantada pelos processos de *rematerialização dos ordenamentos jurídicos vigentes*⁵⁶⁰ e de *transbordamento constitucional*⁵⁶¹, conforme transparece em Regla:

Para dar conta de estrutura de um sistema jurídico deve-se considerar que para além de regras, há princípios jurídicos. Isto é, há normas que estabelecem uma solução normativa (dizem o que deve ser), mas não definem um caso (não indicam quando são aplicáveis essas soluções normativas). Os princípios, assim compreendidos, dão sentido às regras. Permitem vê-las, por um lado, como instrumentos de proteção e promoção de certos bens (valores) jurídicos e, por outro lado, como resultados de um “balanço, ponderação ou compromisso” entre princípios para o caso (genérico) que elas regulam⁵⁶².

A partir de uma nova tradição de interpretação constitucional⁵⁶³ a proposição se mostra totalmente favorável e possível ao esquema de Estado pretendido no enlace dos direitos fundamentais, especialmente porque ao mesmo tempo em que conferia ao cidadão uma sólida fundação garantista, ampliava o espectro de captação normativa pela irradiação principiológica em um complexo processo de constitucionalização do Direito, concebendo uma trama fenomenologicamente dialética de freios e expansões de normas indissociável ao estágio de desenvolvimento político-experimental do novo constitucionalismo.

⁵⁵⁹ *Idem*, p. 127.

⁵⁶⁰ “[...] impensable em el contexto decimonónico. La Constitución ya no sólo limitar al legislador al establecer el modo de producir el Derecho y, a lo sumo, algunas barreras infranqueables, sino que lo limita también al predeterminar amplias esferas de regulación jurídica, em ocasiones por cierto de forma no suficientemente unívoca ni concluyente”. *Idem*, p. 130.

⁵⁶¹ “[...] esto es la inmersión de la Constitución dentro del ordenamento jurídico como una norma suprema. Los operadores jurídicos ya no accenden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, em la medida em que aquella disciplina numerosos aspectos substantivos, esse acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevância constitucional”. *Idem*.

⁵⁶² REGLA, Josep Aguiló. Do “Império da Lei” ao “Estado Constitucional”. Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras. MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2012., p. 106-7.

⁵⁶³ Barroso, ao tratar da questão, salienta que esse modelo de *interpretação constitucional* estava equilateralmente distante da tradição jurídica clássica porque não esperava mais da dicção constitucional um encerramento de todos os elementos caracterizantes de um parâmetro fático integralmente solucionado pelos postulados veiculados pela norma constitucional interpretada. Segundo ele, “o problema deixa de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma, para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito. Em múltiplas situações, não será possível construir qualquer solução jurídica sem nela integrar o problema a ser resolvido e testar os sentidos e resultados possíveis”. Isso torna o processo decisório-constitucional altamente concreto e a atividade dialética um pressuposto para a realização dessas premissas. BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional... Op. cit., p. 307-8.

Como tônica do sistema estava, então, a premissa de resguardo de direitos fundamentais ainda que não explicitamente discriminados na Constituição⁵⁶⁴, mesmo que o legislador ordinário não houvesse empenhado labor em sua regulamentação e normatização operacional. Pretender o contrário seria tornar a sociedade refém da discricionariedade política do legislador no reconhecimento de garantias fundamentais à pessoa, intrínsecos à norma fundamental, de maneira frontalmente oposta à atual compreensão de o que signifique o valor representativo do Parlamento⁵⁶⁵ e em contradição ao valor que se atribui à própria *lex legem* no contexto contemporâneo neoconstitucionalizado. Ressaltamos, assim:

[...] que os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados em uma determinada Constituição, possuem em seu corpo ilimitadas formas de compreensão e manifestação, abertos a distintas formas de aplicação dependentes de cada caso concreto, relacionados aos valores contemplados em todo o contexto em que estão inseridos para a sua concretização social⁵⁶⁶.

Recorre-se ao judiciário, então, nos dois momentos em que a instituição legiferante é denunciada incapaz de resolver seus próprios dilemas: ou porque vem arbitrariamente obstaculizando, desprestigiando ou mesmo impedindo o acesso à determinados direitos fundamentais (reconhecidos por um padrão de “essência constitucional”) com a edição de normas insidiosamente inconstitucionais, ou, porque se esquivava de questões reclamadas por setores da sociedade bem definidos.

Para o primeiro caso se concebeu, nos entremeios do constitucionalismo norte-americano, a técnica do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, atribuindo competência revisora ao judiciário que, quando chamado, deve julgar e

⁵⁶⁴ Se tomarmos por verdadeira a afirmação de que “a ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição” (idem, p. 306), admitimos que a partir de valores constitucionalizados podemos identificar vontades implícitas e, portanto, ainda que não expressamente declaradas podem (e devem) ser elas identificadas e buscadas pelo Estado.

⁵⁶⁵ A problematização do fenômeno político representativo do povo teve albergue primordial nas discussões históricas registradas em *O Federalista*. Ackerman, partindo dessas discussões, concluiu que por aquele Publius (alter-ego assumido pelos ideólogos do movimento federalista norte-americano), se “adotou uma interpretação semiótica na sua tentativa de representar o povo dos Estados Unidos por meio de um texto escrito: a Constituição. Não pode haver esperança em detectar a realidade viva de soberania popular durante o período de política usual. O texto não tem como objetivo o realismo falso fazendo supor que o Congresso é o próprio povo. Ele apresenta um retrato de governo que vigorosamente determina que o Congresso é simplesmente a representação do povo, e não o povo em si”. ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 255-6. Essa mesma concepção de representatividade temperada vem descortinada das lições de Alexy, conforme se vê na seguinte passagem: “[...] cabria sostener entonces que se debe interpretar los derechos fundamentales de modo que protejan lo que todos los ciudadanos consideran tan importante como como para que no pueda ser confiado a la mayoría parlamentaria simple [...]”. ALEXY, Robert. Derechos fundamentales y estado constitucional democrático. MOREIRA, Eduardo Ribeiro [org]. Argumentação... Op. cit., p. 39.

⁵⁶⁶ JABONISKI, André Leonardo. Ponderação e Argumentação como Racionalidade Jurídica no Contexto do Neoconstitucionalismo. p. 10.

sentenciar a validade ou nulidade da norma, preservando sua identidade ou fulminando sua existência no ordenamento jurídico em que vige⁵⁶⁷.

O segundo caso, entretanto, é o mais frequente. Atendendo a proposta (não muito ortodoxa) de preservar a amena digestão política da atuação parlamentar em prol da sua permanência no contexto daquele poder, se definiu a prática de esquivar o debate (e por derradeiro a normatização) de temas polemizados, deixando à mercê de tutela judicial uma série de interesses e direitos fundamentais do cidadão que não podem ser ignorados ou preservados no esquecimento pelo Estado⁵⁶⁸.

É aí que a inafastabilidade da jurisdição é invocada na preservação dos direitos fundamentais, alavancando ao Judiciário a competência para dizer o direito quando ele é implícito ou silente – e muitas vezes o é (não necessariamente por malícia de seus operadores, mas sim, porque as transformações que acontecem na sociedade, no relacionamento entre os estamentos sociais e nas identidades comportamentais da pessoa também se transformam diariamente) – garantindo a efetividade do núcleo constitucional vigente frente a tantas questões quanto possam ser levadas ao crivo dos juízes de todas as instâncias e tribunais, conforme as regras de competência definidas em cada região.

3. DOS SILOGISMOS ARGUMENTATIVOS⁵⁶⁹

Conforme já dito antes, conquanto o parlamento goze – em tese – de uma certa discricionariedade para debater e votar determinadas matérias, da mesma prerrogativa não dispõe a atividade judicante que quando provocada ao julgamento do caso concreto deve fazê-lo, sob pena de ela mesmo violar uma garantia fundamental do cidadão.

Como consequência, se a organização constitucional indis põe de um conjunto normativo suficientemente claro para a orientação do direito fundamental (que apesar disso não pode ficar descoberto) frente à paradigmas de certa complexidade fática, deve o juiz lançar mão de uma série de técnicas de julgamento hábeis à solução dos casos difíceis e à superação dos espaços aparentemente vazios, dando corpo à um conjunto de novos postulados constitucionais até então não reconhecidos que, agregados uns aos outros,

⁵⁶⁷ “A distribuição engenhosa dos Poder Legislativos entre a Câmara e o Senado, entre o Congresso e o Presidente não supõe nenhuma garantia de deliberação da representação popular. Certamente, dessa forma, seria mais conveniente criar alguns mecanismos de suporte dentro do sistema”. A partir dessa divagação Ackerman introduz a revisão judicial de leis e atos normativos como ferramenta “‘precaução’ final’ que poderia fortalecer o modelo constitucional em momentos de vulnerabilidade faccional”. ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano... Op. cit., p. 264-6.

⁵⁶⁸ Ainda que a questão seja especialmente alarmante e delicada ao autor, não será ela discutida no estudo em desenvolvimento em razão do estreito espaço argumentativo concedido pelo propósito desta redação.

⁵⁶⁹ Conforme pondera Atienza, a argumentação jurídica está diretamente envolvida com a mudança nos sistemas jurídicos produzida pela passagem do “Estado Legislativo” ao “Estado constitucional”. Segundo o autor: “Por Estado constitucional, como é óbvio, não se entende simplesmente o Estado no qual a Constituição (que pode não sê-lo em sentido formal: pode não haver um texto constitucional) contém: a) um princípio dinâmico do sistema jurídico político, ou seja, a distribuição formal do poder entre os diversos órgãos estatais, b) certos Direitos fundamentais que limitam ou condicionam (também em relação ao conteúdo) a produção, a interpretação e a aplicação do Direito, c) mecanismos de controle de constitucionalidade das leis”. ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. Argumentação e Estado Constitucional. MOREIRA, Eduardo Ribeiro [org]. – 1. Ed – São Paulo: Ícone, 2012, p. 59.

desenvolvem uma hermética cadeia de decisões precedenciais consolidadas a nível de jurisprudência e, portanto, competentes a ostentar efetividade concreta mesmo na ausência de uma construção legiferante ordinária (sem que isso signifique usurpação de função).

É bem comum que a atividade discutivelmente criativa do Judiciário evoque arguições de ilegitimidade por todos os lados quando suas decisões pretensamente estejam divorciadas das opiniões públicas (principalmente quando colocados em juízo temas polêmicos, dos quais o parlamento preserva distância), ignorando o fato de que ao Juiz não cabe criar nada que para o direito já não preexista⁵⁷⁰.

Ainda que a contragosto das facções dominantes⁵⁷¹, esses julgamentos partem de uma razão jurídica amplificada e já existente ao nível dos postulados constitucionais (dentre os quais, de fato, não existe espaços vazios como se induzira a pensar, mas sim, aspectos não aclarados da norma, trazida a efeito somente pelo deslinde do caso concreto), consolidados a partir de uma geração cíclica de pretensões democraticamente reunidas em um contexto constituinte originário e calcado em valores plurais veementemente asseguradores de preceitos fundamentais, acessíveis e dirigidos à toda pessoa⁵⁷², deslindados a partir de uma atividade argumentativa especializada que dialoga entre os pressupostos do caso concreto e da norma aplicável, permitindo:

[...] além de investigar as motivações e analisar a formação da decisão, retornar a uma concepção democrática e ética, portanto, buscando respostas deixadas em segundo plano (na situação de) ceticismo jurídico, em que muitas de suas instituições estavam sendo vistas com resguardo⁵⁷³.

Logo, adiantamo-nos para a problemática inaugural do processo de julgamento do caso concreto: encontrar na integralidade nos preceitos fundamentais uma razão jurídica, elástica e resistente, capaz de veicular premissas razoavelmente sintáticas e suficientes à

⁵⁷⁰ “Trabalhar com a máxima efetividade dos direitos fundamentais envolve realizar escolhas morais. Em um sistema em que se autoriza que tais questões possam chegar à discussão no Judiciário, na maioria das vezes o correspondente pronunciamento desse poder é inevitável. Pronunciar-se sobre questões morais pode levar a jurisdição a realizar o que se tem chamado de atividade política. Em um contexto no qual os tribunais têm sido reiteradamente demandados sobre a implementação de direitos, de direitos constitucionalmente assegurados, essa atividade política tende a colocar o Poder Judiciário em evidência. Isso conduz a questionamentos acerca das razões para o exercício dessa atividade, de como ela encontra viabilidade em uma determinada comunidade política e, também, quais os contornos que ela pode assumir em um Estado democraticamente de direito. A premissa é reconhecer que a jurisdição constitucional exerce atividade política; e o desafio é alcançar o equilíbrio entre a dinâmica da democracia, a permanência das escolhas constitucionais e a atividade jurisdicional legítima”. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 18.

⁵⁷¹ Oportuno fazer nova remissão ao teórico *Federalista*, do qual emprestamos sentido a expressão “facção”: grupos estruturados com base nas paixões ou no interesse em utilizar o poder estatal às custas dos direitos dos outros cidadãos e dos interesses permanentes da comunidade. Neste sentido, cf: ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano...* Op. cit., p. 259.

⁵⁷² Conforme se propagam as emanções neoconstitucionais a partir da segunda metade do século passado, conforme já visto *retro*.

⁵⁷³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Modelo argumentativo constitucional*. MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2012. p. 167.

dissolução da controvérsia, decantando uma resposta juridicamente viável e constitucionalmente justa.

Todavia, se assumimos que somente pela projeção do problema fático é que a obscuridade da norma é alcançada, não podemos – sob risco de sermos contraditórios – pretender uma análise apenas dos fatos, ou, apenas do Direito. Para que o empenho seja possível, é primordial o desenvolvimento de um atento processo de interpretação da norma constitucional que leve em conta fatores hermenêuticos da base axiológica na qual o ordenamento jurídico está assentado, atendendo-se a silogismos práticos entre as projeções espirituais entre (a) o paradigma normativo e (b) o paradigma fático, valendo-se das correlações sistêmicas ocorridas na órbita constitucional de (a), bem como as hipóteses fáticas semelhantes já solucionadas, com relação a (b)⁵⁷⁴.

Para que efeitos didáticos se cumpram e facilitado o atendimento aos critérios definidos supra, viu-se por bem fragmentar o processo de racionalização do problema (tomado pela tensão entre os paradigmas fático e normativo) em três etapas fundamentais para que os casos concretos razoavelmente complexos⁵⁷⁵ pudessem ser resolvidos: (i) identificação de pressupostos paradigmáticos preexistentes, (ii) dialética entre as particularidades do caso concreto e (iii) harmonização do sistema normativo pela convergência dos princípios regentes das soluções encontradas.

A partir de uma análise do caso concreto seria possível encontrar um perfil básico daquilo que se pretende e, partindo-se da observação desse perfil, localizar-se-ia o capítulo normativo (que aqui chamaremos de núcleo normativo correspondente) relacionado. Esse processo, ainda que simples, deve se ocupar em não atender somente a norma destacadamente relacionada ao fato prático do paradigma, mas subsidiariamente todas aquelas que poderiam dar alguma(s) resposta(s) ao parâmetro normativo abordado anteriormente, apoiando-se em uma análise detida em duas frentes: a primeira, horizontal, consistente na verificação do paradigma fático e o conjunto de normas constitucionais, localizando-se no segundo a abordagem mais aproximada do caso concreto; depois, se faria uma análise verticalizada dentro do organismo constitucional, revelando como as demais normas e valores se relacionam com aquelas que se aderem ao caso concreto.

Cada norma fundamental, por sua vez, tem uma projeção espiritual muito bem definida, refratária de um núcleo materialmente essencial e que desnuda o propósito de sua existência. Por consequência disso, a extratificação do preceito fundamental, sob ponto de

⁵⁷⁴ Esse jogo dialético é fundamentalmente importante em razão de quatro situações problema, verificadas por Moreira a partir de uma leitura atenta de Alexy: 1) a imprecisão da linguagem do Direito; 2) a possibilidade de conflito entre as normas jurídicas, desenvolvidas para conflito entre direitos fundamentais; 3) os casos que não se encaixam em nenhuma normatização existente e; 4) a possibilidade de existir uma decisão que contraria uma lei. Cabendo na solução destas o empenho de um certo “código de razão prática”, podemos recorrer: a) Às regras que verificam a verdade dos argumentos e premissas trazidas, pois as questões intrinsecamente não contestadas podem conter os vícios do sistema. Os fatos deduzidos podem estar relacionados às consequências empíricas destes, e isso deve ser levado em consideração por uma razão prática – está correlacionada com o critério de razoabilidade; b) A forma de argumentos trazidos pelo exercício pela ponderação de direitos fundamentais, pois vai decidir qual princípio vai prevalecer; um procedimento necessário, quando não se pode revogar um princípio nem se estabelecer uma hierarquia absoluta entre eles – está correlacionado com o critério da ponderação de interesses; c) A decisão jurídica deve-se basear em pelo menos uma norma da Constituição, que é exatamente o que vem a exigir implicitamente a prática constitucional de vanguarda. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo argumentativo constitucional. MOREIRA, Eduardo Ribeiro [org]. Argumentação... Op. cit., p. 169-70.

⁵⁷⁵ A esses, Atienza chama de *casos difíceis* ou *trágicos*. Idem, p. 171.

vista teórico, é fundamental para que o julgador conheça os epistemas da ordem jurídica posta e, por derradeiro, o contato teleológico daquele com o todo constitucional⁵⁷⁶.

Portando agora duas sínteses – a que retrata os preceitos reclamados pelo caso concreto e o núcleo normativo correspondente – se empreenderia na dialética entre esses paradigmas, de modo que se evidenciassem aspectos em que o caso concreto se identificaria com um modelo ideal, verificado pela(s) norma(s) constitucional(is) correspondente(s), destacando-se as barreiras encontradas e as flexões em que o discurso foi fluído⁵⁷⁷. Isso nos permitirá desencadear novas problematizações acerca da admissibilidade do paradigma fático aos pressupostos normativos comparados pela evidencia do que se estabiliza e do que demanda maior argumentação. Parece-nos que quando o fato concreto se identifica com os epistemas do núcleo normativo correspondente, temos a estabilização do dilema e a resolução do problema classificável como de baixa complexidade. Por outro lado, se precisarmos (em razão de um ou vários elementos do caso concreto) recorrer aos valores expressos fora do núcleo normativo correspondente para que se possa encontrar a solução para o caso concreto, podemos classifica-lo como de média ou alta complexidade.

Esse interessante fenômeno, a meu ver, está intimamente ligado à construção dos precedentes judiciais. Isso porque se já existe um precedente minimamente relacionado⁵⁷⁸ ao paradigma fático atual, podemos afirmar que já existe uma potencial racionalização dos epistemas constitucionais analisados e um conjunto de pressupostos já “digeridos”, hábeis a serem agregados ao deslinde de problemática posterior⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ Nesse viés, Atienza opta por imaginar o Direito como um “edifício jurídico” no qual se daria “[...] énfasis en mostrar que el Derecho no es simplemente lenguaje, normatividad, sino también – y sobre todo – comportamiento humano y, en particular, comportamiento judicial. A ese enfoque le interesa también la funcionalidad del edificio, esto es, para qué sirve cada uno de sus elementos y cómo se inserta el mismo en el conjunto del que forma parte (en la sociedad). Numa outra perspectiva, o autor considera que “para seguir con la metáfora de la construcción, lo que importa ahora no es ni el edificio ya construido ni el proceso de su construcción, sino los requisitos que tendría que cumplir lo que cabría calificar como edificio modélico (el Derecho justo). Por fim, conclui – temperando as proposições anteriores – a ver o Direito como um fator argumentativo, no qual “sería la perspectiva de quien no se limita a contemplar el edificio desde fuera, ni a participar en su construcción simplemente como un técnico que opera con una racionalidad de tipo instrumental, sino como alguien comprometido con la tarca de mejorar una obra imperfecta y siempre inacabada, pero no por ello carene de sentido; lo que la dota de sentido es la idea de que el Derecho – el Derecho del Estado democrático – es, al menos incoativamente, un médio poderoso para lograr objetivos sociales valiosos y para hacer que se respeten los principios y valores de una moral racionalmente justificada”. ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. Isegoria: 1999. p. 37-8.

⁵⁷⁷ É neste momento também que se promoveriam os juízos de ponderação e razoabilidade entre regras e princípios constitucionais colidentes.

⁵⁷⁸ Importante deixar claro que quando falo em precedente judicial minimamente relacionado me refiro não aquela classe de paradigmas judiciais confortavelmente ajustáveis à totalidade da problemática. Neste caso não estaríamos diante de interpretação alguma, mas sim, de mera repetição da solução já previamente encontrada.

⁵⁷⁹ Com uma interessante ponderação se vincula a ideia dos *law reports*, que num sistema de precedentes judiciais se tornam “relatos de casos decididos pelas cortes, compreendendo a exposição dos fatos de cada caso e as razões, os fundamentos dados ao julgamento pela Corte”, devendo normalmente excluir “aqueles casos que foram decididos sem discussão, uma vez que neles não é possível identificar a *ratio decidendi* a vincular os casos futuros, aqueles que não têm valor como precedentes e aqueles que sejam mera repetições de outros que já foram previamente relatados. Por outro lado, os relatórios dos casos devem dar importância a todos os casos que introduzem, ou parecem introduzir, um novo princípio ou uma nova regra; aqueles que alteram materialmente um princípio ou regra já existente; aos que esclarecem um ponto controvertido do direito e aqueles que sejam aparentemente úteis do ponto de vista informativo”. BARBOZA, Estefânia Maria

Podemos dizer, então, que existindo fragmentos da norma externa ao núcleo correspondente já parcialmente racionalizada e que em razão do acesso à essa racionalização agregada ao estudo global da Constituição podemos dar resposta ao paradigma fático, flagramo-nos solucionando a problemática de média complexidade. Do contrário, inexistindo qualquer dedução judicial no sentido de auxiliar a atividade do julgador, devendo ele buscar por si só todos os aspectos viáveis de sua decisão a partir dos silogismos argumentativos já apresentados, podemos classificar o caso concreto como de alta complexidade.

Por fim, submetido o paradigma fático aos dois processos de instrução constitucional que se encerram na verificação do direito fundamental presente, sendo positivas as respostas obtidas, se localizaria a decisão dentro do ordenamento jurídico de forma a harmonizá-la e a despertar a congruência de seus propósitos comuns, declarando a superação de eventuais paradigmas teóricos anteriores e revendo a construção dos antigos precedentes judiciais, marcados sempre pela evolução dos entendimentos jurisprudenciais e pela gradação dos fatos concretos levados ao deslinde judicial⁵⁸⁰.

4. DAS MÚLTIPLAS RESPOSTAS

A importância de um sistema tal qual o apresentado se revela na possibilidade de se atribuir, no exercício na judicatura, múltiplas respostas à diversidade dos fatos concretos verificados, validadas a partir de ciclos argumentativos internos à própria Constituição e que, em razão disso, demonstram um substrato mais íntimo e concreto de direitos fundamentais não necessariamente expressos mas potencialmente existentes sob a égide de um documento materialmente valorado na expressão dos princípios de uma dada organização democrática na qual fora recitada.

Relevante ainda deixar claro que se as críticas eventualmente deslindam – pela omissão em orientar direitos fundamentais com a mais ampla democracia e acessibilidade – em desfavor dos parlamentos e das organizações facciosas que compõem as suas estruturas internas, importante que se abram adendos dirigidos à certa amenização da crítica.

Ainda que fossem as instituições representativas suficientemente dispostas e largamente empenhadas no debate e redação de normas de reconhecimento e viabilidade do exercício de direitos fundamentais *a priori* implícitos no texto constitucional, ela não seria totalmente eficiente no empreendimento. Primeiro porque, considerando as tantas nuances comportamentais e as flexões existenciais verificáveis em constante

de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 196-7.

⁵⁸⁰ A proposição é evidentemente ligada à ideia de integralidade proposta por Dworking segundo a qual: “o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Elaboramos nossa terceira concepção do direito”. Logo, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. DWORKING, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 272.

transformação, seria impossível que um corpo parlamentar complexo como o que se encontra nas Repúblicas da atualidade se envolvesse ao debate de todas as mudanças e inovações originadas do diuturno diálogo entre os arquétipos da coexistência humana.

Por outro lado, é interessante que os conflitos de lastro constitucional sejam reconhecidos e deliberados pelos órgãos do Poder Judiciário. Isso porque o Estado-Juiz: (i) está mais próximo do conflito do que o legislador; (ii) tem acesso às peculiaridades do caso concreto com grande riqueza material; (iii) consegue sentir as pequenas mudanças e transformações da sociedade e; (iv) não tem aderido ao seu labor os pecúlios da atividade política típica.

Estampado na caracterização dessa ativa atuação judiciária está o fator argumentativo, operante entre os silogismos paradigmáticos e que se propõe a dissolver as tensões provocadas pela omissão normativa a partir de processos de reconhecimento e mútuo do qual a síntese fático-normativa vem a se valer como o parâmetro material para novas respostas reclamadas a partir de novas problemáticas fáticas, consagrando um dado paradigma construtivista do Direito, partindo de um núcleo axiológico intenso, dinâmico e elástico, alcançando realidades periféricas distintamente peculiares e não obviadas pela dicção legislativa.

Isso significa alçar o Direito à um dado sinalagma democrático essencialmente emancipatório e eticamente estruturado na persecução dos objetivos tomados pela organização política vigente e revolucionariamente conquistada, defendendo não um Direito necessariamente majoritário, mas sim, pluralista, integrador e defensor das idealizações sociais minoritárias.

5. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 236.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009.

ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. Argumentação e Estado Constitucional. MOREIRA, Eduardo Ribeiro [org]. – 1. Ed – São Paulo: Ícone, 2012.

ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. Isegoria: 1999.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BORBA, Isabela Souza de. O estado constitucional de direito e seus desdobramentos na teoria garantista. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos (org). Constitucionalismo em debate: uma homenagem aos 30 anos de pesquisa e docência de Sérgio Cademartori, vol. I. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DWORKING, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões sobre o processo constituinte boliviano e novo constitucionalismo sul-americano. WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (organizadores). Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. Positivismo corrigido e positivistas incorrigíveis. MOREIRA, Eduardo Ribeiro [org]. Argumentação e Estado constitucional – 1. Ed – São Paulo: Ícone, 2012.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009.

GRUZINSKY, Serge. A passagem do século: 1480-1520: as origens da globalização. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

JABONISKI, André Leonardo. Ponderação e Argumentação como Racionalidade Jurídica no Contexto do Neoconstitucionalismo.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo argumentativo constitucional. MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2012.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário. CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

POZZOLO, Suzanna. Un constitucionalismo ambíguo. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009.

REGLA, Josep Aguiló. Do “Império da Lei” ao “Estado Constitucional”. Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras. MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2012.

REYNALDO, Renata Guimarães. O fenômeno global e a globalização hegemônica. Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades. Niterói/RJ: ANINTER-SH/ PPGSD-UFF, 03 a 06 de setembro de 2012, ISSN 2316-266X. Disponível em: <<http://goo.gl/x3Zla8>>. Acesso em 22 out. 2015.

SANCHÍS, Luiz Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. CARBONELL, Miguel (org). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009. p. 128.

SANCHÍS, Luis Prieto. Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa. Argumentação e Estado Constitucional. MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítica e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (organizadores). Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013