

Organizadores:

Narciso Leandro Xavier Baez (Brasil)

Rogério Luiz Nery da Silva (Brasil)

Guido Smorto (Itália)

Os Desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa

Joaçaba

2012

Responsáveis pela publicação:



Editora Unoesc

Apoio:



Università Di
Palermo



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Sapienza Università Di Roma



Università di Sassari



Universidade Nove de Julho



Universidade de
Fortaleza



Universidade
do Oeste de
Santa Catarina

© 2012 Editora Unoesc

Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc

É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D441

Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa / Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva, Guido Smorto (orgs.) – Joaçaba: Editora Unoesc, G. Giappichelli Editore, 2012.
646 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografias
ISBN 978-85-87089-84-7

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. I. Baez, Narciso Leandro Xavier. II. Silva, Rogério Luiz Nery da. III. Smorto, Guido. IV. Título.

Doris 341.27

Rua Getúlio Vargas, 2125 – Bairro Flor da Serra – CEP 89600-000 – Joaçaba – SC
Fone: (49) 3551-2000 – Fax: (49) 3551-2004 – www.unoesc.edu.br – editora@unoesc.edu.br

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitor Acadêmico
Nelson Santos Machado

Vice-reitores de *Campi*
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D' Agostini

Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza

Campus de Xanxerê
Genesio Téó

Diretor Executivo
Alciomar Antônio Marin

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira

Conselho Editorial
Nelson Santos Machado – Presidente
Débora Diersmann Silva Pereira
Dagmar Bittencourt Mena Barreto
Eliane Salete Filippim
Marcelo Zenaro
Jane Mary L. N. Gelinski
Ieda Margarete Oro
Roque Strieder
Claudio Luiz Orço
José Francisco Manta Bragança

Copidesques: Débora Diersmann Silva Pereira, Gilvana Toniélo, Maria Lúcia Gelain

Revisão eletrônica: Mariana Massi e Maria Lúcia Gelain

Projeto gráfico e capa: Daniely Akemi Terao Guedes

Impressão: Gráfica Pallotti
500 exemplares

SUMÁRIO

Apresentação	7
Claudia R. Roesler	

CAPÍTULO I

Desafios teóricos e filosóficos dos Direitos Humanos Fundamentais

A morfologia das teorias relativistas dos direitos humanos fundamentais: bases epistemológicas, críticas e insuficiências	11
Narciso Leandro Xavier Baez	

I diritti in Italia tra Unione europea, Stato e Regioni	51
Alessandro Sterpa	

Modelli familiari. Limiti costituzionali ed interpretazione	71
Alessandra Pera	

O direito à autodeterminação na teoria e na prática: o caso de Porto Rico	87
Angel Oquendo	

¡Viva la pepa!: a história não contada da constitución española de 1812 em terras brasileiras	121
Vicente de Paulo Barretto, Vítor Pimentel Pereira	

O Estado constitucional cooperativo e a prisão do depositário infiel: a evolução jurisprudencial do STF	139
Vladimir Oliveira da Silveira, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug	

A atualidade do fundamento metafísico da moral da compaixão de Schopenhauer enquanto suporte ético e crítico para o discurso dos Direitos Humanos e da interculturalidade	159
Paulo Hahn	

Direitos humanos no século XXI: uma utopia possível ou uma quimera irrealizável?	175
José Fernando Vidal de Souza, Orides Mezzaroba	

CAPÍTULO II

Desafios na Implementação dos Direitos Fundamentais Cíveis - Doutrina e Estudos de Casos Concretos

- Laicità e libertà nelle aule scolastiche: del crocifisso e di altri simboli.....**229
Simone Pajno
- Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual.....**259
Gerson Luiz Carlos Branco
- A desigualdade no tratamento do status libertatis no Brasil:
a histórica criminalização da pobreza e a violação dos direitos humanos.....**277
Lenio Luiz Streck
- Origens das propriedades na perspectiva do Direito Romano.....**303
Maria Cristina Cereser Pezzella, Janaína Reckziegel
- Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as
possíveis limitações à liberdade de expressão.....**323
Riva Sobrado de Freitas, Matheus Felipe Castro
- Sufrágio e voto nas constituições brasileiras.....**345
Filomeno Moraes, Cristiana Silveira
- A duração razoável do processo como direito fundamental no Brasil:
mecanismos e alternativas à sua implementação.....**371
Mônica Bonetti Couto
- A Teoria Rawlsiana das obrigações políticas: o dever de obedecer às leis.....**383
Robison Tramontina
- A subjetividade familiar e o estabelecimento de políticas públicas
para a sua proteção: uma leitura a partir dos direitos fundamentais.....**397
Cristhian Magnus De Marco, Charlotte Nagel De Marco

CAPÍTULO III

Desafios na Implementação dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais - Doutrina e Estudos de Casos Concretos

Il diritto comparato in America Latina alcune brevi note.....	425
Guido Smorto	
Ainda sobre a efetivação dos Direitos Fundamentais sociais em face do mínimo existencial: um debate inacabado.....	439
Rogério Gesta Leal	
Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais no âmbito da Constituição Federal.....	471
Ingo Wolfgang Sarlet	
Âmbito de proteção dos direitos fundamentais de seguridade social: o orçamento da seguridade social.....	513
Carlos Luiz Strapazzon	
Controle jurisdicional de políticas públicas: limites e alcances da atuação do poder judiciário na busca pela efetivação dos direitos sociais.....	533
Maitê Damé Teixeira Lemos, Mônia Clarissa Hennig Leal	
A crise do estado social e o escopo do estado e das instituições nos países da américa do sul.....	555
Gina Vidal Marcílio Pompeu	
O Direito Fundamental de acesso à justiça e suas implicações para o Direito Fundamental ao desenvolvimento.....	581
Adriana Silva Maillart, Samyra Dal Farra Napolini Sanches	
Trabalho escravo como forma de violação dos Direitos Humanos do trabalhador.....	601
Rodrigo Goldschmidt	
O Estado e políticas públicas: a educação multicultural como ferramenta de libertação e participação política crítica.....	625
Rogério Luiz Nery da Silva	

La grande sfida dell'unione Europea tra prospettive di rilancio e ombre di declino.....	641
Beniamino Caravita di Toritto	

APRESENTAÇÃO

OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DESAFIOS TEÓRICOS E ESTUDOS DE CASOS CONCRETOS

Os Direitos Humanos podem ser considerados um daqueles temas que acompanham a discussão jurídica, filosófica e política da civilização ocidental há, pelo menos, três séculos. Em suas diferentes vertentes e múltiplas facetas a discussão sobre Direitos Humanos nunca se esgota. E precisamente não se esgota porque representa uma das fórmulas mais duradouras e, quiçá, mais felizes de reflexão sobre o que constitui a humanidade dos sujeitos de direito em suas infinitas atividades.

Se tomar emprestada uma ideia que me é muito cara, exposta por Theodor Viehweg pela primeira vez em textos da década de 1960 do conturbado século XX, os direitos humanos são a forma de manifestação de uma teoria de base que informa e conforma a dogmática jurídica dos ordenamentos jurídicos ocidentais e, ao fazê-lo, funciona como uma apresentação prática e sempre renovada da aporia da justiça.

O livro que ora se apresenta ao público tem como temática, como bem revela o seu título, esse perene problema e o tematiza em sua complexidade, abordando ao mesmo tempo o desafio de sua adequada concepção (ou concepções) teórica e o da sua aplicação prática.

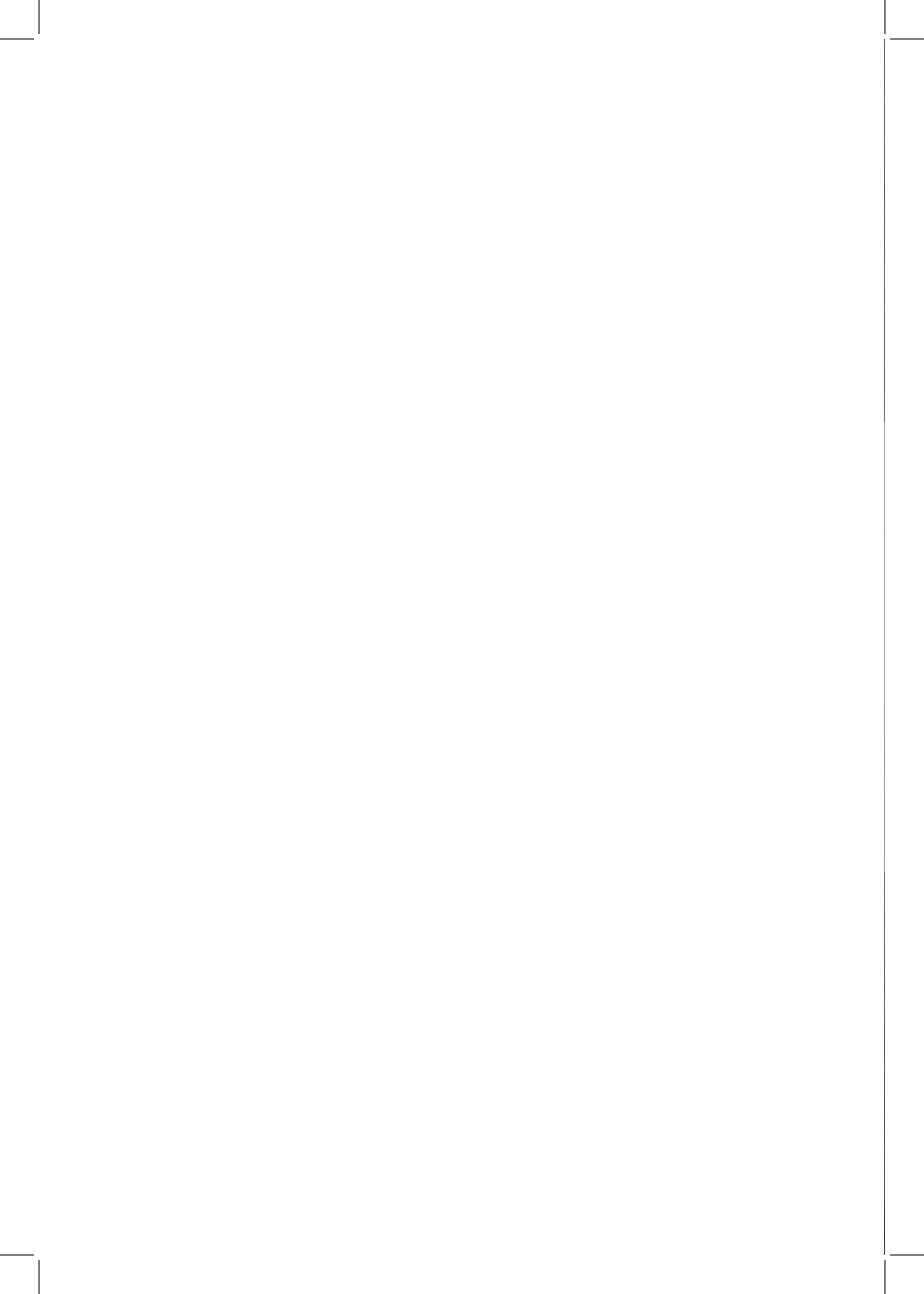
Os diversos estudos que o compõem, articulados por esse tema geral, abordam aspectos pontuais da discussão filosófica, histórica, política e técnico-dogmática dos Direitos Humanos e fornecem ao leitor um olhar ao mesmo tempo transversal e profundo, permitindo-lhe compreender melhor e do modo mais apurado esse perene problema. Divididos em três grandes blocos, que abordam, respectivamente, os desafios teóricos, de aplicação prática dos Direitos Civis e de aplicação prática dos Direitos Sociais, os textos apresentam um amplo espectro de temas relevantes à agenda jurídica.

O esforço de reflexão aqui consolidado representa, ademais, o produto de um diálogo intenso e significativo entre pesquisadores que participam da Pós-graduação em Direito no Brasil, na Itália e nos EUA. Com efeito, dez são as instituições brasileiras que se fazem presentes nesta coletânea, ao lado de uma instituição norte-americana e quatro instituições italianas. A variada extração dos autores dos capítulos, com formações teóricas, participação em programas de Pós-graduação, experiências práticas e culturais diversas certamente fornece ao presente livro um importante componente e permite vê-lo como um produto do processo de amadurecimento e de interlocução da Pós-graduação em Direito do Brasil.

Brasília, 6 de setembro de 2012.

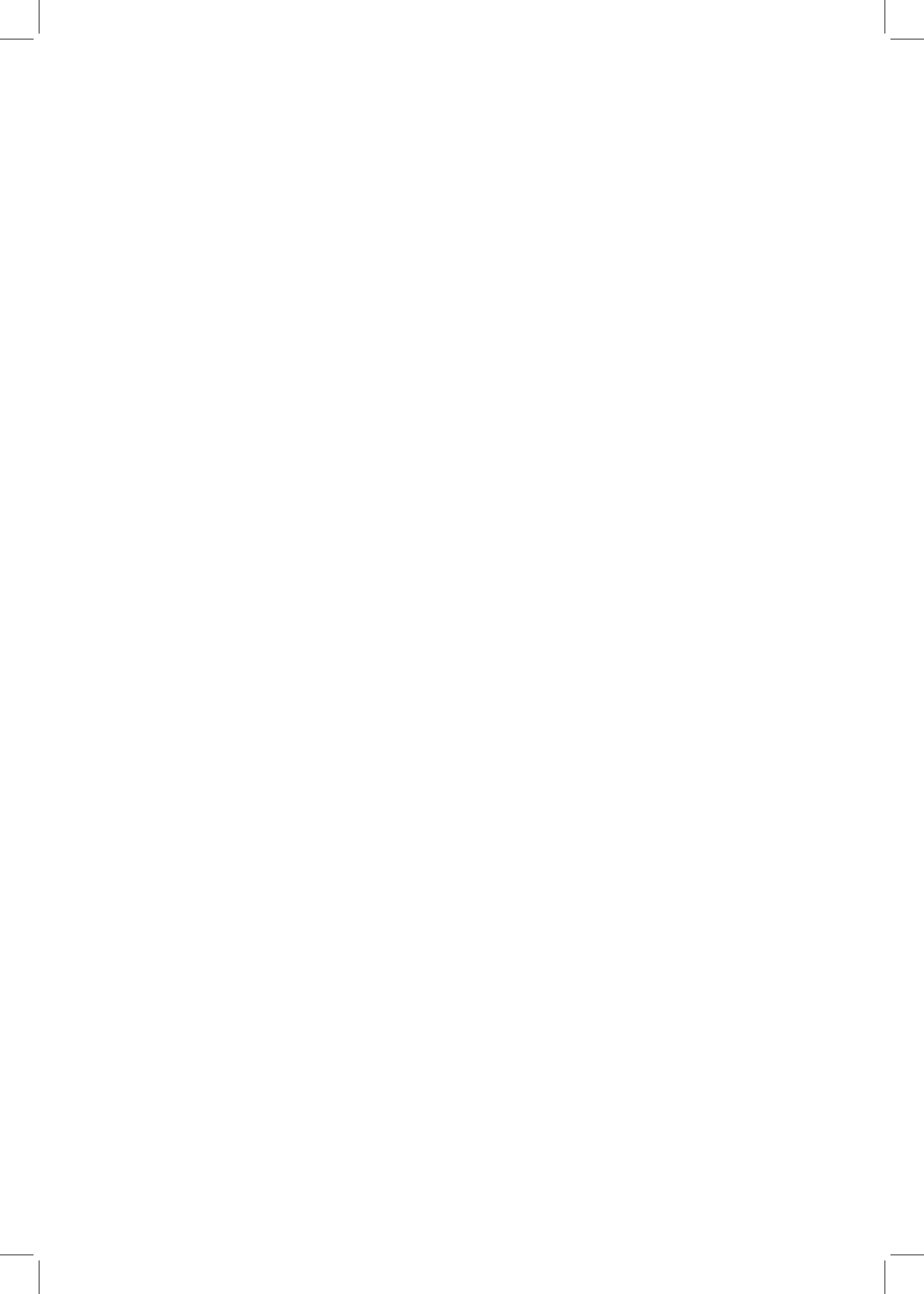
Claudia R. Roesler*

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB; Coordenadora-Adjunta da Área de Direito/CAPES; Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela FD/USP.



Capítulo I

Desafios teóricos e filosóficos dos Direitos Humanos Fundamentais



A MORFOLOGIA DAS TEORIAS RELATIVISTAS DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: BASES EPISTEMOLÓGICAS, CRÍTICAS E INSUFICIÊNCIAS

Narciso Leandro Xavier Baez*

1 INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios que a teoria dos *direitos humanos fundamentais* enfrenta na atualidade diz respeito ao embate que se estabeleceu entre os defensores das teses universalistas, que sustentam a aplicação irrestrita e global de todos os direitos humanos, contra os teóricos das teses relativistas, os quais argumentam que a imposição de uma moral universal é impraticável diante das diferenças socioculturais de cada povo.

Para os defensores das teses universalistas, existem certas liberdades e direitos básicos, como o de autonomia e o de autodeterminação dos indivíduos, que hoje são reconhecidos como normas estabelecidas na sociedade contemporânea, as quais não justificam qualquer espécie de oposição. Por tais motivos, acentuam que esses e outros direitos estabelecidos na Declaração da Organização das Nações Unidas devem ser obedecidos por todas as nações, visto que representam consenso geral dos povos sobre um conjunto moral universal e indivisível.

Todavia, há forte oposição a esse movimento, especialmente das civilizações não ocidentais, as quais acusam o atual regime internacional dos direitos humanos fundamentais de ser uma forma adotada pelo Ocidente para impor o seu imperialismo moral sobre as outras culturas. Os povos adeptos do confucionismo, por exemplo, veem, na doutrina universal, principalmente a estabelecida pela ONU, uma apologia ao individualismo, haja vista que pretende colocar os interesses e direitos pessoais, isoladamente considerados, acima dos interesses e das necessidades da coletividade. Por tais motivos, os defensores das teses relativistas sustentam que os direitos humanos fundamentais devem ser adaptados às realidades culturais de cada povo, respeitando-se a liberdade e o pluralismo moral das sociedades. Acrescentam que somente a valorização das culturas locais evita a implantação de um monismo cultural no mundo, garantindo-se a plena realização da dignidade humana de acordo com os valores morais seguidos por cada civilização.

* Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE CAPES, no Center for Civil and Human Rights da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos (fevereiro-julho/2011); Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Cível; Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

O presente artigo tem por objetivo desenvolver uma análise crítica sobre um dos lados desse debate, por meio do estudo específico das Teorias Relativistas dos Direitos Humanos Fundamentais, com o propósito de entender os seus fundamentos e críticas, apontando, ao fim, as suas insuficiências teóricas. Para tanto, analisam-se suas bases epistemológicas, bem como as influências que têm exercido sobre a legislação internacional e nacional a respeito dos direitos humanos.

A análise começa com a abordagem das teses relativistas antropológicas, destacando-se os questionamentos que seus defensores levantaram durante a elaboração da Declaração da ONU, em 1948, e os desdobramentos históricos de sua aplicação. Em seguida, listam-se os argumentos das teorias relativistas epistemológicas, trazendo-se alguns casos práticos e complexos de sua utilização, mostrando-se como alguns povos nela se sustentam para, por exemplo, realizar a circuncisão feminina, extraíndo o clitóris de meninas, durante a infância. Por fim, abordam-se as teses relativistas culturais, expondo-se os seus principais argumentos e as consequências que a sua aplicação tem acarretado no cenário político e social dos países que as adotam.

Na parte final deste estudo, levantam-se as principais críticas, problemas e insuficiências teóricas que as três teorias relativistas apresentam, mostrando-se os danos práticos e históricos que têm produzido para as vítimas das violações dos direitos humanos fundamentais.

2 RELATIVISMO E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A discussão sobre a relativização dos direitos humanos fundamentais, com o intuito de adaptá-los às especificidades políticas, legais e culturais de cada civilização teve início logo após a promulgação da Declaração de Direitos Humanos da ONU, em 1948, como uma reação à pretensão de universalidade daquele documento, visto que as nações responsáveis por sua concepção passaram a afirmar que os direitos ali proclamados representariam um acordo mundial sobre uma moral universal que deveria ser seguida por todos os povos.¹

A partir dessa afirmação, diversas reações foram se opondo à pretensão de universalidade daquele documento, sob o argumento de que ele foi concebido pelo bloco de países vencedores da Segunda Guerra Mundial, o qual proclamou uma lista de direitos representantes das tradições liberais ocidentais, baseadas na filosofia e nos valores morais adotados por essas civilizações.² Assim, muitos países começaram a defender que não houve consenso global sobre valores morais universais naquele

¹ Bobbio (1992, p. 25-26).

² Souza e Kretschmann (2003, p. 122).

documento, pois ficara de fora do texto uma série de valores que fazem parte de outras tradições.³ Para Murithi, a prova maior dessa dissonância é que a Declaração da ONU esboça um modelo individualista de direitos, típico das sociedades ocidentais, opondo-se expressamente aos valores comunitários adotados pelas culturas que têm na realização coletiva o alcance pleno da dignidade humana.⁴

Deve-se recordar, contudo, que a discussão sobre a pretensão de observância de uma moral universal não surgiu somente após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração da ONU, pois o mesmo debate também teve destaque em outros momentos da história da humanidade. Na Grécia antiga, por exemplo, os Sofistas Protágoras, Górgias e Isócrates questionavam a pretensão de supremacia da cultura grega, sustentando que cada sociedade deveria ser livre para eleger os seus próprios valores morais, os quais não podiam sofrer juízos de valor por outras civilizações, fora da cultura em que foram criados.⁵

No mesmo sentido, na China, entre os anos de 460 a.C. e 380 a.C., Lao Tzu, fundador do Taoísmo, também se opunha à unificação moral proposta pelo Confucionismo, em razão do risco de totalitarismo que ela acarretava, defendendo que os seres humanos eram capazes de seguir as suas próprias diretrizes morais, em harmonia, de acordo com a natureza peculiar de cada indivíduo.⁶

No século XVIII, Bentham⁷ reacendeu o debate ao criticar o fundamento jusnaturalista defendido pelos revolucionários franceses para a afirmação da universalidade dos direitos do homem, aduzindo que essas ideias eram individualistas e conduziram as pessoas ao egoísmo. Ele propunha a substituição da teoria do direito natural pela teoria da utilidade, passando-se, com isso, da ficção para o mundo real, em que a felicidade total seria atingida pela realização do interesse geral da comunidade, mesmo que, para isso, fosse necessário sacrificar direitos individuais.⁸ Bentham sustentava que o papel dos direitos do homem deveria ser o de procurar reconciliação entre o indivíduo e a sociedade, já que os seres humanos somente adquiriam direitos à medida que suas ações fossem perpetradas em benefício da sociedade como um todo.⁹

Da mesma forma, Hegel¹⁰ e Marx também se opuseram aos direitos naturais inseridos nas Declarações Liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII e seus pretensos valores universais, argumentando que os direitos do homem são variáveis, relativos e totalmente dependentes do contexto histórico, político e cultural de cada

³ Murithi (2005, p. 341).

⁴ Murithi (2005, p. 341).

⁵ Waterfield (2009, p. 509).

⁶ Robinet (1997, p. 3).

⁷ Bentham (2002, p. 262).

⁸ Bentham (2002).

⁹ Bentham (2002).

¹⁰ Hegel (2001, p. 23).

povo. Marx¹¹ chegava a afirmar que os direitos proclamados nesses documentos eram resultado de uma ideologia mística e uma ficção que não ultrapassavam o egoísmo individualista da sociedade burguesa, a qual os utilizava para promover o seu interesse particular, em contraposição às necessidades da comunidade.

Nesse sentido, deve-se recordar que a discussão sobre a universalidade ou relatividade dos direitos humanos fundamentais também ocupou significativo espaço durante a própria redação do texto final da Declaração da ONU, em 1947. O embate começou quando a Comissão para Bases Filosóficas dos Direitos Humanos da Unesco recebeu as respostas de um questionário que havia enviado para pensadores e filósofos de maior expressão na época, os quais representavam as ideologias de diferentes culturas.¹² O objetivo desse questionário era colher fundamentos filosóficos que dessem sustentação teórica para os direitos que seriam proclamados naquele documento, facilitando a sua aceitação em todas as culturas. Contudo, essa tentativa de oferecer um caráter multicultural e universal ao texto logo enfrentou grande divisão interna na Comissão, pois, com o retorno das respostas do questionário, a matéria se dividiu entre aqueles que concebiam os direitos humanos como naturais e inerentes a todos os seres humanos e, portanto, universais, e aqueles que entendiam que esses direitos eram históricos, variáveis e relativos, sendo dependentes da cultura adotada por cada civilização.¹³

Entre as respostas que sustentavam as teses relativistas estava a do antropologista americano Herskovits, o qual apresentou as considerações consolidadas da *American Anthropological Association*, defendendo que os direitos os quais seriam proclamados na Declaração da ONU deveriam respeitar as peculiaridades culturais dos diferentes grupos humanos.¹⁴ A justificativa para tal ponderação se baseava no argumento de que os seres humanos não poderiam ser vistos isoladamente, fora das sociedades a que pertenciam, já que elas davam sentido e forma à vida individual.¹⁵ Por isso, os direitos humanos fundamentais não poderiam se limitar a estabelecer o respeito à pessoa, individualmente considerada, mas ao ser humano como membro de um grupo social do qual faz parte, já que os modos de vida adotados pela coletividade são responsáveis por moldar os comportamentos e as crenças de cada indivíduo.¹⁶

Croce¹⁷ também enviou o seu formulário defendendo que as teorias do direito natural desenvolvidas entre os séculos XVI e XIX tornaram-se filosoficamente insustentáveis e não poderiam servir de base para os direitos humanos fundamentais que seriam proclamados naquele documento. O seu principal argumento era o de que esses direitos variavam historicamente e que, por isso mesmo, não podiam ser entendidos

¹¹ Marx (1987, p. 147).

¹² Croce (2002, p. 7).

¹³ Barretto (2010, p. 20-21).

¹⁴ Herskovits (1947, p. 539).

¹⁵ Herskovits (1947).

¹⁶ Herskovits (1947).

¹⁷ Croce (1973, p. 93).

como universais, mas tão somente como direitos do homem na história, ou seja, direitos aceitos pelos homens em determinados períodos específicos. Para o filósofo italiano, a tentativa das Nações Unidas de criar uma Declaração Universal buscando conciliação entre posições políticas e culturais antagônicas era fútil e impossível, pois resultaria em um texto vazio, composto por expressões genéricas que permitissem se incluir qualquer ideologia, ou, senão, o seu conteúdo acabaria sendo arbitrário, no caso de se optar pela adoção de uma visão cultural predominante sobre as demais.

Croce ilustrou suas afirmações, lembrando que a Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa de 1789 teve a sua importância histórica nas civilizações europeias e americanas no século XVIII, visto que deu vazão às demandas sociais emergentes naquele período.¹⁸ Contudo, já não se mostrava suficiente para atender as mesmas civilizações na época da elaboração da Declaração da ONU, pois as necessidades sociais construídas ao longo da história se modificaram.¹⁹ Assim, infere-se que, dentro dessa proposta, os direitos humanos fundamentais não podem ser afirmações eternas, mas respostas construídas a partir dos desafios criados pelas circunstâncias históricas de cada sociedade.

Outra manifestação relativista recebida em 1947 pela Comissão responsável pela elaboração da Declaração da ONU foi a do neurofisiologista americano Gerard,²⁰ o qual defendia que os direitos do homem não poderiam ser absolutos, mas relativos, visto que a mais completa liberdade somente é apreciada pela pessoa de acordo com os valores que possui, os quais invariavelmente são moldados pela sociedade em que está inserida. Para Gerard, o homem é capaz de compreender que seus direitos são um composto de desejos estimulados no grupo em que vive e de restrições decorrentes da própria cultura desse agrupamento.

Por tais motivos, Gerard conclui que os direitos humanos fundamentais devem ser relativos para cada sociedade; com a evolução social, assim como ocorre com a evolução das espécies, alguns direitos serão alterados ou até extintos, cedendo lugar para outros surgidos de novas demandas.²¹ A valoração desses direitos e a forma de desenvolvimento que eles terão, entretanto, vai depender de cada cultura, tal qual ocorre com os organismos vivos, que se desenvolvem diferentemente de acordo com as suas capacidades e exigências do meio em que vivem.²² Desse modo, qualquer doutrina que pretenda defender direitos humanos considerando o indivíduo isoladamente, sem observar o grupo social em que ele está inserido, será necessariamente falsa, da mesma forma que qualquer codificação particular e estanque de direitos será imperfeita e rapidamente se tornará ruim.²³

¹⁸ Croce (1973).

¹⁹ Croce (1973).

²⁰ Gerard (1973, p. 206).

²¹ Gerard (1973, p. 208).

²² Gerard (1973).

²³ Gerard (1973, p. 209).

Outra resposta relativista recebida pela Comissão de Bases Filosóficas dos Direitos Humanos da Unesco veio de Lewis,²⁴ o qual destacava que a concepção absoluta, inerente e imprescritível de direitos anteriores à sociedade, fundada na natureza humana, seria um mito com origem em um equivocado conceito de direitos humanos, o qual era apropriado somente para a crescente classe industrial do século XVIII. Para ele, esses direitos deveriam se basear nas necessidades humanas, nascidas dentro das contingências de cada grupo social, visto que eles surgiam justamente como resultado de lutas históricas ocorridas no seio de cada civilização, decorrentes do aparecimento de novas forças sociais que encontraram suas necessidades circunscritas pelas restrições impostas por uma classe que estava no poder.²⁵

Como exemplo dessas afirmações, Lewis lembra que as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII ocorreram em razão da expansão dessa nova classe social que teve suas necessidades limitadas pelo poder divino dos reis, fato que fez com que se desenvolvesse, em oposição, a tese dos direitos naturais, com o objetivo de se superarem os obstáculos interpostos entre essa nova classe e a satisfação de suas necessidades, a qual implicava a não interferência governamental em suas atividades comerciais.²⁶ Nesse sentido, vale lembrar que as Declarações Americana e Francesa trouxeram exatamente um rol de direitos individuais inatos que consagraram a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade como direitos inalienáveis de todos os seres humanos, com o objetivo de afastar qualquer forma de ingerência governamental em suas atividades privadas, tornando clara a conexão da proclamação desses direitos com os interesses e necessidades contingentes da burguesia emergente naquele período.

Contudo, apesar dos fortes argumentos, as teses relativistas não encontraram espaço na Comissão responsável pela elaboração do texto final da Declaração da ONU, a qual acabou por adotar a tese do universalismo metafísico do direito natural²⁷ como base dos direitos que proclamou, dando início a uma polêmica que se estende até os dias atuais.

Entre os teóricos relativistas contemporâneos, destaca-se Bobbio,²⁸ o qual não admite a tentativa de fundamentação absoluta e estanque dos direitos humanos fundamentais, por entender que eles são variáveis de acordo com as mudanças históricas, em especial das decorrentes de mudanças das classes no poder, do surgimento de novas tecnologias e das condições materiais que cada povo dispõe para a realização dessas demandas. Ele exemplifica essa assertiva lembrando que vários direitos os quais

²⁴ Lewis (1973, p. 54).

²⁵ Lewis (1973).

²⁶ Lewis (1973).

²⁷ Unesco (1973, p. 258-259).

²⁸ Bobbio (1992, p. 18).

eram absolutos no fim do século XVIII, como a propriedade, hoje são submetidos a diversas limitações, tanto na ordem jurídica internacional quanto nas legislações internas dos países. Outro argumento que defende é que o relativismo também tem contribuído para o surgimento e a proteção de vários direitos do homem, como é o caso das liberdades de pensamento, de crença, de consciência e de religião.²⁹

Além disso, para Bobbio, os direitos humanos da Declaração da ONU são também heterogêneos, por apresentarem pretensões diversas e até mesmo incompatíveis, fato que impede fundamentação única, pois as justificativas para cada espécie de direito ali inserido são diferentes.³⁰ A prova disso é que, enquanto alguns direitos demandam obrigações negativas (não escravizar, não torturar, etc.), outros vão exigir prestações positivas para a sua realização (direito à saúde, direito à educação, etc.); os fundamentos utilizados para justificar um ou outro grupo serão invariavelmente distintos.

3 BASES EPISTEMOLÓGICAS DAS TEORIAS RELATIVISTAS

Como se observa, o centro das teorias relativistas pode ser sintetizado na ideia de que nada é suficientemente bom ou suficientemente ruim para uma pessoa que possa assumir o mesmo significado para todos os seres humanos, indistintamente, visto que os indivíduos e as sociedades em que estão inseridos não são iguais e apresentam certas peculiaridades antropológicas, epistemológicas e culturais que exigem a construção de direitos compatíveis com essas realidades, fato que não se modifica, mesmo quando se considera a humanidade comum que une as pessoas. Nesse diapasão, essas teorias buscam valorizar a pluralidade moral e cultural, bem como as liberdades delas decorrentes, realizadas mediante o reforço das peculiaridades locais, contrapondo-se à imposição de qualquer forma de monismo moral.

A partir dessas características, Perry³¹ salienta que se pode então dividir as teorias relativistas sobre os direitos humanos fundamentais em três grandes grupos, de acordo com a justificação que defendem: o primeiro é formado pelas teses relativistas antropológicas, o segundo pelas teses relativistas epistemológicas e o último grupo engloba as teses relativistas culturais.

3.1 TEORIAS RELATIVISTAS ANTROPOLÓGICAS

As teorias relativistas antropológicas são aquelas que se opõem à pretensão universal dos direitos humanos fundamentais sob o argumento de que, fora as

²⁹ Bobbio (1992, p. 19).

³⁰ Bobbio (1992, p. 19-20).

³¹ Perry (1998, p. 86).

necessidades biológicas, iguais para todos os seres humanos, não há valores, vontades ou necessidades, especialmente sociais, que sejam comuns a todos os indivíduos.³² Isso ocorre porque os atributos da natureza humana são construídos socialmente, de acordo com os fatores morais, econômicos, políticos, sociais e até geográficos sob os quais se formam.³³ Desse modo, esse desenvolvimento assimétrico leva à formação de uma diversidade de vontades e necessidades tão distintas e distantes que se torna impraticável qualquer tentativa de construção de valores humanos universais.

Como se pode observar, a partir desses primeiros argumentos dos defensores das teorias relativistas antropológicas, não há como se defender a existência de uma natureza humana comum ou universal, que é justamente a base das teses universalistas, visto que os indivíduos são seres culturais e, como tais, constroem valores morais específicos, de acordo com o grupo social em que estão inseridos e dentro das contingências históricas de cada época.

Nesse sentido, a Associação Americana de Antropologia defende que os estudos já feitos sobre a natureza humana, em praticamente todas as partes do mundo, deixaram evidente que os seres humanos usam diferentes formas para resolver os seus problemas de subsistência, de regulação social, política e de outros aspectos pertinentes em sua vida.³⁴ Assim, a forma que cada grupo desenvolve ao longo de sua história para o enfrentamento dessas questões gera a produção de práticas tradicionais distintas e, em alguns casos, até mesmo antagônicas, se comparadas entre si, fato que torna impensável a pretensão de uma moral universal, visto que isso importaria em uma cultura tentar convencer a outra de que os valores que elegeu não são os mais desejáveis.³⁵ Acrescentam, ainda, que, normalmente, os povos que têm formação cultural distinta tendem a ser tolerantes com os comportamentos de outros grupos, especialmente quando essas atitudes diferentes não conflitam com a área da subsistência, razão pela qual a realização dos direitos humanos fundamentais poderia ser encontrada nas diferentes formas como cada povo realiza a dignidade humana de seus integrantes.³⁶

Todavia, a exceção a essa tendência de aceitação antropológica das diferenças é encontrada na história das civilizações ocidentais europeia e americana, cuja expansão econômica e armamentista, associada com a tradição religiosa de evangelização que desenvolveram, fizeram com que as diferenças culturais encontradas em outros povos fossem vistas como uma chamada à ação uniformizadora de

³² Perry (1998, p. 65).

³³ Perry (1998).

³⁴ Hershkovits (1947, p. 540).

³⁵ Hershkovits (1947).

³⁶ Hershkovits (1947, p. 540).

seus valores morais.³⁷ Isso ocorreu principalmente no campo filosófico, com o desenvolvimento dos conceitos de liberdade e sobre a natureza universal dos direitos humanos, cujos conteúdos morais passaram a ser utilizados para suprimir alternativas culturais apresentadas pelos demais povos, negligenciando-se, inclusive, as semelhanças de valores que um diálogo intercultural permitiria perceber.³⁸

Como se vê, a tentativa de universalização de valores morais de uma cultura sobre a outra não é admissível sob o aspecto antropológico, visto que, para os teóricos dessa corrente, o desenvolvimento dos direitos individuais somente ocorre no espaço cultural em que cada ser humano está inserido. Qualquer imposição de individualização de direitos, considerados abstratamente, isolados desse contexto social, seria artificial e poderia acarretar sérios problemas de violação dos próprios valores que esses pretensos direitos universais buscam proteger, pois a diversidade e a liberdade de ideias e de expressão estariam sendo suprimidas por uma uniformização moral, estranha à realidade de certos povos.

Além disso, a sobreposição de uma cultura sobre a outra implica assumir que a cultura subjugada seria moralmente inferior, abrindo espaço para a justificação da sua tutela pelas civilizações “superiores”, fato que é impraticável sobre a ótica antropológica, pois não existem elementos objetivos para medir as culturas de cada povo, no sentido de estabelecer qual é a melhor ou a pior. Desse modo, a imposição dos valores morais de uma civilização sobre a outra não auxilia a proteção e o respeito pelos direitos humanos fundamentais, ao contrário, acarreta sérias violações à diversidade e à própria dignidade humana dos integrantes dos povos subjugados.

A história da expansão das civilizações ocidentais ilustra muito bem essa situação, pois foi exatamente o que aconteceu com os povos pré-colombianos do Mundo Novo, com as civilizações aborígenes da Austrália e com praticamente todas as tribos africanas, os quais foram desintegrados, humilhados e suprimidos em suas práticas culturais, em nome da imposição de uma hegemonia cultural dominante que trouxe os seus valores “civilizatórios” para essas populações.

Para os relativistas antropológicos, o universalismo moral, em especial aquele proclamado pela Organização das Nações Unidas, em 1948, ressalta uma visão etnocentrista do mundo, pois menospreza os valores humanos das sociedades não ocidentais que possuem costumes próprios.³⁹ Além disso, os valores morais dessa Carta têm servido para que as culturas dominantes julguem os povos estrangeiros por seus padrões e práticas, buscando colocá-los em um patamar de inferioridade.⁴⁰ Em oposição a essa pretensão, afirmam que não existem direitos humanos absolutos,

³⁷ Iglesias (2004, p. 198).

³⁸ Rorty (1993, p. 116-117, 127).

³⁹ Morsink (2000, p. 601).

⁴⁰ Morsink (2000).

haja vista que os comportamentos e valores adotados pelas pessoas são relativos, já que se diferem em cada sociedade em particular, alterando-se em decorrência das contingências históricas que enfrentaram.⁴¹ Por tais motivos, todas as culturas devem ser percebidas como estando no mesmo patamar de importância, não havendo elementos aceitáveis que possam ser utilizados como parâmetro para invalidar as práticas morais que adotam. Nessa teoria, portanto, os direitos humanos fundamentais devem ser contingenciados às práticas culturais de cada civilização.

Outro argumento apresentado pelos defensores dessas teorias é o de que as sociedades são como mosaicos de organismos vivos, sustentados por grupos de seres humanos que se mantêm ativos e coesos, em razão de certas peculiaridades culturais coletivas que construíram para sobreviver.⁴² Desse modo, não há como se pensar em direitos humanos individuais, abstratos e superiores a essa realidade fática que sustenta cada pessoa no planeta, visto que o homem e a coletividade a que pertence formam um todo indissolúvel e inseparável.⁴³ Por causa dessas características, vê-se que os direitos e também os deveres dos seres humanos não podem ser concebidos de forma absoluta, considerando o quadro coletivo a que pertencem, mas, ao contrário, devem permanecer sempre relativos e coerentes aos valores morais que sustentam o meio em que vivem, evitando-se com isso o desagregamento e o próprio falecimento do organismo social que lhes fornece os meios para sobrevivência.

Fica evidente, portanto, que, para o relativismo antropológico, os direitos humanos universais são o resultado de uma ideia parcial, abstrata e desconectada da realidade concreta com que vivem os seres humanos nas suas respectivas civilizações. Bentham, aliás, sustenta que a aparente perfeição da doutrina universal dos direitos humanos fundamentais mostra-se totalmente defeituosa na prática, visto que a tentativa de fixar uma moral abstrata e imutável desses direitos não se coaduna com as mudanças reais que o tempo promove sobre as liberdades e suas restrições nas diferentes sociedades.⁴⁴

No mesmo sentido, manifesta-se MacIntyre para quem essa falácia de direitos abstratos, naturais e imutáveis não passa de uma ficção tão fantasiosa como “*witches and unicorns*” (*bruxas e unicórnios*),⁴⁵ já que para cada tentativa de se construírem boas razões para se acreditar que eles existem, há um empecilho prático que prova a

⁴¹ Morsink (2000).

⁴² Nas palavras de Ralph Gerard: “*It must, however, remain true, from the very nature of an organism, that the individual man, on entry in his own right, and the communal man, a part of the community, exist simultaneously. This is the inescapable dichotomy: [...] each man (with his neighbour) is a component unit of a larger whole, the society, and dedicated to group-survival by basic cooperation with other men in the group.*” (GERARD, 1973, p. 205-206).

⁴³ Gerard (1973).

⁴⁴ Nas palavras de Bentham (1987, p. 53) “[...] *the liberties and the restrictions vary many times and circumstances, and admit of infinite modifications, that cannot be settled upon any abstract rule.*”

⁴⁵ MacIntyre (1984, p. 65-67).

impossibilidade de sua existência (na pretensão universal em que são apresentados). Acrescenta que as várias formas de direitos decorrentes das necessidades humanas têm caráter altamente específico e socialmente local e é justamente nesse particularismo que emergem e se legitimam os direitos humanos fundamentais.⁴⁶ Logo, as instituições internacionais que afirmam ter a posse de uma ordem universal e abstrata dos direitos humanos fundamentais e queiram, com base nessa premissa, exigir a observância dessa ordem por todas as civilizações do mundo encontrarão um problema prático insolúvel na hora em que tentarem transpô-los para a prática, pois as barreiras culturais se tornarão obstáculos intransponíveis.

Mackinnon,⁴⁷ por sua vez, sustenta que as ideias universalistas, em especial as da igualdade, têm hoje como parâmetro o significado que aqueles que estão no poder atribuem para esses direitos. Nesse contexto, a igualdade somente é reconhecida para os grupos que compartilham os valores culturais estabelecidos pelas potências dominantes. As demais sociedades que ousam apresentar outra visão ou proposta diferente acabam sendo excluídas do sistema, e suas práticas são taxadas de violadoras da dignidade humana.

Por tais motivos, os relativistas antropológicos sustentam que a aceitação do universalismo dos direitos humanos fundamentais é impraticável porque importaria em abstrair os indivíduos de suas práticas sociais específicas, fazendo desaparecer a identidade de cada ser humano e dos respectivos grupos a que pertencem,⁴⁸ já que ficariam subjugados a um padrão moral insólito de direitos que suprimiria a riqueza da diversidade em que cada ser humano vive, em prol de uma discutível proteção internacional da dignidade humana.

Rorty⁴⁹ levanta outra objeção em relação à pretensão do universalismo dos direitos humanos fundamentais ao afirmar que ele tem se baseado equivocadamente em uma alegada superioridade moral dos países que se autodenominam de democráticos, os quais utilizam o argumento da existência de uma racionalidade irresistível para sustentar que seus valores morais devem ser observados por todas as nações do mundo. Contudo, o autor destaca que essa pretensa ascensão cultural nada conta em favor da existência de uma natureza humana universal,⁵⁰ pois ela implicaria afirmar que qualquer reivindicação moral seria infundada se não fosse apoiada em uma racionalidade baseada nos parâmetros ocidentais. Essa premissa, por conseguinte, levaria a colocar todas as culturas que se diferenciam daquelas cujas

⁴⁶ Macintyre (1984).

⁴⁷ Mackinnon (1987, p. 63).

⁴⁸ Lukes (1993, p. 29).

⁴⁹ Rorty (1993, p. 116).

⁵⁰ Nas palavras de Richard Rorty (1993, p. 116): *“I do not think this superiority counts in favor of the existence of a universal human nature.”*

valores foram positivados na Carta das Nações Unidas em posição de irracionalismo, já que estariam negando a existência de fatos moralmente relevantes, sob a ótica da cultura dominante. Rorty e Rabossi se opõem a essa premissa aduzindo que ela está baseada em projetos fundacionistas “*outmoded*” (obsoletos), como os de Platão, Tomás de Aquino e Kant, os quais não se coadunam com as mudanças históricas pelas quais a humanidade passou desde as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII.⁵¹ Assim, todo o comportamento taxado de irracional pelas potências Ocidentais nada mais é do que medição de fatos desaprovados por um grupo, porque não se alinham com a sua estreita visão moral do mundo.⁵² Eles defendem que o respeito aos direitos humanos fundamentais é obtido mais facilmente por meio de uma atitude de autoconsciência de cada cultura do que pela tentativa infértil de buscar demonstrar a superioridade de um conjunto de valores morais sobre os demais povos, mediante o frágil apelo de uma metafísica transcultural.

Como se pode observar, esses argumentos buscam afastar as teses que defendem a existência de valores morais universais baseados em verdades abstratas que seriam conhecidas de todos os seres humanos, em razão de sua intuição e dignidade. Para os relativistas antropológicos, não se pode pretender subjugar os indivíduos a adotarem um conjunto de direitos humanos fundamentais que se dissociem das morais e verdades sob as quais eles sempre viveram e desenvolveram suas vidas na cultura em que estão inseridos.

Mas os defensores dessas teses não apresentam somente objeções à pretensão universal dos direitos humanos fundamentais, da forma como hoje está proposta, pois eles defendem que é possível o desenvolvimento de uma nova cultura global sobre esses direitos, baseada nas diferenças e não nas similitudes. Rorty⁵³ alerta que é impraticável, por exemplo, tentar convencer os brancos racistas que eles têm a mesma humanidade que os negros, ou afirmar para os heterossexuais homofóbicos que deve haver respeito pelas relações homoafetivas, com base na observância do que eles têm em comum. Ocorre que esse tipo de comparação leva pessoas que não aceitam essas diferenças a se sentirem ofendidas e a se tornarem incrédulas com a afirmação de uma humanidade comum.

Para Rorty, tal aversão ocorre não por irracionalidade desses indivíduos, mas por sentimentos interiores que sustentam, baseados na identidade que

⁵¹ Rorty (1993, p. 116-117, 127).

⁵² Rorty (1993).

⁵³ Rorty afirma que: “*To get whites to be nicer to Blacks, males to females, Serbs to Muslims, or straights to gays, to help our species link up into what Rabossi calls a ‘planetary community’ dominated by a culture of human rights, it is of no use whatever to say, with Kant: Notice that what you have in common, your humanity, is more important than trivial differences. [...] Such people are morally offended by the suggestion that they should treat someone who is not kin as if he were a brother, or a nigger as if he were white, or a queer as if he were normal, or an infidel as if she were a believer.*” (RORTY, 1993, p. 125).

construíram ao longo de suas vidas e dentro da qual eles veem a si mesmos como uma espécie definida por oposição explícita a uma espécie particularmente ruim.⁵⁴ Nessa dinâmica, os seres humanos acabam juntando-se por afinidade com aqueles que são como eles, em contrariedade àqueles que não são, fazendo assim surgir a distância entre os brancos de um lado e os negros de outro, os hétéros de um lado e os *gays*, lésbicas e simpatizantes de outro, e assim por diante.

Desse modo, vê-se que é extremamente complicado argumentar com esses grupos sobre a existência de um conjunto de direitos humanos fundamentais dos quais seriam titulares todos os seres humanos, indistintamente, em razão de sua dignidade comum ou da semelhança que existe entre todas as pessoas, pois certamente eles não seriam capazes de enxergar dignidade ou qualquer traço de similitude naqueles que são exatamente aquilo que eles rejeitam. Ao contrário, eles certamente vão reforçar com orgulho o que eles não são e defender as suas atitudes com base no respeito próprio que acreditam ter por si mesmos.⁵⁵

Para Rorty, a saída capaz de superar esse impasse não está na universalização imposta dos direitos humanos fundamentais, mas na internacionalização do que ele chama de “*sentimental education*” (educação sentimental), que consiste em promover nas pessoas o desenvolvimento dos seus sentimentos internos no sentido de incrementarem suas habilidades de verem mais as similitudes superficiais entre elas e aquelas outras de que não gostam do que as diferenças.⁵⁶ Nessa proposta, as semelhanças relevantes não se dariam nos elementos profundos que formam a verdadeira identidade humana, mas sobre as similitudes que, curiosamente, não distinguem os humanos de muitos animais, como o acalento dos pais e dos filhos.⁵⁷ Dessa forma, à medida que as pessoas intolerantes consigam perceber que aqueles que são *diferentes e odiosos* também possuem pais que os amam e filhos pelos quais são responsáveis, vendo aí um traço superficial de similitude, poderão desenvolver um sentimento de tolerância e de convívio harmônico.

Por todos esses argumentos, observa-se que as teses relativistas antropológicas estão assentadas em três princípios básicos para refutar a universalidade dos direitos humanos fundamentais: 1) as diferenças culturais construídas ao longo da história das civilizações não admitem a imposição de uma moralidade uniforme; 2) não existe método científico que seja capaz de avaliar qualitativamente as culturas, razão pela qual as diferenças entre elas devem ser respeitadas; e 3) normas e valores aceitos pelos indivíduos

⁵⁴ Rorty (1993, p. 127).

⁵⁵ Rorty (1993, p. 126).

⁵⁶ Rorty (1993, p. 129-130).

⁵⁷ Nas palavras de Rorty (1993, p. 129): “*The relevant similarities are not a matter of sharing a deep true self which instantiates true humanity, but are such little, superficial, similarities as cherishing our parents and our children - similarities that do not interestingly distinguish us from many nonhuman animals.*”

são aquelas que derivam da suas culturas. Logo, qualquer tentativa de aplicabilidade de uma Declaração de direitos humanos para toda a humanidade que se afaste das crenças e códigos morais de certas culturas não terá aplicação nesses contextos.

O primeiro princípio da argumentação relativista antropológica está no fato de que não existe liberdade individual quando o grupo ao que um ser humano pertence e se identifica não é livre. De igual forma, não há como alcançar total desenvolvimento das potencialidades humanas individuais se a sociedade a que as pessoas estão vinculadas culturalmente é tratada com inferioridade por outras civilizações que tentam impor a esses povos padrões morais dissociados de suas realidades.

Por tais motivos é que, dentro desse primeiro argumento, os relativistas antropológicos entendem impraticável a universalidade de direitos humanos fundamentais, visto que eles representam visão específica de um grupo de civilizações dominantes que tentam subjugar as demais, sem observar os valores morais que essas últimas construíram por meio da complexidade de suas relações sociais, desenvolvidas durante sua trajetória histórica.

O segundo argumento dessas teorias para afastar qualquer pretensão de valores universais está no fato de que não existem métodos científicos que sejam capazes de avaliar qualitativamente as culturas, razão pela qual não há como se adotar um conjunto de direitos humanos baseados em valores supraculturais e defender a sua superioridade sobre as práticas morais adotadas por cada povo. Ademais, os objetivos valorativos que guiam a vida dos seres humanos e da respectiva nação a que pertencem estão em uma escala de importância e significado tão elevados para cada pessoa, individualmente, que impedem a sua substituição por valores importados de outras culturas, sob o pretexto de serem direitos humanos fundamentais. Aliás, esse ponto é justamente o que conduz ao terceiro pilar de argumentação dessas teorias, segundo o qual as normas e valores aceitos pelos indivíduos são aqueles que derivam das suas culturas. Isso ocorre porque conceitos como certo e errado, bom ou mal, felicidade ou infelicidade encontram diferentes ressonâncias e significados dentro e fora de todas as culturas humanas. Tanto é assim que valores reconhecidos como direitos humanos fundamentais por um povo poderão representar uma atitude antissocial em outro. A propósito, isso pode acontecer tanto fora quanto dentro da própria sociedade, visto que a evolução histórica das civilizações também é responsável por promover mudanças significativas em suas culturas, cujos valores morais originais se alteram e até desaparecem com o passar do tempo.

Em razão dessas peculiaridades, qualquer tentativa de aplicabilidade de uma Declaração de Direitos Humanos para toda a humanidade, que se afaste das crenças e dos códigos morais adotados por certas culturas, não encontrará espaço para aceitação e aplicação em certos contextos. Para os relativistas antropológicos, portanto, as proclamações de direitos humanos fundamentais devem ser feitas por

cada povo, de acordo com as suas peculiaridades culturais, exatamente como ocorreu durante os séculos XVII e XVIII, quando cada civilização proclamou a sua própria declaração de direitos do homem, baseada nas suas contingências históricas, políticas, econômicas e culturais.

3.2 TEORIAS RELATIVISTAS EPISTEMOLÓGICAS

As teses relativistas epistemológicas são aquelas que sustentam que não há possibilidade de se transporem certos antagonismos culturais em relação a práticas morais específicas adotadas por cada civilização, visto que fazem parte de uma postura epistemológica tradicional que se sustenta em valores adotados por cada povo, os quais sistematizam as suas relações, vínculos e modo de vida.⁵⁸ Para a compreensão da base argumentativa dessas teorias, observe-se o exemplo da chamada circuncisão feminina, que consiste na remoção cirúrgica do clitóris da mulher, durante a infância, adotada em alguns países africanos, na Malásia, na Indonésia, na Península Árabe e no Paquistão, sob o argumento de lhe garantir um bem-estar durante toda a vida.⁵⁹ Para o relativismo epistêmico, situações, como a circuncisão feminina, desafiam um diálogo moral transcultural e evidenciam a impossibilidade de um universalismo moral, visto que há um antagonismo radical de premissas entre as culturas que, de um lado, veem nessa prática um ato de garantia de bem-estar e, de outro, entendem a situação como uma mutilação do corpo feminino.⁶⁰

Para a cultura ocidental, talvez o exemplo da circuncisão feminina seja algo difícil de assimilar, em razão dos valores morais e tradições cultivadas por séculos nessa civilização, a qual vê, nessa prática, uma forma de violação da dignidade humana, sem vislumbrar a possibilidade de justificação moral plausível. Desse modo, a fim de evitar que essa concepção dificulte a compreensão da teoria relativista epistemológica, apresenta-se um segundo caso, bem conhecido dos povos ocidentais, que diz respeito à liberdade de expressão. Nos Estados Unidos, por exemplo, a liberdade de expressão, baseada no “*free speech*”, previsto na primeira emenda da Carta Constitucional Americana, é tão irrestrita dentro das tradições culturais desse povo que não são vedadas manifestações orais ou escritas que promovam o ódio, a violência e a discriminação de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de diminuição ou exclusão social. A síntese do fundamento dessa tradição cultural é expressa pelo Professor David E. Bernstein, o qual defende que é preferível viver em um robusto mercado de ideias, sem regulação, a se submeter a restrições governamentais sobre a liberdade de expressão.⁶¹

⁵⁸ Perry (1998, p. 62-63).

⁵⁹ Brennan (1989, p. 373).

⁶⁰ Perry (1998, p. 72).

⁶¹ Para Bernstein (2003-2004, p. 230): “*This author concludes that an unregulated marketplace of ideas should be*

Para a tradição cultural brasileira, por outro lado, a liberdade de expressão não se coaduna com a propagação de ideias discriminatórias de ódio ou de desvalorizações que possam afetar e ferir moralmente indivíduos ou grupos. Tanto é assim que os representantes eleitos pelo povo brasileiro promulgaram, em 1988, a Constituição Federal, a qual foi taxativa ao estabelecer, no inciso quarto do artigo terceiro,⁶² como um dos objetivos da República Federativa, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, reafirmando esse compromisso em diversos outros dispositivos, em especial, no *caput* do seu quinto artigo,⁶³ ao tratar dos direitos e das garantias fundamentais. Desse modo, para o povo brasileiro, seria chocante e absurdo ver alguém na televisão ou no jornal defendendo que os negros são inferiores ou que as ideias nazistas de genocídio merecem aplausos e devem ser adotadas ainda hoje para que se possa construir uma sociedade melhor. Para a cultura americana, por outro lado, isso faz parte do “*free speech*” e não deve sofrer qualquer tipo de restrição, pois, para eles, a total liberdade do mercado de ideias é que tem sido responsável pela melhoria social e política do *status* dos grupos discriminados naquele país.⁶⁴

Sob a ótica dos direitos humanos fundamentais, os defensores da cultura brasileira diriam que os valores americanos violam a dignidade humana dos grupos raciais e das minorias que vivem naquele país, permitindo discursos que promovem o ódio e a discriminação, afetando a honra, a imagem e a moral das vítimas dessas manifestações. Por outro lado, os defensores da cultura americana diriam que a regulação da liberdade de expressão no Brasil, ao estabelecer a restrição de manifestações discriminatórias, seria uma violação do direito humano fundamental à liberdade de expressão.

Para os relativistas epistemológicos, o atrito cultural acima detalhado somente ocorre porque as partes envolvidas na análise dos fatos buscam utilizar como parâmetro de avaliação um monismo moral, com pretensão universal, manifesto pela prática de uma cultura, que tenta avaliar as premissas morais da outra, adotando como padrão valorativo a sua própria tradição.⁶⁵ Dentro dessa lógica relativista, por conseguinte, as duas posições estariam protegendo e realizando a dignidade humana, pois representariam a escolha e os limites que cada povo elegeu para nortear o seu desenvolvimento.⁶⁶

defended, not because the marketplace of ideas is efficient and always leads to benign results, but because the alternative of government regulation is far worse.”

⁶² Artigo 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1998).

⁶³ Artigo 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1998).

⁶⁴ Bernstein (2003-2004, p. 232).

⁶⁵ Taylor (1994, p. 72).

⁶⁶ Williams (1985, p. 160).

Nesse sentido, Taylor argumenta que somente a presunção de igual valor entre as culturas é que permite a compreensão de situações de antagonismo entre os povos, visto que as práticas morais construídas por cada povo e adotadas por um grande número de pessoas em seu seio, por um longo período de tempo, representam o senso que cada civilização constrói sobre o significado do bom, do completo e do admirável.⁶⁷ Assim, para Taylor, não se pode adotar uma postura de arrogância cultural, no sentido de julgar as ações de dada sociedade como violadoras da dignidade humana, pois, para aquele grupo, o bem-estar de seus integrantes e a realização dessa dignidade estão justamente na adoção das posturas que outros povos pretendem censurar.⁶⁸

Sob a lógica dessa teoria, portanto, as práticas culturais que geram controvérsia acerca da violação de direitos humanos fundamentais somente poderiam ser ajustadas se houvesse consenso intercultural, no qual as diferenças de interpretações sobre essas ações fossem mitigadas e compostas, em comum acordo com as partes envolvidas. Assim, enquanto não existir tal consenso, não haveria o julgamento de determinada tradição como violadora de uma moral universal, pois, epistemologicamente, ela estaria de acordo com os valores sociais da civilização que a adota.

Williams, aliás, entende que esse ajuste entre culturas ocorre naturalmente quando os integrantes de diferentes civilizações se encontram, visto que essa aproximação permite um intercâmbio e até a modificação de certas tradições e atitudes, como resultado da compreensão das razões morais de cada posicionamento e do rico contraste que essa visão intercultural propicia.⁶⁹ Mas isso não ocorre se uma cultura tentar condenar ou assumir que os seus valores são superiores em relação às práticas de outros povos, pois, nesse caso, ter-se-ia a imposição de um monismo cultural.

Vale lembrar aqui o relativista Grego Protágoras, cuja teoria é descrita por Platão em Teeteto,⁷⁰ e o seu clássico exemplo de como as pessoas sentem de forma diferente a ação do vento. É que, se sob a ação de uma mesma corrente de vento um indivíduo se sente com frio e outro se sente aquecido, não há como encontrar resposta correta para a questão de saber se o vento era frio ou morno, pois, para a primeira pessoa, ele era frio e, para a segunda, morno. Nenhum dos dois indivíduos está errado, já que cada um está afirmando a sua verdade. Esse exemplo mostra como o fato em si (o vento quente ou frio) se esvazia, tornando-se evidente que as percepções humanas estabelecem um relativismo do conhecimento e dos valores

⁶⁷ Taylor (1994, p. 72) afirma que: *“It is reasonable to suppose that cultures that have provided the horizon of meaning for large numbers of human beings [...] over a long period of time – that have, in other words, articulated their sense of the good, the holy, the admirable – are almost certain to have something that deserves our admiration and respect, even if it is accompanied by much that we have to abhor and reject.”*

⁶⁸ Taylor (1994, p. 72-73).

⁶⁹ Williams (1985, p. 158).

⁷⁰ Platão (2005, p. 152b).

que torna impossível afirmar-se um único critério de verdade. É justamente por esse motivo que os relativistas epistemológicos defendem que as afirmações culturais estão no mesmo patamar valorativo. Isso significa que, em um aparente conflito cultural, o que se tem, na realidade, não é a adoção de posições morais antagônicas, mas crenças genuinamente exclusivas.

Por tais motivos é que os relativistas afirmam que as tradições morais de uma civilização não podem ser mensuradas por outra, uma vez que as diferenças entre os conceitos que usam e a forma como referenciam cada prática social tornam impraticável a realização de qualquer juízo de valor de uma sobre a outra.⁷¹ Mas isso não quer dizer que não possa haver coexistência ou até mesmo aproximação entre elas, já que o contato entre as culturas acaba por fazer incorporar valores em ambos os lados, em razão do confronto de novas situações trazidas por essa aproximação, as quais exigem que elas olhem para além das práticas e regras que ordinariamente vêm adotando.

A proposta dos relativistas epistemológicos para a proteção dos direitos humanos fundamentais está em uma confrontação real entre as diferentes visões culturais, em que ambos os lados possam ver a proposta do outro como uma real opção de conduta moral, sem julgamento preliminar de rejeição total das ideias e valores praticados pela outra parte,⁷² até porque a tentativa de subjugação de uma cultura a outra, por meio da condenação de certas práticas sociais, importaria em realizar uma valoração abstrata das pessoas, desassociada do contexto moral em que vivem, fato que acarretaria uma visão não realista da situação.⁷³ Assim, para afastar essa valoração fictícia, necessário se faz pensar nos grupos sociais e suas tradições de forma realista e concreta, evitando, portanto, usar-se a própria fonte cultural para analisar as práticas de outras sociedades.

Para os defensores dessas teorias, a conciliação cultural e o respeito aos direitos humanos fundamentais somente ocorrem quando não há coerção, visto que somente dentro de um processo no qual todas as partes envolvidas possam atuar com liberdade e igualdade, admitindo-se a diversidade e a variedade ética como opção válida e justa de escolha, é que haverá espaço para mudanças e aperfeiçoamentos em direção à verdadeira realização da dignidade humana.⁷⁴ Nessa visão, a diversidade e a liberdade são bens morais que devem ser encorajados como parte integrante dos valores que formam os direitos humanos fundamentais.

Outro aspecto que reforça as teses relativistas epistemológicas está no fato de que as sociedades de hoje estão se tornando cada vez mais diversificadas

⁷¹ Williams (1985, p. 157).

⁷² Williams (1985, p. 160).

⁷³ Williams (1985, p. 162).

⁷⁴ Williams (1985, p. 172).

moralmente, haja vista estarem incorporando diversas culturas e subculturas comunitárias em seu interior, as quais buscam espaço e reconhecimento, tanto quanto as outras.⁷⁵ Essa miscigenação de valores tem ocorrido como resultado direto da mundialização⁷⁶ e do desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, os quais se instalaram “no coração das nações”⁷⁷ e passaram a influenciar os aspectos culturais, políticos, econômicos e sociais de praticamente todos os povos do século XXI, gerando intensos movimentos migratórios entre os países.

Taylor⁷⁸ denuncia, contudo, que as políticas multiculturais oriundas das civilizações do Atlântico Norte têm se baseado em juízos de valor peremptórios, buscando a implantação de um processo de homogeneização cultural do mundo, mediante a da imposição de seus padrões morais predefinidos, não abrindo espaço para o recebimento ou compreensão de outras realidades morais que não se enquadrem nesse modelo. O problema dessa política é que os padrões ocidentais acabam sendo utilizados como único parâmetro de medida e julgamento das práticas culturais do planeta, dividindo-as entre as que são compatíveis e as que são incompatíveis em relação a esses valores, exigindo-se desse último grupo a mudança de suas tradições para se ajustar a esse único padrão moral considerado *correto*.

A propósito, essa intenção de homogeneização cultural não é subliminar ou sutil na política das potências dominantes, mas totalmente explícita nos seus discursos oficiais. Nesse sentido, vale lembrar as palavras do crítico americano Kimball, para quem a questão das diferenças morais hoje não está na escolha entre a cultura repressiva ocidental e o paraíso multicultural, mas entre a própria cultura e o barbarismo.⁷⁹ Observe-se que Kimball utiliza o mesmo discurso que os dirigentes do império romano e o próprio Napoleão Bonaparte defendiam no passado, no sentido de que a única expressão de civilização e de cultura possíveis seria aquela a que pertenciam. Nessa lógica, os demais povos do mundo estariam colocados em um patamar moral inferior, já que suas culturas não passariam de uma expressão da barbárie; a única salvação desse estado de miséria moral estaria na adoção dos critérios superiores da civilização dominante.

Para Taylor, essa rigidez do liberalismo ocidental, expresso pela tentativa de impor os seus valores por meio de uma visão moral específica dos direitos humanos fundamentais, poderá rapidamente se tornar impraticável no futuro, já

⁷⁵ Taylor (1994, p. 61).

⁷⁶ “Fora a opção gramatical geográfica, o termo mundialização traz consigo uma ampliação de sentido do fenômeno da globalização, ou seja, representa um diferente nível de um mesmo processo, pois, além do aspecto tecnológico e econômico, peculiar ao global, agrega a ‘mundialização’ da cultura.” (BAEZ, 2010, p. 301).

⁷⁷ Arnaud (1999, p. 16).

⁷⁸ Taylor (1994, p. 71).

⁷⁹ Kimball (1991, p. 13) afirma expressamente que: “*The multiculturalists notwithstanding, the choice facing us today is not between a ‘repressive’ Western culture and a multicultural paradise, but between culture and barbarism.*”

que a miscigenação cultural e humana é irreversível.⁸⁰ Para o autor, o atual modelo liberal dos povos ocidentais não tem permitido um ponto de encontro para todas as culturas, mas tão somente a expressão política de um segmento específico de morais compatíveis, as quais são adversas a qualquer outro conjunto que seja incompatível com as suas premissas ideológicas.⁸¹

Com base nas características até aqui listadas, Perry⁸² identifica nas teorias relativistas epistemológicas três pontos essenciais de argumentação em oposição ao universalismo dos direitos humanos fundamentais: 1) nenhuma cultura é melhor que a outra: 2) nenhum ponto de vista avaliativo é melhor que qualquer outro: e 3) nenhuma cultura, do seu próprio ponto de vista avaliativo, é inferior a nenhuma outra.

O primeiro argumento no sentido de que não pode existir hierarquia de superioridade entre as culturas é facilmente demonstrável, visto que não existem pressupostos lógicos e racionais capazes de estabelecer critérios ou normas que possam valorar imparcialmente cada tradição. Isso ocorre porque qualquer tentativa de graduação cultural entre as civilizações seria realizada sob a ótica de um intérprete que aplicaria os seus próprios valores para realizar tal classificação, fato que, por si, já afastaria a imparcialidade da mensuração, pois o ponto de vista avaliativo seria particular.

O segundo ponto de sustentação dessas teorias está na afirmação de que nenhum ponto de vista avaliativo é melhor que qualquer outro, uma vez que todos eles estão no mesmo patamar epistemológico de importância, pois não há elementos ou critérios incontestáveis de medida para afirmar a prevalência de um em relação ao outro. Para Taylor,⁸³ aliás, pode-se até ser capaz de entender as variáveis de uma determinada cultura ou modo de vida, comparando-se com outra de que se faz parte, mas, invariavelmente, haverá peculiaridades que uma avaliação genérica não será capaz de apurar.

Por fim, o terceiro argumento do relativismo epistemológico está na assertiva de que nenhuma cultura, do seu próprio ponto de vista avaliativo, é inferior a nenhuma outra. Essa afirmação ocorre com base no pressuposto lógico de que, ao se autoavaliar, cada cultura se afirmará ao menos tão boa quanto às demais, fato que induz ou à tolerância ou à desavença. A tolerância sobrevém da compreensão dessa premissa e o respeito pelas diferenças. O confronto surge da negativa dessa realidade e da tentativa de imposição de certos valores específicos de uma cultura como sendo universais e obrigatórios para todos os demais povos.

⁸⁰ Nas palavras de Taylor (1967, p. 61): “*Indisputably, though, more and more societies today are turning out to be multicultural, in the sense of including more than one cultural community that wants to survive. The rigidities of procedural liberalism may rapidly become impractical in tomorrow’s world.*”

⁸¹ Taylor (1994, p. 62).

⁸² Perry (1998, p. 80-81).

⁸³ Taylor (1989, p. 61).

Em síntese, para os relativistas epistemológicos, não há como defender a existência de valores humanos universais e superiores a todos os povos, visto que essa prática desrespeitaria a diversidade e a própria liberdade de pensar e agir diferente que é própria dos seres humanos. Assim, a coexistência harmoniosa entre as civilizações que adotam padrões morais distintos somente seria alcançada por meio do respeito mútuo e da valoração isonômica dos padrões tradicionais adotados por cada povo. É que essa atmosfera abriria espaço para uma permeação intercultural de valores e até mesmo a mudança recíproca de padrões e práticas entre as nações do mundo, resultando na realização real da dignidade humana em todas as suas dimensões.

3.3 TEORIAS RELATIVISTAS CULTURAIS

As teses relativistas culturais dos direitos humanos fundamentais se caracterizam por defender que os padrões morais adotados por cada sociedade são a principal fonte de validade desses direitos, os quais são adaptados e protegidos de diferentes formas, de acordo com os valores eleitos por cada civilização. Os defensores dessas teorias argumentam que as particularidades culturais dos povos desempenham papel fundamental na determinação do formato específico das sociedades, fato que torna impraticável a pretensão da adoção de valores morais universais que não tenham sido construídos no seio de cada civilização.⁸⁴

Além disso, advertem que, mesmo os valores morais que são semelhantes em diferentes culturas, não encontram a mesma forma de aplicação dentro das diferentes sociedades, pois eles necessitam de ajustes que permitam a sua aplicabilidade em seu contexto.⁸⁵ Nessa lógica, não seria plausível, portanto, imaginar que existe somente um meio correto de um valor moral ser reconhecido e aplicado dentro de uma sociedade, sem considerar as suas particularidades, pois o reconhecimento de valores morais pelos grupos sociais somente faz sentido para seus componentes quando se integram as particularidades do contexto cultural em que se propõe a ingressar.

Outro argumento que os relativistas culturais levantam para afastar as ideias universalistas é que a forma como uma civilização específica aplica certos conteúdos morais em seu contexto cultural pode tornar-se totalmente inviável em outros povos em que as realidades, as demandas e as expectativas de seus integrantes são completamente distintas, pois nem sempre o que funciona bem para uma sociedade pode fazer sentido ou até mesmo ter utilidade para outra.⁸⁶ A propósito, Alston⁸⁷ destaca que os direitos humanos fundamentais somente alcançariam

⁸⁴ Perry (1998, p. 86).

⁸⁵ Perry (1998, p. 82).

⁸⁶ Kronman (1987, p. 847-848).

⁸⁷ Nas palavras de Alston (1994, p. 9-23): “[...] *the diplomatic/legal vindication of the principle of universality*

realização plena e duradoura se fossem afastadas as pretensões uniformizadoras das teses universalistas, para, com sensibilidade, abrir-se espaço à compreensão sobre as necessárias adaptações que os diferentes contextos culturais exigem na implementação das normas de direitos humanos. Para o autor, nenhuma aspiração universalista é capaz de romper com a inevitável influência que os valores culturais e as percepções de cada povo exercem sobre a realização desses direitos.

Por tais motivos é que os defensores das teses relativistas culturais sustentam que os valores morais representados em documentos internacionais sobre direitos humanos fundamentais, como é o caso da Declaração da Organização das Nações Unidas, não podem ser determinados abstratamente, sem uma contextualização que seja capaz de adaptá-los às especificidades culturais de cada civilização. Nessa proposta, o papel das normas internacionais de direitos humanos fundamentais deveria ser o de prover uma visão geral e aberta desses valores morais, permitindo a cada povo realizar esses direitos de acordo com as suas características políticas, econômicas e culturais. Todavia, muitos entendem que o atual regime internacional de direitos humanos fundamentais tem tornado inviável essa alternativa, já que ele está afastado de um genuíno universalismo de valores gerais e abertos, baseados em pontos comuns a todas as culturas.⁸⁸ O problema levantado é que as Declarações Universais de direitos humanos fundamentais têm sido indevidamente utilizadas nas últimas décadas para a realização da imposição de um imperialismo cultural, o qual tem promovido exclusivamente os valores ocidentais, rechaçando as demais tradições morais que não se coadunam com aquela visão.⁸⁹

Payutto⁹⁰ acrescenta que existem três grandes falhas na atual política internacional dos direitos humanos fundamentais. A primeira decorre dos próprios valores que são associados a esses direitos, os quais incentivam atitudes de divisão e segregação, luta e contenção, fazendo com que a moral individualista que os norteia leve as sociedades a se separarem na busca de autopreservação e proteção de interesses mútuos. Essa primeira falha mostra que esses direitos devem ser construídos para atender as demandas sociais específicas de cada grupo cultural,

cannot be taken to have resolved the deeper, more enduring challenge of ensuring greater openness and sensitivity to different cultural contexts in the implementation of human rights standards. [...] No amount of universalist aspirations can cancel out the inevitable influence of cultural values and perceptions."

⁸⁸ Brown (2001, p. 33).

⁸⁹ Brown (2001, p. 33).

⁹⁰ Nas palavras de Payutto (1994, p. 13-15): "Firstly, the concepts themselves are flawed. They have resulted from a background and basic attitude of division and segregation, struggle and contention. This situation led to an attempt to assure self-preservation and protect mutual interests, which became human rights. Secondly, human rights are [...] a purely human invention. They are not 'natural rights'. They need to be supported by laws and they must be accepted by all parties in order to work. [...] the third flaw [...] is that it is a purely social convention, dealing with social behaviour. It does not consider the quality of mental motivation within the individual."

afastando-se a proclamação de valores egoístas. A segunda falha está no fato de que os direitos humanos fundamentais são uma invenção humana e, como tal, não podem decorrer de uma ordem natural, como proclama a Declaração da ONU, mas sim serem embasados pelas leis específicas de cada povo, capazes de oferecerem a esses direitos a efetividade de que necessitam dentro de cada civilização. Por fim, a terceira falha está em que os valores morais inseridos nos documentos internacionais estão associados puramente a convenções e comportamentos sociais, sem considerar a qualidade da motivação mental dentro de cada indivíduo, a qual está diretamente associada à cultura a que está inserido e sem a qual esses direitos não encontram espaço para se realizar.

Em sentido semelhante, percebe-se a manifestação da Delegação das Nações Asiáticas Orientais, durante a Convenção de Viena de 1993, em especial do Ministro das Relações Exteriores de Singapura,⁹¹ o qual foi enfático ao afirmar que o reconhecimento universal do ideal dos direitos humanos, na forma como vem sendo proposto, pode ser prejudicial aos povos se ele for usado para negar ou mascarar a realidade imutável da diversidade humana. Além disso, na mesma ocasião, a Delegação Chinesa destacou que as diferenças regionais deveriam ser observadas nos textos internacionais sobre os direitos humanos, visto que, na cultura chinesa, por exemplo, os indivíduos colocavam os direitos da coletividade como prioridade sobre os direitos da pessoa, isoladamente considerada.⁹²

Como se pode ver, o que as duas delegações buscavam defender é que, embora os direitos humanos fundamentais tenham a sua concepção internacional baseada em uma natureza humana comum a todas as pessoas, eles necessitam ser considerados no contexto e na dinâmica que adquirem ao se depararem com as realidades e particularidades nacionais e regionais. Isso importa em confrontar os valores morais insertos nos documentos internacionais com a variedade histórica, cultural e religiosa que está incorporada em cada civilização. A dificuldade disso, no entanto, pode ser ilustrada pela própria realidade das culturas asiáticas, pois, enquanto as Cartas de Direitos Humanos, como as da ONU, destacam o individualismo, colocando a preservação dos direitos da pessoa acima do Estado, das culturas e das crenças, a tradição asiática construiu a sua história milenar focada na superioridade dos interesses coletivos sobre as pretensões humanas individuais. Essa assimetria tem gerado fortes resistências e até hostilidade das populações asiáticas em relação à pretensa universalidade dos direitos humanos fundamentais, pois acusam essas Declarações internacionais de consolidarem a tentativa da imposição de uma moral estranha que não pertence à história desses povos.

⁹¹ Nas exatas palavras do Ministro das Relações Exteriores da Singapura: “*Universal recognition of the ideal of human rights can be harmful if universalis is used to deny or mask the reality of diversity.*”(SOUTH ASIA HUMAN RIGHTS DOCUMENTATION CENTRE, 2008, p. 6).

⁹² South Asia Human Rights Documentation Centre (2008).

A propósito, o cientista político americano Samuel Huntington prevê que, se as potências ocidentais não recuarem na sua concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, modificando a forma como têm tentado impor ao restante do mundo a sua visão cultural, haverá um irreversível “*clash of civilisations*” (*confronto de civilizações*)⁹³. Nesse sentido, Brown aduz que a única forma de evitar esse “*clash*” seria afastar o foco da alegação de um universalismo inerente a toda a humanidade, o qual é distante das peculiaridades de cada povo, e passar a criticar as práticas culturais violadoras da dignidade humana nos parâmetros morais e no contexto em que estão.⁹⁴ Nessa proposta, portanto, as ações e comportamentos de cada civilização somente poderiam ser interpretados dentro dos próprios termos dos valores morais, crenças e racionalidade que adotam, buscando-se, com isso, entendê-las de dentro para fora e não mais de fora para dentro como tem sido feito até agora pela política universalista ocidental. Essa prática se faz necessária porque cada povo possui a sua própria coerência, racionalidade e valores, razão pela qual somente se utilizando desses parâmetros específicos é que se alcança uma interpretação justa de suas práticas.

Baxi⁹⁵ acrescenta que as distintas visões culturais desenvolvidas ao longo da história da humanidade por cada povo demonstram com clareza que não existe um conjunto moral absoluto, abstrato e dissociado da história, que possa ser afirmado como superior e verdadeiro, baseado em uma razão humana universal que estaria acima de todas as especificidades culturais. Desse modo, a pretensa universalidade dos direitos humanos fundamentais seria impossível, pois os valores que os indivíduos aceitam aplicar em suas vidas são sempre aqueles diretamente relacionados com os contextos morais a que estão vinculados.

As ponderações trazidas por Baxi mostram que o conjunto de crenças e valores construídos por cada sociedade, os quais levam os seus membros a acreditarem que certas práticas são boas, adequadas e certas, podem não ser bem recebidas ou até mesmo serem completamente rejeitadas por outras culturas que não compartilham com os mesmos fundamentos morais. Isso ocorre, na lógica dessas ideias, porque os padrões e as regras morais estabelecidos por cada civilização somente podem ser legitimamente aplicáveis para os membros que a compõem, visto que eles revelam os ideais de vida eleitos por aquele grupo.

Para ilustrar a situação, cita-se o exemplo trazido por Taylor,⁹⁶ sobre o uso obrigatório do véu cobrindo o rosto das mulheres em algumas sociedades muçulmanas do Oriente Médio. Ele argumenta que aqueles grupos consideram errado uma mulher ter a sua face descoberta em frente a estranhos. Se o caso for

⁹³ Huntington (1996, p. 183).

⁹⁴ Brown (1999, p. 117)

⁹⁵ Nas palavras de Baxi (2006, p. 176): “*It is also being argued that universal human rights are simply impossible because what counts as ‘human’ and as rights belonging to humans are context-bound and tradition-dependent.*”

⁹⁶ Taylor (1967, p. 45).

avaliado nesse contexto cultural, a proibição é perfeitamente cabível e aceitável, uma vez que está de acordo com os valores morais construídos pelos membros daquela civilização. Por outro lado, não será errado uma mulher, fora daquele grupo cultural, ter a sua face desvelada em frente a estranhos, porque, em outros contextos morais, não existe essa proibição. Esse caso prático mostra que as duas situações citadas deixam de ser contraditórias quando consideradas no seu contexto cultural, não se podendo afirmar que uma está certa e a outra errada, pois qualquer julgamento fora do contexto moral a que pertencem será parcial e equivocado, haja vista que se estarão utilizando parâmetros de comparação alheios ao conjunto cultural de que fazem parte. Para Taylor,⁹⁷ na visão relativista cultural, qualquer um que busque usar as normas morais de um povo como base para o julgamento da conduta de pessoas de outras civilizações evidenciará que não compreende a natureza relativa das normas morais que conduzem os seres humanos.

O exemplo citado mostra como as posições relativistas culturais negam a possibilidade da existência de padrões morais que possam ser aplicados de igual forma para todas as pessoas, pois os valores que regem um povo serão sempre diferentes daqueles que são adotados por outros, já que distintas serão as influências que cada civilização recebe ao longo da história. Aliás, deve-se lembrar que o tempo também é responsável por promover mudanças dentro das próprias culturas, pois valores morais que antes eram considerados corretos para um povo, podem, com o passar dos anos, virem a ser considerados inadmissíveis. Um exemplo disso é a escravidão. Muitas sociedades tinham como perfeitamente aceitável essa prática no passado e, com o tempo, passou a ser incompatível com a dignidade humana, sendo hoje rejeitada moralmente por todas as sociedades.

Para Stace,⁹⁸ existem dois grandes argumentos em favor das teses relativistas culturais: 1º) a variedade de padrões morais na atualidade; e 2º) a ausência de uma fundamentação irrefutável que possa sustentar a existência de uma moral universal absoluta. No que concerne ao primeiro argumento, o autor sustenta que a grande diversidade de culturas no mundo, associada com o conhecimento acumulado pelos seres humanos até o século XXI, trouxe certo grau de tolerância entre as pessoas e, com ela, a própria consciência de que não se pode exaltar a própria moralidade como sendo a única verdade do mundo, acusando-se as demais de serem falsas ou inferiores. Isso decorre do fato de que hoje os indivíduos conseguem perceber que existem vários códigos morais adotados em diferentes civilizações do planeta, visto que a mundialização dos meios de comunicação de massa e o constante intercâmbio entre

⁹⁷ Nas palavras de Paul Taylor (1967, p. 45): “*Anyone who uses the norms of one society as the basis for judging the conduct of persons in another society, in the relativist’s view, simply does not understand the nature of moral norms as being ‘relative’, not ‘absolute.’*”

⁹⁸ Stace (1967, p. 54).

os povos, trazido pelo aperfeiçoamento dos meios de locomoção, têm permitido o contato e o contraste intercultural diário entre pessoas de diferentes tradições.

Quanto ao segundo argumento, Stace salienta que ninguém foi ainda capaz de demonstrar qual seria a fonte de uma pretensa universalidade moral e, tampouco, de onde derivaria a autoridade dessa moral.⁹⁹ Para o autor, uma obrigação moral trazida por um valor global implicaria a existência de uma autoridade que tivesse poderes para obrigar os indivíduos a seguirem aquele padrão internacional proposto. Contudo, as teses universalistas não indicam onde estaria essa autoridade, evidenciando a ausência de uma base de justificação para a obrigação moral veiculada a uma eventual norma de direitos humanos universais.¹⁰⁰

Deve-se registrar, porém, que as teses relativistas não apontam somente diferenças inconciliáveis entre as diferentes culturas hoje vigentes, pois seus defensores admitem que os diversos sistemas de crenças possam encontrar pontos de convergência sobre alguns valores. Todavia, diferentemente dos universalistas, os relativistas negam significado moral para esse consenso, aduzindo que eles não passam de mera coincidência e não implicam uma interculturalidade sobre crenças compartilhadas decorrente da natureza humana comum a todas as pessoas.¹⁰¹ Esse argumento reforça a ideia de que as razões para as crenças seguidas pelos membros de uma sociedade são encontradas internamente, no seu próprio sistema moral, afastando-se, assim, a possibilidade de elas decorrerem de uma suposta inerência metafísica comum a todos os seres humanos.

Parekh¹⁰² traz outro argumento relativista cultural muito utilizado para afastar a pretensão universal dos direitos humanos fundamentais que está no fato de que cada sociedade desenvolve, por meio da sua história, um conjunto de crenças que são o modelo de bem-estar e felicidade de seus integrantes. Essa matriz axiológica influencia profundamente a personalidade, o autoconhecimento, o temperamento e as aspirações dos seus membros, resultando na formação de um grupo que acaba compartilhando um específico estilo de vida, em que eles encontram o suporte psicológico e moral para a sua existência. Assim, a imposição de um conjunto de valores pretensamente universais que eventualmente viesse a se implantar nessas sociedades não traria nenhum benefício aos seus integrantes, mas, ao contrário, faria com que os indivíduos se sentissem profundamente desorientados. Por esses motivos é que não se poderia

⁹⁹ Stace (1967, p. 56) sustenta que: *“The second argument in favour of ethical relativity is a very strong one [...] It consists in alleging that no one has ever been able to discover upon what foundation an absolute morality could rest, or from what source a universally binding moral cod could derive its authority.”*

¹⁰⁰ Stace (1967, p. 56-57).

¹⁰¹ Parekh (1999, p. 128).

¹⁰² Nas exatas palavras de Parekh (1999, p. 129): *“Every society profoundly shapes the personality, self-understanding, temperament and aspirations of its members, and moulds them in a specific way. They are psychologically and morally equipped to live by these beliefs alone, and suffer a profound disorientation when required to live by others.”*

afirmar que as crenças ou tradições de um povo são erradas ou equivocadas, visto que, primeiro, não há como mensurar uma prática fora do contexto cultural em que está firmada e, segundo, elas são crenças fundadas na identidade e na moral construídas de acordo com as necessidades e peculiaridades de cada civilização.

Dentro da perspectiva relativista cultural, por conseguinte, a adoção de um universalismo moral traria para os seres humanos a imposição de um monismo de valores que estaria completamente dissociado da história que construíram como membros de uma civilização. O universalismo, assim, estaria abstraindo todas as influências culturais que pertencem a cada pessoa, para colocar em seu lugar uma razão pura e transcendental, acabando com a riqueza da diversidade que hoje existe entre os povos.

É justamente por esse motivo que os relativistas culturais insistem em afirmar que nenhum estilo de vida específico pode ser objetivamente classificado como o melhor ou o mais adequado a todas as pessoas, pois o conceito de uma vida boa e digna não se estabelece de forma dissociada da formação moral de cada indivíduo. Assim, as práticas e crenças de uma civilização não podem ser legitimamente destacadas do contexto histórico e axiológico a que pertencem, para serem objeto de julgamento e classificação, tendo como parâmetro de avaliação uma moral superior e abstrata.

Deve-se registrar ainda que muitos relativistas culturais têm defendido que a realidade da existência de um mundo multicultural, na qual as pessoas adotam percepções morais diferentes, de acordo com o meio social em que vivem, é algo hoje incontestável e claro para todas as nações.¹⁰³ Acrescentam que essa realidade é saudável porque permite o desenvolvimento de maior tolerância no que diz respeito à própria concepção dos direitos humanos, pois a consciência e a aceitação de que o mundo é formado por diferentes culturas permite a compreensão de que esses direitos podem ter interpretações e aplicações diversas. Assim, o último passo para a aproximação cultural e o respeito global dos direitos humanos fundamentais estaria na incorporação aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos, das diversas visões culturais que hoje são adotadas pelos povos formadores da grande comunidade terráquea.

4 CRÍTICAS ÀS TEORIAS RELATIVISTAS DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Conforme se viu até aqui, as teorias relativistas trazem importantes reflexões para a questão da forma como cada sociedade tem recebido os direitos humanos fundamentais e quais têm sido os motivos pelos quais algumas culturas encontram dificuldades em aceitar alguns valores morais insertos nas Declarações internacionais. Deve-se observar, contudo, que, embora os argumentos apresentados por seus

¹⁰³ Junger (1998, p. 56).

defensores sejam bastante fortes, percebe-se que existem vários problemas técnicos e lógicos nessas propostas, os quais ainda não foram superados por seus teóricos.

A primeira questão que pode ser apresentada contra as teses relativistas e que se mostra irrefutável, pela lógica de seu conteúdo, é que existem certas situações que são consideradas ruins e indesejáveis por todos os seres humanos, sem exceção, independentemente do seu contexto cultural. Nenhuma pessoa aceita espontaneamente, por exemplo, ser torturada, escravizada, violentada ou arbitrariamente executada. Essa resistência não depende de fatores culturais para existir, pois está vinculada à própria humanidade que é inerente e comum a todos os indivíduos.

De igual forma, Matilal¹⁰⁴ salienta que se pode relacionar uma série de fatos simples sobre necessidades, vontades e desejos, como, por exemplo, o desejo de afastamento do sofrimento, o amor, o orgulho, a vergonha e a felicidade que fazem parte da essência humana e que são encontrados em todas as pessoas indistintamente. Esses simples argumentos mostram a existência de algumas situações que são boas para todos os seres humanos e outras que são indesejáveis por todas as pessoas, independentemente da história e do contexto cultural a que pertencem, afastando-se, por conseguinte, as alegações relativistas no sentido de que não existiriam traços comuns que unem os seres humanos.

Isso não quer dizer que não haja diferenças entre os indivíduos, oriundas de sua formação moral e diretamente relacionadas com a história da civilização da qual fazem parte. As diferenças existem, mas elas não são capazes de suprir os elementos básicos e inerentes aos seres humanos que os diferenciam dos demais seres da natureza e que os fazem se unir em busca de realizações conjuntas que trouxeram à própria humanidade, como um todo, ao estágio em que ela se encontra atualmente.

A propósito, Booth¹⁰⁵ chega a afirmar que as teses que defendem a relativização dos direitos humanos fundamentais, baseadas nas peculiaridades culturais, buscam perpetrar uma tirania, no sentido de reduzir as explicações sociais e políticas que sustentam a universalização desses direitos para uma caixa-preta onde cada povo teria as suas referências exclusivas de identificação, fechando-se para toda e qualquer crítica contra práticas violadoras da dignidade humana.

No que se refere às teorias relativistas antropológicas, as quais defendem que os atributos éticos da natureza humana são resultado de um conjunto de influências sociais, morais, políticas e econômicas, específicos e assimétricos que impedem qualquer tentativa de elaboração de uma moral universal, percebe-se que

¹⁰⁴ Matilal (1989, p. 357) destaca que: *“The common dispositions, constitutive of the concept of ‘the naked man’, may be recognized as numerous simple facts about needs, wants, and desires, for example, removal of suffering, love of justice, courage in the face of injustice, pride, shame, love of children, delight, laughter, happiness.”*

¹⁰⁵ Para Booth (2003, p. 36): *“The tyranny of cultures expresses itself as culturalism, by which I mean the reduction of social and political explanations to culture and to the black-boxing of cultures as exclusivist identify-referents.”*

apresentam três inconsistências: a um, impedem a comparação ética entre as culturas e as sociedades, dificultando a aproximação cultural e a própria coexistência pacífica entre os povos; a dois, supervaloram as especificidades das sociedades, exagerando sobre a sua natureza autossuficiente de cada cultura baseada em valores sociais e morais incorporados, desconsiderando, com isso, o mix cultural que hoje existe dentro de praticamente todas as sociedades; e a três, privilegiam as tradições culturais acima do próprio desenvolvimento da dignidade humana, mantendo no *status quo* os privilégios de minorias que controlam certos povos.

O primeiro problema que as teses relativistas antropológicas apresentam está no fato de que buscam restringir o contraste entre as culturas, sustentando que os valores adotados por um povo somente podem ser analisados à luz de suas próprias tradições. A inconsistência dessa ideia é que o contato e a comparação entre as diferentes práticas sociais têm sido uma rica forma de intercâmbio cultural, de aperfeiçoamento e evolução dos seres humanos ao longo da história, uma vez que permitem a cada indivíduo conhecer mais a respeito de si mesmo, contrastando as suas crenças e valores com outras pessoas e culturas. Tanto é assim que, para McNeill,¹⁰⁶ a incorporação adaptada de ideias e práticas estrangeiras em diferentes civilizações ao longo da história tem sido mais importante para o desenvolvimento dos povos do que as próprias alterações comportamentais promovidas internamente em cada nação.

Assim, observa-se que o isolamento cultural e a ausência de contraste com as práticas morais de outras civilizações, da forma como é proposta pelos relativistas antropológicos, levariam os povos a se estagnarem e a se distanciarem, impedindo a evolução e a consciência global sobre a necessidade de respeito e proteção dos direitos humanos fundamentais. Veja-se que não se está aqui falando em uniformização moral, mas da necessidade de contrastes culturais e contatos com diferentes visões que permitam aos povos, como um todo, reverem constantemente suas tradições, aprendendo com os erros e acertos de outras civilizações, para, com isso, poderem ampliar cada vez mais a realização e o respeito da dignidade humana em suas realidades culturais.

A segunda inconsistência das teses relativistas antropológicas é que elas desconsideram a miscigenação cultural que existe hoje, dentro de praticamente todas as sociedades, apresentando um hipotético modelo de sociedade impermeável, de *cultura autêntica*, sustentada exclusivamente nos valores morais que seus integrantes construíram de forma específica e isolada ao longo de sua história. Sustentam que os padrões e valores morais são relativos à cultura da qual derivam e, assim, o que é visto como direito humano para um povo, muitas vezes é considerado até mesmo

¹⁰⁶ Nas palavras de McNeill (1997, p. 21): “*When local habits and customs have been threatened, ‘withdrawal and reaffirmation’ have been the first and most elemental reactions; however, history shows that borrowing ‘foreign ideas and practices’ and adapting them to local use has been far more important.*”

antissocial para outro. Além disso, defendem que não existe ainda justificção moral absoluta sob um rol de direitos que possam ser aceitos por todas as civilizações.

Booth se opõe a esses argumentos, afirmando que essas teorias levam a uma falsa visão do mundo, já que o isolamento cultural que propõem não condiz com a realidade histórica da própria humanidade, marcada por transições e transformações constantes.¹⁰⁷ É que os indivíduos, como seres sociais que são, vivem por meio de suas relações, agindo e reagindo uns com os outros de forma que esse processo resulta na criação, alteração e até na exclusão de certos valores e práticas sociais.

Ademais, não se pode ignorar o fato de que as culturas modernas apresentam elevado grau de porosidade, decorrente da penetração constante e ininterrupta de informações e novos modelos morais e sociais disseminados pelos meios de comunicação em massa, principalmente a internet, a televisão, o rádio e os jornais, os quais, aliados à globalização da economia, culminam por germinar em cada povo a inclusão de novos valores quase que diariamente. Note-se que, há cinquenta anos, um fato relevante ocorrido no Oriente Médio, no Japão ou em algum país da América Latina dificilmente chegaria ao conhecimento de toda a comunidade internacional, limitando-se a impactar e a influenciar tão somente as comunidades locais e vizinhas de onde se originou. Naquela época, as nações viviam isoladas em suas peculiaridades culturais, sob a influência quase exclusiva dos fatos ocorridos em seu interior.

Essa realidade, contudo, mudou. Hoje, um fato que ocorre no Oriente Médio, em poucos minutos se espalha por praticamente todos os países do mundo através da internet e dos demais meios de comunicação em massa. Além disso, o mercado financeiro globalizado reage instantaneamente a todo e qualquer fato político, econômico, social e cultural ocorrido no seio de cada sociedade, trazendo repercussões que acabam por atingir uma grande parte de nações que sequer têm ligação direta com os países de onde os fatos se originaram.

Nesse sentido, vale lembrar a recente crise do setor imobiliário norte-americano, ocorrida em 2007,¹⁰⁸ a qual, ainda que tenha sido um problema local daquele Estado, provocou um problema de liquidez no sistema financeiro internacional, gerando retração de crédito em praticamente todos os países e, por conseguinte, a redução do nível de consumo de bens e serviços e o conseqüente aumento do índice de desemprego. As notícias desse fato isolado, acompanhadas das causas, explicações e possíveis soluções, circularam em tempo real nos meios de comunicação e na internet em praticamente todos os países do mundo, fazendo com que os diferentes povos tomassem conhecimento sobre os desdobramentos que esses fatos tiveram em diferentes civilizações. Também circularam no mundo as diferentes formas como os países enfrentaram os efeitos dessa crise mundial, buscando-se a reunião

¹⁰⁷ Booth (2003, p. 37).

¹⁰⁸ Entenda (2007). Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u320606.shtml>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

de forças para soluções comuns. Esse ponto de contato mundial trouxe obviamente reflexões e contrastes de valores morais entre os diferentes povos, evidenciando que os problemas trazidos pelo mundo globalizado interligaram as civilizações de tal forma que não existe mais espaço para o isolamento cultural.

Esse exemplo deixa claro também que as *culturas autênticas* desapareceram, já que hoje todas as tradições são, de uma forma ou de outra, influenciadas pelos acontecimentos globais que a civilização moderna enfrenta de forma coletiva. Isso ocorre porque problemas comuns acabam gerando soluções compartilhadas, surgidas de diferentes visões sobre as formas de enfrentamento de problemas que afetam a todos, fato que leva à permeação e ao intercâmbio de valores morais entre os diferentes povos. Vale aqui lembrar as considerações de Carrither,¹⁰⁹ o qual defende a necessidade de uma remontagem sobre a forma como se percebe a sociedade humana moderna, visto que ela não possui mais fronteiras nítidas, tampouco tradições inalteráveis.

No mesmo sentido é o posicionamento de Nickel,¹¹⁰ para quem o conjunto de influências trazido pela globalização tem criado combinações de crenças, práticas e compromissos que se inseriram na pauta de praticamente todas as civilizações, passando a fazer parte de uma nova cultura mundial, na qual não existe mais espaço para um alegado isolamento moral. No quadro contemporâneo, a dinâmica social se altera diariamente, incorporando novos valores decorrentes do conjunto formado pelas legiões de viajantes, pelos movimentos migratórios, pelos sistemas globais de comunicação e pelo próprio trabalho conjunto que os países vêm desenvolvendo perante a Organização das Nações Unidas. Observe-se que, embora esse organismo internacional ainda não tenha alcançado o consenso e o respeito de todas as nações, em especial no que se refere às grandes potências, tem se agigantado em importância na política internacional, pois é, atualmente, a instituição que reúne em seu interior a quase totalidade de nações do mundo.

A terceira inconsistência das teses relativistas antropológicas está no fato de que normalmente aqueles que as utilizam para defender uma pretensa autenticidade de valores culturais são justamente os que buscam se manter abusivamente no poder, sob protestos dos membros de sua própria sociedade e à custa da subjugação de valores humanos que traspassam qualquer especificidade regional, mostrando que a questão é mais política do que cultural.¹¹¹ Desse modo, percebe-se que essas teses, muitas vezes, transformam a tradição dos povos em refém dos interesses de elites

¹⁰⁹ Carrither (1992, p. 32-33).

¹¹⁰ Nas palavras de Nickel (2007, p. 169): “*Globalization and its accompanying set of transnational influences create unlikely combinations of beliefs, practices, and commitments. The world’s countries and cultures are not isolated, insulated, and homogeneous.*”

¹¹¹ Booth (2003, p. 38) afirma que: “*We hear about ‘the Islamic position’ or ‘Asian values’, but who speaks for Islam, or Asia? Invariably, when it comes to cultures, it is the loudest, the most powerful or the most fundamentalist who speak, and claim authenticity. Authenticity becomes not simply a cultural matter: it becomes profoundly political.*”

políticas ou religiosas que buscam se manter no poder, distanciando-se dos valores morais da própria cultura que querem defender, tornando-se, por isso, insustentáveis eticamente, pois deixam de representar uma tradição, à medida que colocam intenções pessoais acima da coletividade a que pertencem.

Aliás, é importante ressaltar que grande parte das violações de direitos humanos fundamentais não são legitimamente respaldadas por nenhuma cultura ou religião atualmente vigente, resultando mais dos interesses privados de certos grupos do que da própria tradição em si.¹¹² Para ilustrar essa afirmação, veja-se que os ataques do grupo terrorista al-Qaeda aos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, por exemplo, não encontram qualquer respaldo na cultura muçulmana, cujas leis religiosas não admitem ações daquela natureza. De igual forma, as vergonhosas torturas perpetradas por soldados americanos a civis e a prisioneiros, em 2005, durante a guerra no Iraque, também não são admitidas nas tradições dessa civilização, seja sob o aspecto legal, seja sob o aspecto religioso cristão que adotam.

Esses dois exemplos deixam claro que as violações de direitos humanos fundamentais não estão tão fortemente relacionadas às tradições e à diversidade cultural em si, mas no seu uso abusivo e indevido que alguns grupos fazem para manter situações de violência e degradação humana. É justamente por esse motivo que Cox¹¹³ chega a afirmar que todos os tradicionalismos (diferentemente das tradições de um povo) têm sido usados na atualidade para *alguém* ou para *algum* propósito.

No que se refere às teses relativistas epistemológicas que sustentam não ser possível a implantação de direitos humanos universais, em razão da existência de certos antagonismos culturais decorrentes de profundas justificações para as práticas morais de cada povo, as quais sistematizam os seus vínculos, relações e estilo de vida, observa-se que também se mostram inconsistentes. É que praticamente todas as civilizações da atualidade têm participado da elaboração de documentos internacionais sobre a proteção de direitos humanos fundamentais, como a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Internacional sobre direitos Econômicos Sociais e Culturais, promulgadas pela Organização das Nações Unidas, em 1966, e ratificadas por mais de 172 países.¹¹⁴ Essas ratificações evidenciam a formação de uma cultura internacional e transcultural sobre os direitos humanos fundamentais que passaram a fazer parte dos conjuntos de valores morais adotados em diferentes sociedades. Assim, não se pode aceitar, na atualidade, que alguma civilização, por exemplo, defenda a tortura, a escravidão e o genocídio, sob o argumento de serem epistemologicamente pertencentes às suas práticas tradicionais.

¹¹² Finnis (2000, p. 249).

¹¹³ Nas palavras de Cox (1981, p. 128): “*All traditionalism is for somebody or for some purpose.*”

¹¹⁴ Perry (1998, p. 72).

Observe-se que seria um ceticismo ético equivocado imaginar que a integração internacional existente entre os povos na atualidade não possa levar a um diálogo intercultural em que práticas tradicionais violadoras dos direitos humanos fundamentais não possam ser interrompidas pela análise racional de suas consequências para as vítimas dessas ações. Não seria crível pensar, por exemplo, que o fato de duas sociedades divergirem quanto ao genocídio ou à escravidão, no sentido de eles serem um direito ou uma violação, não possa levar a uma visão correta ou esclarecida sobre esse assunto moral. Isso implica aceitar que poderá haver fatos concretos em que a visão de uma sociedade poderá ser mais correta que as crenças morais de outra.

Taylor¹¹⁵ lembra que as crenças são inicialmente construídas a partir das sociedades em que os seres humanos se desenvolvem e que elas passam por mudanças à medida que os indivíduos têm a possibilidade de ampliar os seus horizontes conhecendo outras culturas e crenças. Assim, esse contraste tornará evidente que práticas, como o genocídio e a escravidão, por exemplo, são inadmissíveis entre os seres humanos, pois eles são possuidores de certos atributos inalienáveis, decorrentes da humanidade comum que possuem, os quais tornam intolerável a perpetração de certas atitudes que pessoa alguma no mundo gostaria de ser impelida a sofrer, seja qual for a sua cultura, crença ou religião.

Por fim, no que diz respeito às teorias relativistas culturais, as quais defendem que a única fonte válida dos direitos humanos fundamentais estaria nos valores morais adotados por cada sociedade, rejeitando outros construídos fora do seio de cada civilização, percebe-se que também apresentam sérias inconsistências. Como já se disse anteriormente, esse tipo de argumento serve somente aos governos e ditadores que querem manter práticas opressivas sobre suas vítimas, rejeitando qualquer valor universal sob o pretexto de preservar tradições morais que os mantêm no poder. Além disso, como bem destaca Parekh,¹¹⁶ as culturas não existem por elas mesmas, pois, sendo a forma moral como uma sociedade que compreende e organiza a vida humana em grupo, elas influenciam e sofrem profundas influências da economia, do seu estágio de desenvolvimento tecnológico e dos arranjos políticos internos e internacionais.

Outro forte argumento contra o relativismo cultural está no fato de que as sociedades não são homogêneas em suas culturas, haja vista possuírem várias subculturas internas, o que as leva a estarem em permanente mudança, decorrente das próprias pressões internas de seus integrantes. Isso ocorre porque nem sempre o sistema e as práticas morais vigentes serão bons para todas as pessoas que vivem

¹¹⁵ Taylor (1967, p. 46).

¹¹⁶ Para Parekh (1999, p. 134): “*Culture does not exist by itself. It is the way a society understands and organises human life, and both influences and is deeply influenced by the economy, the state of technological development and the political arrangements of the society at large.*”

em um grupo social. Essa realidade faz desaparecer o argumento de que as culturas são específicas e estanques e que não podem contribuir ou receber contribuições que venham a acarretar mudanças morais sobre práticas tradicionais que estejam violando os direitos humanos fundamentais.

Parekh¹¹⁷ ilustra essa questão com o exemplo dos regimes de castas adotado na Índia, o qual é considerado bom para os indivíduos que ocupam as castas mais elevadas, que têm acesso a bens, serviços e a um conjunto de direitos que lhes abrem diversas possibilidades na sociedade em que vivem. Contudo, as pessoas que vivem nas castas inferiores e que não têm dentro desse sistema acesso às mesmas oportunidades, sendo regidos por normas que lhes impõem uma série de restrições, têm realizado várias críticas, chegando, inclusive a se converter ao Islamismo e ao Cristianismo, na busca de receberem melhor tratamento. Tal situação mostra como as práticas culturais não são imunes a críticas internas e a influências externas, encerrando qualquer argumento relativista que venha a defender que a única fonte válida para os direitos humanos fundamentais estaria nas especificidades encontradas em cada povo.

4 CONCLUSÃO

Por todos os argumentos expostos neste artigo, vê-se que a solução para a questão do respeito global dos direitos humanos fundamentais não está necessariamente em escolher entre as teorias universalistas ou relativistas, mas em abrir o diálogo intercultural, pautado no respeito mútuo e na compreensão de que essa categoria de direitos possui dimensões próprias que contemplam tanto o universalismo quanto o relativismo. Para que isso seja possível, porém, a aceitação das diferenças e o respeito à dignidade humana devem vir antes do relativismo e do universalismo.

Nesse sentido, deve-se lembrar que as Declarações de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, da Organização dos Estados Americanos, da União Europeia, do Islã, da Liga dos Estados Árabes e dos Povos Africanos mostram que hoje existe o início de uma grande convergência entre todas as civilizações, no que diz respeito à necessidade de proteção dos direitos humanos fundamentais. Está evidente também, pela leitura desses documentos internacionais, que existem significativas divergências sobre importantes áreas, em especial sobre liberdade de religião, expressão e associação, direitos políticos, sociais e econômicos, direitos de igualdade e não discriminação da mulher, além da questão da importância dos direitos coletivos e a sua relação de predominância ou não sobre os direitos individuais.

A análise sobre as diferentes culturas e religiões atualmente vigentes deixa claro que cada uma delas apresenta uma perspectiva particular sobre esses assuntos.

¹¹⁷ Parekh (1999, p. 135).

Alguns países com tradições coletivas, por exemplo, têm fortes resistências em aceitar liberdades pessoais, as quais são entendidas como sendo parte de excessivo individualismo.¹¹⁸ Os povos que adotam a religião como lei fundamental e responsável por organizar toda a vida política, econômica e social têm sérias dificuldades em aceitar direitos políticos e algumas liberdades de expressão e associação. Outras culturas que colocam as mulheres em situação de submissão aos homens, fechando oportunidades para a sua participação ativa na sociedade e na política, apresentam resistências em reconhecer a igualdade entre homens e mulheres como direito humano fundamental. Sociedades liberais, por sua vez, apresentam diferentes níveis de intolerância aos direitos coletivos e às consequentes limitações que devem ser impostas aos direitos individuais.

Esse quadro de antagonismos que culminou por dividir os direitos humanos fundamentais em duas grandes correntes filosóficas, os universalistas e os relativistas, tem criado tensões cada vez mais sérias e perigosas entre os dois grupos, que passaram a realizar acusações mútuas sobre os abusos que cada posição pretende impor. Se, de um lado, os universalistas denunciam os relativistas por usarem as restrições culturais a fim de manterem práticas violadoras dos direitos humanos fundamentais e manterem algumas elites totalitárias no poder, de outro, os relativistas levantam a questão da tentativa que os universalistas têm feito, nas últimas décadas, da imposição de um imperialismo cultural ocidental, baseado nos valores morais liberais, que buscam beneficiar economicamente as grandes potências mundiais do Atlântico Norte. Acrescentam, ainda, que o universalismo tem sido utilizado como justificativa para a invasão e a subjugação de países que se opõem às políticas econômicas do Ocidente, fato que tem acarretado a própria violação dos direitos de não intervenção na autonomia dos povos.

Esse confronto torna evidente que a solução para a questão do respeito e da efetividade dos direitos humanos fundamentais não está na simples adoção de uma ou outra posição, visto que, embora se possam extrair importantes argumentos de ambos os lados, percebe-se que, pelos motivos relacionados, mostram-se insuficientes para garantir o reconhecimento e a proteção que esses direitos necessitam receber em todas as civilizações.

REFERÊNCIAS

ALSTON, Philip. The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. *International Journal of Law and the Family*, n. 8, p. 9-23, 1994.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. lições de filosofia do direito e do estado. Tradução Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹¹⁸ Nickel (2007, p. 170).

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Impactos Sociais da Globalização e Direitos Humanos. In: CECATO, Maria Aurea Baroni. et al. *Estado, Jurisdição e Novos Atores Sociais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BARRETTO, Vicente. *O Fetiche dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAXI, Upendra. *The Future of Human Rights*. 2. ed. New Delhi: Oxford University Press, 2006.

BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies. In: WALDRON, Jeremy. *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London: Methuen, 1987.

_____. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BERNSTEIN, David E. Defending the First Amendment From Antidiscrimination Laws. In: *North Carolina Law Review*, v. 82, p. 223-248, 2003-2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOOTH, Ken. Three Tyrannies. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRENNAN, Katherine. The Influence of Cultural Relativism on International Human Rights Law: Female Circumcision as a Case Study. *Law and Inequality*, n. 7, p. 367-398, 1989.

BROWN, Chris. Universal Human Rights: a Critique. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

BROWN, Lester R. *Eco-Economy – Building na Economy for the Earth*. New York: Earth Policy Instituto, 2001.

CARRITHER, Michael. *Why Humans Have Cultures. Explaining Anthropology and Social Diversity*. New York: Oxford University Press, 1992.

COX, Robert W. Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory. *Millennium Journal of International Studies*, v. 10, n. 2, p. 126-155, jun. 1981.

CROCE, Benedetto. *Declarações de Direitos – Benedetto Croce, E. H. Carr, Raymond*

Aron. 2. ed. Brasília, Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

_____. The Rights of Man and the Present Historical Situation. In: UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973.

ENTENDA a Crise com o Mercado Imobiliário nos EUA. *Folha on line*, São Paulo, 16 ago. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u320606.shtml>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

FINNIS, John. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução Cristóbal Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

GERARD, Ralph Waldo. The Rights of Man: a Biological Approach. In: UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of Right*. Tradução S.W. Dyde. Kitchener: Batoche Books, 2001.

HERSKOVITS, Melville Jean. Statement on Human Rights: Submitted to the Commission on Human Rights, United Nations by the Executive Board, American Anthropological Association. In: *American Anthropologist*, New Series, v. 49, n. 4, p. 539-543, out./dez. 1947.

HUMTINGTON, Samuel. *The Clash of Civilisations and the Remarking of Worl Order*. New York: Touchstone, 1996.

IGLESIAS, Miguel Ángel Gonzáles. Domingo de Soto: Su Pensamiento Político – Las Dificuldades Planteadas com la Conquista de América. In: PASIN, João Bosco Coelho (Org.). *Culturalismo Jurídico. São Paulo 450 anos: Seminário Brasil Espanha*. Brasília, DF: Instituto Tancredo Neves, 2004.

JUNGER, Peter D. Why the Buddha Has no Rights. In: KEOWN, Damien V.; CHARLES, S. Prebish; WAYNE, R. Husted. *Buddhism and Human Rights*. Cornwall: Curzon, 1998.

KIMBALL, Roger. Tenured Radicals. In: *New Criterion*, p. 2-15, jan. 1991.

LEWIS, John. On Human Rights. In: UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973.

LUKES, Steven. Five Fables about Human Rights. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993.

Narciso Leandro Xavier Baez

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984.

MACKINNON, Catharine A. *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

MARX, Heinrich Karl. On the Jewish Question. In: WALDRON, Jeremy. *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London: 1987.

MATILAL, Bimal Krishna. Ethical Relativism and Confrontation of Cultures. In: KRAUSZ, Michael. *Relativism: Interpretation and Confrontation*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1989.

MCNEILL, William H. *Decline of the West?* New York: Review of Books, 1997.

MORSINK, Johannes. The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Itent. *The American Journal of International Law*, University of Pennsylvania Press, v. 94, p. 600-603, 2000.

MURITHI, Tim. Ubuntu and human rights. In: SMITH, Rhona K. M.; ANKER, Cristien van den. *The essentials of human rights*. London: Oxford University Press, 2005.

NICKEL, James W. *Making Sense of Human Rights*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.

PAREKH, Bhikhu. Non-Ethnocentric Uniersalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

PAYUTTO, Prayudh A. *A Buddhist Solution for the Twenty-First Century*. Bangkok: Sahathammik, 1994.

PERRY, Michael J. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. New York: Oxford University Press, 1998.

PLATÃO. *Teeteto*. Tradução Adriana Manuela Nogueira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkia, 2005.

POUMARÉDE, Jacques. Enfoque Histórico do Direito das Minorias e dos Povos Autóctones. In: ROULAND, Norbert. *Direito das Minorias e dos Povos Autóctones*. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2004.

ROBINET, Isabelle. *Taoism: Growth of a Religion*. Stanford: Stanford University Press, 1997.

RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentalisty. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993.

SOUTH ASIA HUMAN RIGHTS DOCUMENTATION CENTRE. *Human Rights and Humanitarian Law*. Developments in Indian and International Law. New Delhi: Oxford University Press, 2008.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo; KRETSCHMANN, Ângela. A universalidade dos direitos humanos no discurso internacional: o debate continua. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

STACE, Walter Terence. Ethical Relativity. *Problems of Moral Philosophy: An Introduction to Ethics*. New York: Dickenson Publishing Company Inc., 1967.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism. Examining The Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

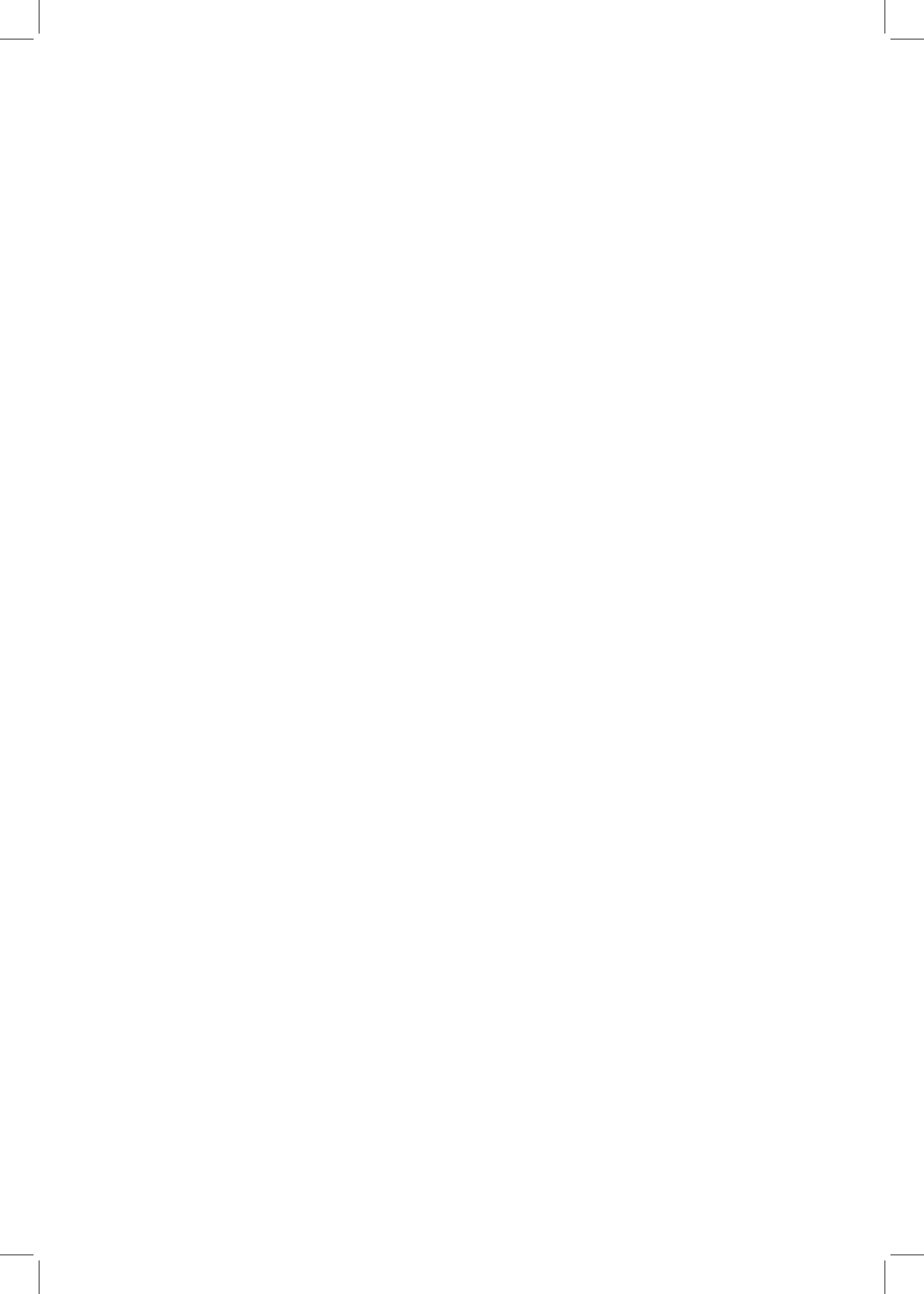
_____. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

TAYLOR, Paul W. *Problems of Moral Philosophy: An Introduction to Ethics*. New York: Dickenson Publishing Company Inc., 1967.

UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973.

WATERFIELD, Robin. Protagoras and the Challenge of Relativism: Plato's Subtlest Enemy. 3. ed. *The Heythrop Journal*, v. 50, Issue 3, p. 509-510, 2009.

WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Fontana Press, 1985.



I DIRITTI IN ITALIA TRA UNIONE EUROPEA, STATO E REGIONI

Alessandro Sterpa*

1 DALLA FORMA DI STATO ALLA FORMA DI ORDINAMENTO

La dottrina italiana ha tradizionalmente individuato nel concetto di *forma di stato* lo strumento teoretico per analizzare i rapporti esistenti tra gli elementi costitutivi dello Stato¹ e, quindi, tra l'autorità e la libertà, ossia tra la sfera del potere pubblico e i soggetti destinatari degli atti con i quali si esercita formalmente il potere.²

Il tema dei diritti, collocato all'interno della categoria dogmatica della forma di stato, sconta però il dato per cui il concetto teorico di riferimento è stato definito con riguardo alla forma di organizzazione del potere di tipo statale, tant'è che – per la dottrina maggioritaria – la narrazione della vicenda storica della forma di stato inizia con l'affermarsi dello Stato assoluto,³ relegando così la realtà prestatata fuori da questo cammino e qualificandola come estranea al concetto della forma di stato.⁴

Il punto è che, mentre il tema del rapporto tra potere e libertà nel tempo è rimasto inalterato nella sua struttura relazionale quale paradigma generale di lettura di un ordinamento giuridico, il potere pubblico ha smesso di coincidere con il concetto di Stato e si è de-statalizzato, componendosi e dispiegandosi in una serie via via più complessa di ordinamenti giuridici territoriali a fini generali, sia posti al di sopra dello Stato che collocati al suo interno.⁵

* Pós-doutor pela Universidade de Bremen (Alemanha); Doutor em Teoria do Estado e Instituições políticas comparadas (Sapienza – Università di Roma); Professor e pesquisador do Departamento de Ciência Política da Sapienza – Università di Roma, onde leciona Instituições de Direito Público e Direito Ambiental; Autor de vários trabalhos sobre direito público, direito constitucional e direito da União Europeia.

¹ G. U. RESCIGNO, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. Giur.*, Roma, Treccani, 1989, *ad vocem* parla di “modo di essere dello Stato considerato nel suo insieme rispetto ai suoi elementi costitutivi (oppure, detto diversamente, che descrive il rapporto o i rapporti fondamentali tra lo Stato, visto come unità sintetica, e i suoi elementi costitutivi essenziali)” (p. 1).

² L'analisi delle forme di dominio politico, come ricorda M. VOLPI (*Libertà e autorità*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 11) non sono state per molto tempo distinte, solo la dottrina più recente ha costruito la dicotomia forma di stato – forma di governo; tuttavia, la loro distinzione netta appare ancora in discussione se si pensa che lo stesso fenomeno del federalismo-regionalismo è imputato da alcuni alla forma di Stato, ad altri a quella di Governo, ad altri ancora alla tipologia di Stato (F. LANCHESTER, *Stato, forme di*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 796 e ss.).

³ N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 57-66; G. AMATO, in *Forme di Stato e forme di governo*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 32-36; C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973, pp. 9-12; M. Volpi, *op. cit.*, pp. e ss.; C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo*, Napoli, Novene, 2006, pp. 25 e ss.; H. HELLER, *Dottrina dello Stato* (1934), Napoli, Esi, 1988, p. 195.

⁴ Tema sollevato da G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 10 e da F. LANCHESTER, *Stato, forme di...cit.*, pp. 797 e ss.

⁵ Si tratta del fenomeno della trasformazione del potere nei processi di *governance* (nella sua dimensione multilivello) intesa non come semplice *government*.

Ciò è avvenuto in modo più incisivo che nel passato⁶ in ragione del fatto nuovo della crescente comune legittimazione democratica degli ordinamenti giuridici; la sovranità popolare, fonte legittimante in via diretta o indiretta le forme attive e democratiche del potere, “lungi dall’esaurirsi nel Parlamento nazionale”⁷ (quindi nella struttura statale del potere), si è dispiegata anche nella dimensione comunitaria e in quella sub-statale;⁸ cosicché anche in questi casi, oltre che per il potere centrale, si è venuto ad instaurare un rapporto tra la libertà degli individui e l’azione dei pubblici poteri, per di più legittimato in via democratica.

Il dispiegarsi legittimante della sovranità popolare, nonostante i tentativi di arginare il fenomeno da parte della Corte costituzionale (in Italia, sentenza n. 375 del 2007,⁹ ma l’approccio “statocentrico” è evidente anche nella sent. n. 301 del 2007), ha permesso la costruzione di una serie articolata e coordinata di relazioni tra l’individuo ed il potere costringendo la dottrina a modificare (de-statalizzandolo) il rapporto.

Oggi la libertà dell’individuo si rapporta in termini dialettici non più con il solo potere statale, ma con le diverse forme del potere pubblico, sia negli ordinamenti giuridici sovra-nazionali che in quelli sub-nazionali. Si tratta del tema della struttura (e della tutela) multilivello dei diritti¹⁰ che, pur assumendo caratteri propri più nella dimensione sopranazionale che in quella interna (almeno in Italia), costituisce la conseguenza della disarticolazione del potere e della partecipazione dell’individuo a numerosi ordinamenti giuridici territoriali a fini generali; ordinamenti quindi tutti in potenza capaci di incidere sulla sua condizione soggettiva e di modulare lo spazio della sua libertà, disciplinando sia direttamente le posizioni giuridiche soggettive che l’agire giuridicamente rilevante.¹¹

Una risposta a questo mutamento della struttura del potere è venuta dalla dottrina che ha costruito la categoria del *tipo di stato*, espressione con la quale si individua la “modalità di volta in volta prescelta per ripartire le funzioni pubbliche fra

⁶ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Prolusioni e discorsi accademici*, Modena, 1931, pp. 69-86 ed in *Riv. Dir. Pub.*, 1910, pp. 87 e ss.; ID., *Oltre lo Stato*, in *Prolusioni ...cit.*, p. 89; ID., *L’ordinamento giuridico*, Pisa, Mariotti, 1917.

⁷ Corte costituzionale, sent. n. 106 del 2002, sulla quale B. CARAVITA, *Quando al destino non corrisponde il nome: i Consigli regionali tra sovranità popolare e integrazione europea in federalismi.it*, 2002.

⁸ B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 25 e ss.

⁹ B. CARAVITA, *Il tabù della sovranità e gli “istituti tipici di ordinamenti statuali di tipo federale in radice incompatibili con il grado di autonomia regionale attualmente assicurato nel nostro ordinamento costituzionale” in federalismi.it* n. 22 del 2007.

¹⁰ B. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2004; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 439 e ss.; O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo Stato fra “diritto internazionale dei diritti umani” e “integrazione costituzionale europea”* in R. NANIA, P. RIDOLA, a cura di, *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2001 (II. ed. 2006) pp. 89 e ss.

¹¹ Tema che intercetta la divisione tra diritto pubblico e diritto privato, C. MORTATI, *Istituzioni ...cit.*, p. 41; cfr. M. WEBER, *Economia e società* (1922), Torino, Edizioni di Comunità, 1995, p. 1, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001.

enti territoriali.”¹² Il concetto di tipo di stato, tuttavia, coglie il profilo dell’articolazione del potere, ma da un punto di vista statale e rimane fedele ad una lettura del rapporto tra autorità e libertà racchiusa nella cornice statale; tale concetto è il sintomo di una trasformazione della quale però non coglie gli aspetti più radicali.

La sempre maggiore affermazione di modelli di esercizio del potere pubblico di tipo autonomistico (a poco vale associarvi il *nomen iuris* di regionalismo, federalismo o altro¹³) pretende un nuovo strumento di analisi, capace di isolare e descrivere il rapporto che si costruisce tra l’autorità e la libertà in qualunque ordinamento territoriale a fini generali; si tratta di concentrare l’osservazione sulla dinamica relazionale tra l’individuo e il potere in ogni ordinamento giuridico costruendo una categoria più ampia della forma di stato e che potremmo definire quella della *forma di ordinamento*.

Guardando alla forma di ordinamento diviene così possibile leggere il rapporto tra l’autorità e la libertà in ogni contesto storico, prescindendo – a ritroso – dalla nascita dello Stato modernamente inteso e – in avanti – dalla trasformazione (o crisi) dello Stato in atto nella seconda modernità.¹⁴

Il giurista può in questo modo dotarsi di una lente adeguata a cogliere, nella diversità delle esperienze storiche,¹⁵ il dato che interessa analizzare, prescindendo dal tempo (libertà degli antichi e dei moderni¹⁶) e dal luogo nel quale esso si manifesta (*multilevel governance*); diviene così più facile anche cogliere i profili di mutamento dei diritti con riguardo all’aggiornamento della tavola, alla diversificazione della loro disciplina, alla differenziazione del grado di tutela, alle trasformazioni interne ai diritti stessi originate ad esempio dallo sconvolgimento della tecnica¹⁷ o dalle diversità delle singole comunità politiche.

¹² C. PINELLI, *op. cit.*, p. 194, G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 10, F. LANCHESTER, *Stato (forme di)...cit.*, pp. 802 e ss. che parla anche di “regime politico”.

¹³ B. CARAVITA, *Lineamenti...cit.*, p. e ss. e ID., *The italian challenge between federalism and subsidiarity in federalism*, *it n.* 5 del 2010.

¹⁴ Crisi che, come sottolineato dalla dottrina più attenta, non vuol dire scomparsa, ma mutamento di funzione. Così, B. CARAVITA, sottolinea come lo Stato sia divenuto *pivot* delle competenze che distribuisce verso l’alto (Ue) e verso il basso (autonomie locali) sulla base del principio di sussidiarietà (ID., *The italian...cit.*) e G. MIGLIO fornisce una lettura della crisi dello Stato nei termini di una trasformazione della sua funzione (ID., *Genesi e trasformazioni del termine-concetto di Stato*, Brescia, Morcelliana, 79-84).

¹⁵ Questione che ha portato alcuni studiosi a suggerire di ampliare lo spettro di azione del concetto di Stato la fine di ampliare lo spazio di azione dello strumento di analisi; cfr. F. LANCHESTER, *op. cit.*, e G. U. RESCIGNO, *op. cit.*.

¹⁶ Il rinvio è ovviamente al discorso di B. CONSTANT pronunciato all’*Athénée royal* di Parigi nel 1819 in ID., *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 3 e ss.; cfr. anche G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali* (1978), Bari-Roma, Laterza, 2001; ricorda J. S. MILL che “la lotta tra libertà e autorità è il carattere più evidente dei primi periodi storici di cui veniamo a conoscenza” (ID., *Saggio sulla libertà* (1858), Milano, Il Saggiatore, 2002, p. 3).

¹⁷ Per usare le parole di V. FROSINI, *Teoria e tecnica dei diritti umani*, Napoli, Esi, 1995; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995; ID., *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 2006.

Assunto il dato della frammentazione del rapporto tra autorità e libertà anche nel nostro ordinamento, il tema principale è costituito dalle relazioni che esistono tra queste diverse “porzioni di rapporto”; in particolare, rileva capire se ognuna si esprime in modo indipendente ovvero se siano tra loro coordinate. In questo secondo caso, se il rapporto operi su basi gerarchiche con una prevalenza assoluta (esiste una tavola esclusiva dei diritti e del loro grado di tutela) ovvero relativa (implementazione della tavola dei diritti con una loro graduazione).

Il tema oggi è reso più complesso dalla proliferazione sopranazionale di testi normativi che riguardano i diritti e che si sono affiancati alla tavola costituzionale: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), i Patti Onu (1966-1977) e i molti atti internazionali e comunitari; in particolare, il Trattato di Lisbona che – entrato in vigore il primo dicembre 2009 – ha incluso nei trattati la Carta dei diritti fondamentali di Nizza-Strasburgo (2000-2007) e nei principi generali comunitari la Convenzione europea dei diritti umani.¹⁸

Per il costituzionalismo appare dunque necessario in primo luogo riflettere sul rapporto tra l'unità costituzionale dei diritti e gli atti sovranazionali e, successivamente, sul rapporto tra la tavola costituzionale (interpretata o ampliata sulla base dei diritti sovranazionali¹⁹) e le prescrizioni presenti nelle fonti substatuali, le quali – a loro volta – evocano gli atti internazionali e comunitari.

Quanto detto colloca il tema dei diritti nella sfera substatuale (nello specifico quella regionale) in un quadro complessivo dove il rapporto tra i consociati e il potere legale è “ordinariamente” frammentato e legittimamente mutevole nel tempo (dinamico) e nello spazio (differenziato). Una dinamicità ed una differenziazione che si rapportano in modo dialettico con la sopravvivenza di un ordine costituzionale statale quale tradizionale sede dell'unità (costituzionale) dei diritti.

¹⁸ L'art. 6, come modificato dal Trattato di Lisbona e entrato in vigore il primo dicembre 2009, prevede che “1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. // 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. // 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

¹⁹ Corte costituzionale, sentt. n. 347 e n. 348 del 2007.

1.1 LA FORMA DI REGIONE NELLA COSTITUZIONE

Il ripensamento del concetto di forma di stato in chiave di pluralità degli ordinamenti giuridici (territoriali e politici) è stato avvertito non solo dall'angolo visuale statale attraverso il concetto di *tipo di Stato*, ma anche dalla prospettiva autonomistica; in particolare è stato coniato il termine di *forma di regione*²⁰ ovvero è stato declinato in modo nuovo quella di forma di governo includendovi elementi tipici della forma di stato²¹.

Muovendo dall'analisi dell'esperienza del regionalismo italiano, alcuni hanno indicato la strada per cui – considerate le forme di autonomia riconosciute alle Regioni – sarebbe possibile individuare nel nostro ordinamento una *forma di regione*, “riferita ai rapporti tra comunità regionale ed apparato, nonché a quelli tra quest'ultimo e gli enti territoriali minori e le autonomie funzionali, per un verso, e, per un altro verso, lo Stato, la Comunità internazionale e la Comunità Europea.”²²

L'opportunità di leggere il regionalismo italiano attraverso lo strumento della *forma di regione* si è rafforzata dopo l'adozione delle riforme del Titolo V della Costituzione con le leggi costituzionali n. 1/1999, nn. 2 e 3/2001.

Ciò non solo perché lo spazio di intervento esclusivo (*rectius* residuale) del legislatore regionale si è notevolmente ampliato (almeno sulla carta) includendo materie che comportano di per sé forme di frammentazione e differenziazione del rapporto tra autorità e libertà (*in primis* i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali *ex* lettera m) dell'art. 117, comma secondo, Cost.), ma anche perché il “sistema di elezione” degli organi politici regionali è divenuto materia di competenza legislativa regionale (concorrente *ex* art. 122 Cost.) e lo Statuto è a tutti gli effetti una fonte regionale a tutti gli effetti (*ex* art. 123 Cost.);²³ Statuto che, oltre alla forma di governo, disciplina alcuni istituti tipici della forma di ordinamento quali l'iniziativa legislativa, regolamentare e amministrativa, i referendum regionali e il regime di pubblicità agli atti formali del potere pubblico.

D'altronde, lo stesso principio di sussidiarietà sia verticale che orizzontale, nel momento in cui è declinato anche a livello regionale nelle due tipologie, contribuisce a creare una frammentazione e una differenziazione del rapporto del potere pubblico regionale sia con il potere pubblico locale che con l'iniziativa degli individui in forma

²⁰ T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 1995; B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 30 e ss..

²¹ M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2006.

²² T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2008.

²³ Sulla natura della fonte statutaria prima della l. c. n. 1/99, L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 2000; dopo la riforma, R. NANIA, *La natura giuridica dei nuovi statuti*, in AA. VV., *La potestà statutaria regionale nella riforma della costituzione: temi rilevanti e profili comparati. Materiali della Commissione di studio e atti del Seminario, Roma, 29 marzo 2001*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 269 e ss..

singola ovvero associata (art. 118, comma quarto, Cost.).²⁴ Attraverso l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale la Regione è in grado di definire l'esercizio di una funzione in termini relazionali tra un soggetto pubblico ed uno privato, circoscrivendo così il rispettivo campo di azione ed incidendo sulla struttura stessa (prima ancora che sui contenuti) del rapporto tra autorità e libertà.

Sulla base del dettato costituzionale, l'ordinamento giuridico regionale, in quanto dotato di autonomia politica,²⁵ è in grado di selezionare i fini da perseguire: la stessa definizione dei fini costituisce uno degli elementi che interessano il concetto di forma di stato e, dunque, quello di forma di regione.

Il punto è che detti fini (obiettivi, principi, valori) trovano nella disciplina dei diritti la loro principale concretizzazione, oltre che nell'azione normativa e amministrativa dell'ente territoriale autonomo.

Con il primo degli strumenti, rendendo tutelabile in via diretta una situazione giuridica soggettiva, l'ordinamento attua direttamente il proprio orientamento assiologico; diversamente, quando pone gli obiettivi che persegue, il potere regionale si dota di strumenti diversi di concretizzazione dei propri valori. Strumenti, quest'ultimi, che pur (secondo alcuni) in potenza capaci di incidere sull'azione di governo dell'ente²⁶ non hanno lo stesso forte impatto dei diritti, essendo parte del più complesso e discrezionale indirizzo politico-normativo regionale.

Appare comunque chiaro che la Costituzione italiana contiene plurimi elementi sulla base dei quali è possibile che si definisca uno specifico rapporto tra l'autorità e la libertà a livello regionale.

2 LA DECLINAZIONE DEI DIRITTI NEGLI STATUTI REGIONALI: VECCHI E NUOVI DIRITTI E OBIETTIVI DELL'AZIONE DI GOVERNO REGIONALE

La seconda fase statutaria regionale, iniziata a seguito dell'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 1999, ha visto le Regioni italiane ad autonomia ordinaria impegnate nella redazione dei nuovi Statuti: all'inizio della IX legislatura regionale,²⁷ ad oltre dieci anni dalla riforma, solo una delle quindici Regioni ordinarie non hanno adottato il nuovo Statuto (Basilicata), mentre in Molise si è in attesa che si

²⁴ P. BIONDI, *Studi sul potere* (1965), Soneria Mannelli, Rubettino, 2004 già evidenziava la trasformazione orizzontale del potere, temi oggi analizzati negli studi sul concetto di *governance*.

²⁵ T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1956, p. 119.

²⁶ R. TARCHI, D. BESSI, *Commento all'art. 123 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, vol. III, pag. 2451-2480.

²⁷ Nelle Regioni Molise e Abruzzo si sono svolte elezioni anticipate nel 2006 e nel 2008, mentre nella primavera del 2010 si sono svolte le elezioni nelle restanti 13 Regioni ordinarie (entrate nella IX legislatura) e nel 2011 quelle della Regione Molise (X legislatura).

tenga il (primo ed unico ad oggi) referendum popolare per la sua definitiva approvazione e la Regione Veneto è giunto alla sua prima approvazione nell'ottobre 2011.

Nell'occasione di predisporre il nuovo Statuto, le Regioni hanno introdotto prescrizioni riguardanti i diritti, nonché principi e valori di “respiro costituzionale”, nel silenzio dell'art. 123 della Cost. che, pur definendo le materie oggetto dello Statuto, prescrive il contenuto necessario della norma regionale senza espressamente indicarne un limite contenutistico, ponendo l'unico vincolo dell'armonia con la Costituzione.²⁸

Sono state così adottate previsioni statutarie nelle Regioni ordinarie (discorso a parte per le Regioni ad autonomia speciale)²⁹ con espresso richiamo ai tradizionali diritti già presenti *apertis verbis* in Costituzione o a quelli frutto dello sviluppo “generazionale” nelle formalizzazioni operate dal legislatore e dal giudice costituzionale, ma – soprattutto – con la redazione di numerose previsioni programmatiche.³⁰

Il dato che emerge dagli Statuti di “seconda stagione” è la pluralità delle qualificazioni formali delle previsioni riguardanti i diritti, incluse tra i principi (“general”, art. 3 St. Toscana, art. 2 St. Calabria), i valori (“diritti e valori fondamentali”, art. 6 St. Lazio), gli obiettivi (artt. 7 e 8 St. Lazio, art. 2 St. Calabria, art. 2 St. Emilia-Romagna, art. 8 St. Campania), i programmi e le “finalità principali o prioritarie” (art. 4 St. Toscana).

Dagli Statuti emerge un approccio ai diritti che li vede assorbiti in via quasi esclusiva dalle previsioni programmatiche dirette all'azione normativa e amministrativa regionale; i diritti riportati negli Statuti si dipanano tra le pieghe degli obiettivi che la Regione persegue per la propria comunità emergendo non tanto come situazione giuridica soggettiva dell'individuo esigibile e alla quale l'ordinamento fornisce una tutela in via diretta, quanto piuttosto come principi e valori che gli organi regionali si impegnano a prendere in considerazione nella loro attività.

Negli Statuti lo spazio dei diritti non è stato conquistato in prima persona dalle situazioni soggettive, ma solo in seconda battuta, ossia unicamente in quanto è la Regione che promuove o programma politiche che producono effetti sui diritti (o meglio sui loro presupposti materiali) contribuendo alla realizzazione dei valori e dei principi che compongono il substrato assiologico di quei diritti.

Sono rari i casi di formalizzazione di veri e propri nuovi diritti (diremmo, di diritti di “generazione statutaria”) preferendo in larga parte i legislatori statuari riprodurre fedelmente alcune previsioni costituzionali e fornire la semplice

²⁸ B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 229 e ss.; R. TARCHI, D. BESSI, *Commento all'art. 123 Cost...cit.*, pp. 2451 e ss..

²⁹ Non ci occuperemo del tema in ragione del fatto che gli Statuti speciali sono adottati con legge costituzionale.

³⁰ E. LONGO, *Regioni e diritti: la tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata, Eum, 2007; in una prospettiva più ampia di quella statutaria, M. BELLETTI, *Diritti Costituzionali e Regioni*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I Diritti Costituzionali*, Vol. III, Giappichelli, Torino, 2006.

formalizzazione di quei nuovi diritti (di seconda e terza generazione) che, pur non scritti in Costituzione, sono stati “estrapolati” dal legislatore statale e dalla giurisprudenza costituzionale.

I casi di riproduzione statutaria del dettato costituzionale dei diritti – pur poco rilevanti in termini di innovazione – rilevano in quanto confermano la timidezza normativa dei consigli regionali. Questo stile normativo, da una parte, tradisce il timore della disarmonia costituzionale, dall'altra rivela l'insopprimibile bisogno delle Regioni di accostarsi ai diritti nel porre il principale atto normativo organizzativo della propria comunità. Inoltre, la selezione dei diritti costituzionali riprodotti nello Statuto ammette anche una certa (irragionevole) scelta nel momento in cui di altri diritti costituzionalmente formalizzati non vi è traccia³¹; non così per il principio di eguaglianza che è sempre presente e spesso risulta viepiù declinato sul piano intergenerazionale.³²

Con riferimento ai nuovi diritti costituzionali emersi dalla legislazione statale e dalla giurisprudenza negli anni successivi all'adozione della Costituzione, gli Statuti regionali ne formalizzano la portata riproducendo sostanzialmente quanto già elaborato dal legislatore e dai giudici.³³ In questo senso sono da leggere le plurime previsioni relative ai diritti degli animali,³⁴ ai diritti dei consumatori, al diritto ad un ambiente salubre, ai diritti dell'infanzia, al diritto all'abitazione, al diritto alla privacy.

Meritano particolare attenzione le previsioni statutarie sul pluralismo politico, sociale e informativo.³⁵ Quest'ultimo, declinato formalmente in modi diversi,³⁶ rileva nella misura in cui è esplicitamente orientato allo scopo di costruire una opinione pubblica regionale³⁷ ed è accompagnato anche dalla previsione del ruolo delle associazioni degli interessi e dei partiti a livello regionale.³⁸

³¹ Lazio, art. 8, comma 4, con riferimento all'iniziativa economica privata. Cfr. anche Veneto, prima lettura 2011, “La Regione riconosce la libera iniziativa economica, individuale e collettiva e favorisce lo svolgimento dell'iniziativa privata con particolare riguardo alle piccole e medie imprese” (art. 10, Principio di libera iniziativa economica).

³² Marche, “La Regione promuove la salvaguardia, la valorizzazione e la fruizione dell'ambiente, del paesaggio e della natura, quale sistema su cui convergono azioni umane e processi naturali, assumendoli quali beni strategici per le generazioni future” (art. 5, comma 2, ma anche nel Preambolo); Umbria “La Regione assicura l'attuazione dei diritti dei bambini e degli adolescenti, favorisce il godimento dei diritti di cittadinanza delle giovani generazioni e si fa garante della loro partecipazione alla vita della comunità regionale” (art. 5, comma 4); Puglia “La legge regionale individua i sistemi di garanzia della sicurezza alimentare e della salvaguardia delle risorse idriche e naturali, agendo responsabilmente nei confronti delle generazioni future” (art. 10, comma 2). Cfr. anche art. 8 St. Molise (2011) sottoposto a referendum popolare.

³³ F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995.

³⁴ Nello Statuto del Lazio sono collegati alle convenzioni internazionali e al diritto comunitario.

³⁵ Lo Statuto Marche parla di “carattere policentrico della società marchigiana” (art. 2, comma 3).

³⁶ Art. 5, comma 2, St. Abruzzo dove è esplicitato il nesso con il principio democratico su base regionale; art. 2, comma 2, lettera u), St. Calabria; art. 2, comma 4, lettera p), St. Lombardia; art. 12, St. Piemonte.

³⁷ Art. 12, St. Piemonte.

³⁸ B. CARAVITA, *Lineamenti...cit.*, pp. 31-32.

In alcuni Statuti si formalizza un diritto all'informazione³⁹ o un dovere di informazione,⁴⁰ mentre in altre si sviluppa ampiamente il principio di pubblicità dell'azione di governo allo scopo di rendere effettiva la partecipazione della comunità al governo regionale.

Si tratta dei tradizionali elementi che costituiscono la base sociale di un ordinamento giuridico territoriale a fini generali e la loro presenza rende possibile la differenziazione regionale, a base democratica, del rapporto tra autorità e libertà.

I casi di veri e propri (sulla carta) nuovi diritti sono difatti concentrati nell'ambito dei diritti politici e di partecipazione, mentre alcuni occasionali cenni riguardano il riconoscimento delle coppie di fatto (la famiglia fondata non più unicamente sul matrimonio⁴¹), l'accesso ai vantaggi della ricerca scientifica⁴², piuttosto che la "difesa della vita",⁴³ neppure sempre declinati formalmente in termini di "diritti".⁴⁴

Questi pochi elementi di (potenziale) rottura dell'unità costituzionale dei diritti si collocano in un quadro nel quale gli Statuti regionali di seconda generazione hanno dedicato molta attenzione ai presupposti oggettivi, strumentali, funzionali e alle condizioni per l'esercizio di un diritto e non tanto al diritto in sé, alle sue caratteristiche oggettive o soggettive e alla sua tutela giurisdizionale; le Regioni hanno preferito la disciplina dei presupposti materiali dei diritti in connessione con la propria azione normativa e amministrativa ai diritti stessi⁴⁵ e l'unico spazio di azione reale

³⁹ St. Puglia, art. 14.

⁴⁰ St. Toscana, art. 73.

⁴¹ "La Regione persegue, tra le finalità prioritarie, [...] il riconoscimento delle altre forme di convivenza" (art. 4, comma 1, lettera h, St. Toscana); "La Regione riconosce i diritti della famiglia [...]. Tutela altresì forme di convivenza" (art. 9, St. Umbria); "il riconoscimento ed il sostegno alla famiglia fondata sul matrimonio ed alle unioni familiari, nel rispetto dei principi dettati dagli articoli 3, 29 e 30 della Costituzione orientando a tal fine le politiche sociali, economiche e finanziarie e di organizzazione dei servizi" (Art. 8, comma 1, lettera e) St. Campania). Da ultimo, corte cost. sent. n. 138 del 2010.

⁴² Il tema, come noto, è quello delle applicazioni medico-sanitarie della ricerca scientifica; St. Toscana, art. 4, comma 1, lettera i) "La Regione persegue, tra le finalità prioritarie [...] la promozione della scienza e, nel rispetto della persona umana, della libertà di ricerca scientifica".

⁴³ Art. 2, comma 4, lettera a) "La Regione [...] attua tutte le azioni positive a favore del diritto alla vita in ogni sua fase"; "la tutela del principio secondo cui il patrimonio genetico di ogni individuo è bene indisponibile e la tutela della vita umana nel rispetto delle leggi dello Stato" (art. 8, comma 1, lettera d) St. Campania).

⁴⁴ "Il diritto all'informazione e all'accesso alle procedure di adozione e alle tecniche di procreazione assistita, senza discriminazioni, nel rispetto delle leggi statali" (art. 8, comma 1, lettera f) St. Campania).

⁴⁵ La Regione Toscana ha anche inserito la verifica dei principi e dei diritti: "La Regione assume a base della sua azione i principi e i diritti del presente titolo, dei quali verifica periodicamente lo stato di attuazione" (art. 5, St.). Il 18 ottobre 2011 è stato approvato in prima lettura il nuovo Statuto nel quale si legge al Capo I dedicato ai "principi", tra l'altro, all'art. 6 dedicato ai "diritti e obiettivi delle politiche regionali": "1. La Regione, informando la propria azione al principio di responsabilità nei confronti delle generazioni future: a) garantisce e valorizza il diritto alla vita; b) riconosce e valorizza lo specifico ruolo sociale proprio della famiglia; attiva politiche di conciliazione tra tempi della vita e del lavoro ed adegua l'erogazione dei servizi alla composizione del nucleo familiare; c) riconosce e valorizza le

degli Statuti è stato quello della declinazione dei diritti politici, intesi nella loro dimensione ampia di “diritti della partecipazione” della comunità alle scelte politiche e amministrative regionali⁴⁶ grazie al combinato disposto degli artt. 122 e 123 della Costituzione.

In questo settore, gli Statuti aprono spazi nuovi, sia in termini soggettivi che oggettivi e non tanto per l'estensione del diritto di voto attivo e passivo (attività costituzionalmente illegittima),⁴⁷ quanto piuttosto per l'ampliamento ai residenti l'accesso agli istituti di partecipazione (anche ai referendum).

La Regione Abruzzo “riconosce e promuove la partecipazione allo svolgimento delle funzioni regionali dei cittadini, dei residenti e dei soggetti sociali organizzati in forme democratiche.”⁴⁸ I residenti sono titolari di diritti anche in Emilia Romagna, Regione che “riconosce e garantisce a tutti coloro che risiedono in un Comune del territorio regionale i diritti di partecipazione [...] ivi compreso il diritto di voto nei referendum e nelle altre

differenze di genere e rimuove ogni ostacolo che impedisce la piena parità tra uomo e donna; d) opera per garantire e rendere effettivo il diritto all'istruzione ed alla formazione permanente; e) riconosce la centralità e l'autonomia dell'università e valorizza la ricerca, quali strumenti decisivi per la competitività del sistema economico e per il miglioramento della qualità della vita dei cittadini; a tal fine dispone specifici finanziamenti ad università ed enti di ricerca; f) favorisce il più ampio pluralismo dei mezzi di informazione, anche a carattere locale, come presupposto per l'esercizio della democrazia; g) promuove le iniziative necessarie per rendere effettivo il diritto alla sicurezza dei cittadini, perseguendo il rispetto della legalità e contrastando ogni forma di degrado urbano e sociale; h) riconosce e valorizza la funzione sociale del lavoro e dell'impresa come strumenti di promozione delle persone e delle comunità; opera per garantire e rendere effettivo il diritto al lavoro, perseguendo una occupazione piena, stabile, sicura e regolare, e promuovendo la formazione e la riqualificazione professionale; tutela il lavoro in tutte le sue forme; i) opera per eliminare gli squilibri tra territori, settori, persone e gruppi; l) valorizza l'imprenditorialità e l'iniziativa economica individuale e collettiva; opera per garantire il rispetto dei principi di libera concorrenza e di trasparenza nel mercato; favorisce le forme di cooperazione e, in particolare, quella a mutualità prevalente e sociale; m) assicura il diritto alla salute e all'assistenza, tramite un sistema di servizi sanitari e sociali universalistico, accessibile ed equo; n) ispira il proprio ordinamento legislativo e amministrativo alla tutela e protezione della maternità, dell'infanzia e dell'adolescenza, garantendo, in particolare, i diritti alla famiglia, alle relazioni sociali, allo studio, al gioco, allo sport; o) attiva politiche di promozione alla vita attiva e di assistenza a favore della popolazione anziana, in particolare nelle condizioni di non autosufficienza; p) opera per rendere effettivi i diritti delle persone in condizioni di disabilità, anche sostenendo progetti di vita indipendente”.

⁴⁶ In questo senso, B. CARAVITA, *I diritti politici dei “non cittadini”*. *Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (Aic) “Lo statuto costituzionale del non cittadino”, Cagliari, 16 e 17 ottobre 2009, ora pubblicato in AIC Annuario 2009, Napoli, Jovene, 2009, p. 133 e ss.

⁴⁷ A. STERPA, *Il diritto di voto per le elezioni regionali*, in B. CARAVITA, *La legge quadro n. 165 del 2004 sulle elezioni regionali*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 25 e ss.; Id., *Eguaglianza del voto dei cittadini italiani in Italia: diritto di voto attivo ed elezioni regionali*, in C. CALVIERI, a cura di, *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 89 e ss..

⁴⁸ Art. 12, comma 2, St.; i cittadini e i residenti possono rivolgere petizioni alla Regione “per chiedere provvedimenti o esporre comuni necessità” (comma 5, art. 12), possono interrogare gli organi regionali (comma 6).

forme di consultazione popolare⁴⁹ e prevede l'istruttoria pubblica (art. 17 St.) quale nuova forma di partecipazione alle decisioni regionali, nonché in Liguria⁵⁰ e in Toscana.⁵¹

La scelta di riconoscere ai residenti diritti di partecipazione politica non è stata censurata dalla Corte costituzionale che con la sentenza n. 379 del 2004 ha affermato la legittimità della norma statutaria dell'Emilia Romagna che prevede il diritto di voto di tutti i residenti nei referendum regionali, secondo un criterio di favore verso la partecipazione che trova il suo fondamento nell'art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 286 del 1998; "tali disposizioni [statutarie] – ha precisato la Corte – non disciplinano in alcun modo la condizione giuridica dei cittadini extracomunitari, né il loro diritto di chiedere asilo, che restano affidati alla sola legge statale".

Un atteggiamento di "apertura" del Giudice delle leggi che ha trovato conferma nel giudizio della legge Regione Emilia-Romagna n. 4 del 2004 che ha previsto forme partecipative degli stranieri nella Consulta regionale per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati; si tratta di norme che, come ha sottolineato la Corte costituzionale, "lungi dall'invadere materie attribuite esclusivamente allo Stato, costituiscono anzi la attuazione, da parte della Regione Emilia-Romagna, delle disposizioni statali che, [...], prevedono appunto forme di partecipazione dei cittadini stranieri soggiornanti regolarmente nel Paese alla vita pubblica locale" (sent. n. 300 del 2005).⁵² Si tratta di segnali e aperture che trovano un ulteriore terreno di azione riguardano i profili soggetti per l'esercizio del diritto di voto attivo e passivo nelle Regione speciali in ragione della tutela delle minoranze.⁵³

Lo stesso terreno della partecipazione dei cittadini alle scelte politiche e amministrative regionali trova negli Statuti spazi di sviluppo davvero rilevanti con interi titoli o sezioni dedicati alla partecipazione, alla trasparenza, agli istituti di (referendum abrogativi, consultivi, propositivi), alle proposte di leggi e atti, al difensore civico, alle consulte e agli organi di rappresentanza degli interessi.

È in questo senso che, con tutta evidenza, si dispiega un quadro di norme che rivela la ineluttabile conseguenza dell'autonomia politica delle Regioni, ossia la necessità di porre mano alla tavola dei diritti.

Una connaturata aspirazione delle Regioni ad interessarsi della dimensione dei diritti è d'altronde rappresentata dai numerosi richiami agli atti internazionali e comunitari contenuti negli statuti. Non mancano i richiami alle carte internazionali

⁴⁹ Art. 15 St.. L'art. 21 disciplina il referendum consultivo che può essere richiesto da ottantamila residenti.

⁵⁰ "La Regione, mediante apposite leggi, riconosce e promuove la partecipazione dei cittadini, dei residenti e dei soggetti sociali organizzati" (art. 6, comma 1, St.); "I cittadini e residenti in Liguria possono rivolgere petizioni alla Regione per chiedere provvedimenti o esporre comuni necessità" (art. 12 St.).

⁵¹ Art. 3, comma 4, "La Regione garantisce la partecipazione di tutti i residenti [...] alle scelte politiche regionali" e comma 6 "La Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati".

⁵² B. Caravita, *I diritti politici*.cit.

⁵³ A. Sterpa, *Il diritto di voto*...cit., pp. 25 e ss.; Id., *Eguaglianza del voto*...cit., pp. 89 e ss..

dei diritti, dalla Dichiarazione universale di diritti dell'uomo del 1948, alla Carta sui diritti fondamentali dell'Unione europea di Nizza-Strasburgo (2000-2007) alla Convenzione europea sui diritti umani (Cedu) ora, la prima, parte integrante del Trattato dell'U.E., la seconda parte dei principi comunitari e ad altri atti. Richiami che, se le previsioni statutarie fossero norme giuridiche (contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte costituzionale) potremmo definire come dei rinvii materiali forieri di implementazione dei diritti.

I riferimenti agli atti internazionali assumono forme differenziate, con l'utilizzo di espressioni per cui la Regione "è impegnata nel rispetto e nella promozione dei diritti dei cittadini previsti [...] dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalle Convenzioni internazionali",⁵⁴ "fa propria la Carta dei diritti dell'U.E."⁵⁵ o "fa propri i principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo."⁵⁶ Se lo Statuto ligure non contiene alcun richiamo alle carte internazionali e comunitarie, la Lombardia ha come unico riferimento nella previsione per cui "riconosce il principio di autodeterminazione dei popoli previsto dalla Carta delle Nazioni Unite."⁵⁷

Queste diverse modalità di proiezione della dimensione sovranazionale dei diritti sulla comunità regionale⁵⁸ confermano l'intima necessità di chi organizza la propria comunità su basi politiche di operare anche sul piano dei diritti; inoltre, la contemporanea scelta statutaria di associare (spesso) alle carte internazionali e comunitarie la Costituzione italiana rivela anche una percezione multilivello e complementare di tutte le tavole dei diritti.

⁵⁴ Abruzzo, art. 5, "la garanzia dei diritti"; Lazio, art. 6, comma 2, "tutela i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza sanciti dalle convenzioni internazionali"; Campania, art. 4, "la Regione riconosce e garantisce i diritti di libertà e di uguaglianza previsti dalla Costituzione e dalle convenzioni internazionali riconosciute nel nostro ordinamento ponendoli a fondamento e limite di tutte le proprie attività".

⁵⁵ Calabria, art. 1, comma 2. La Regione Emilia Romagna fa un generico riferimento ai "diritti sanciti dalla Costituzione italiana e dall'Unione europea" (preambolo) e ai "principi dell'U.E." (art. 4); la Regione Marche "opera [...] nell'ambito dell'U.E." (art. 1); il Lazio "garantisce l'eguaglianza [...] nell'esercizio dei diritti [...] sanciti [...] dalla carta dei diritti fondamentali dell'U.E." (art. 6, comma 3); Piemonte, "nel quadro dei principi dell'Ue" (preambolo e art. 1); Toscana, "La Regione fonda la propria azione sui valori della Costituzione italiana e sugli accordi tra gli Stati per la Costituzione europea" (art. 3, comma 1); Umbria, "piena realizzazione politica e sociale dell'U.E." (art. 1, comma 4).

⁵⁶ Lazio, diritti e valori fondamentali (art 6); Marche, "sostiene e difende, in armonia con la Costituzione, con la Carta dei diritti dell'U.E. e con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la pace" (preambolo); Piemonte "ispirandosi ai principi della DUDU" (preambolo); Puglia, "ispirandosi ai principi della DUDU, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, della carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione italiana" (art. 1, comma 3).

⁵⁷ Art. 6, comma 1.

⁵⁸ Da ultimo, Statuto Regione Veneta, prima approvazione 18 ottobre 2011, art. 5, comma 1, secondo il quale: "La Regione opera per garantire e rendere effettivi i diritti inviolabili, i doveri e le libertà fondamentali dell'uomo, riconosciuti dalla Costituzione e dalle fonti del diritto europeo e internazionale".

3 IL SISTEMA DI ARGINI PER L'UNITÀ COSTITUZIONALE DEI DIRITTI.

Come noto, con riguardo all'azione normativa delle Regioni in occasione dell'adozione dei nuovi Statuti regionali, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla portata delle previsioni statutarie riguardanti principi e diritti (sentt. nn. 372, 378 e 379 del 2004).

La Corte costituzionale ha precisato che “alle enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto” (n. 372/2004).

Per la Corte, “tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono certo essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti. Qui però non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali «a competenza riservata e specializzata», cioè di statuti di autonomia, i quali, anche se costituzionalmente garantiti, debbono comunque «essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione» (sentenza n. 196 del 2003)”.

Infine, conclude la Corte costituzionale, ribadendo il “carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie”, “ne deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa.

Le tavole dei diritti negli Statuti regionali (espressi direttamente o nella forma dei principi o degli obiettivi statutarî) “non comportano né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato e neppure fondano esercizio di poteri regionali” essendo affette da “carenza di idoneità lesiva”.

La Corte costituzionale ha preferito “tagliare la questione” su un piano pre-giuridico piuttosto che affrontarla sul piano prettamente giuridico,⁵⁹ anche se, come è stato notato, non è da escludere che le previsioni in esame non abbiano una valenza interpretativa delle altre norme regionali e, in questo modo, esse possano recuperare una funzione giuridica.⁶⁰

La scelta della Corte costituzionale di sciogliere il nodo del rapporto tra i diritti (e i principi) regionali e i diritti (e i principi) “statali” negando la portata normativa

⁵⁹ Sul tema la dottrina è ampia; per una disamina dei profili e delle posizioni in dottrina si rinvia al lavoro a cura di E. CATELANI, E. CHELLI, *I principi negli statuti regionali*, Bologna, Il Mulino, 2008.

⁶⁰ R. TARCHI, D. BESSI, *Commento all'art. 123 Cost.* in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, pp. 2451 e ss..

delle previsioni statutarie non rappresentava però l'unica soluzione possibile per limitare l'azione regionale e garantire l'unità costituzionale dei diritti;⁶¹ in realtà, ben avrebbe potuto la Corte utilizzare il dettato costituzionale e colpire le previsioni regionali senza privarle del requisito della giuridicità, essendo presente in Costituzione (accanto ad elementi utili alla definizione della *forma di regione*) un sistema di argini potenzialmente idoneo a limitare la costruzione di un rapporto tra libertà e autorità di tipo regionale.

Tale argine avrebbe potuto essere edificato in ragione della presenza in Costituzione di almeno due strumenti all'uopo operanti: la competenza legislativa esclusiva statale per la determinazione dei livelli essenziali *ex art. 117, comma 2, Cost.*⁶² e il limite dell'armonia con la Costituzione per gli Statuti regionali *ex art. 123 Cost.*

Dall'etichetta di cui alla lettera m) dell'art. 117 Cost., infatti, si evince che per ogni diritto civile e sociale esiste un livello essenziale statale disciplinato dallo Stato e garantito su tutto il territorio nazionale.⁶³ Avrebbe potuto essere sufficiente ciò a qualificare l'esclusività della legge statale, nel rispetto della Costituzione, per disciplinare i diritti civili e sociali dovendo, per ciascuno di essi, esserci una disciplina comunque statale relativamente ai livelli essenziali del diritto.

Se, dunque, non può esistere diritto senza livello essenziale posto da legge statale, non può esistere diritto che non sia previsto dalla legge statale, a meno di immaginare l'irragionevole situazione per cui la definizione di un nuovo diritto da parte di una Regione comporti l'obbligo per lo Stato di adottare una legge che ne disciplina il livello essenziale.

Inoltre, ai sensi dell'art. 123 della Cost., lo Statuto regionale deve essere "in armonia con la Costituzione": anche in questo caso siamo in presenza di un limite costituzionale alla disciplina regionale del rapporto tra autorità e libertà.

Sul concetto di armonia la dottrina si è divisa proponendo soluzioni che spaziano da una definizione ampia del concetto ad altre più restrittive.⁶⁴

La Corte costituzionale con la sent. n. 304 del 2002 ha precisato che "il riferimento all'«armonia», lungi dal depotenziarla, rinsalda l'esigenza di puntuale rispetto di ogni disposizione della Costituzione, perché mira non solo ad evitare il contrasto con le singole previsioni di questa, dal quale non può certo generarsi armonia, ma anche a scongiurare il pericolo che lo Statuto, pur rispettoso della lettera della Costituzione, ne eluda lo spirito."

⁶¹ P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁶² Meriterebbe di essere approfondito il tema del combinato disposto con la competenza statale in materia di "ordinamento civile", C. CHIOLA, *Regioni e ordinamento civile: materia o limite? in federalismi.it* n. 22 del 2006 e A. M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2008.

⁶³ Le categorie dei diritti civili e sociali risolvono l'intero panorama dei diritti; cfr. M. BELLETTI, I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ..." alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile, in *Le Istituzioni del Federalismo*, anno XXIV, n. 3/4, 2003, pp. 613 ss.

⁶⁴ B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 229 e ss..

Il Giudice ha espressamente negato che “il limite di legittimità degli statuti dovrebbe essere riferito ai valori di fondo che ispirano la Costituzione” e che “esigerebbe solo che lo Statuto non sia “orientato contro la Costituzione” e non ne pregiudichi i principi generali, ma non escluderebbe la possibilità di derogare a sue singole norme”: “gli statuti nel disciplinare la materia dovranno essere in armonia con i precetti e con i principi tutti ricavabili dalla Costituzione, ai sensi dell’art. 123, primo comma, della Costituzione” (sent. n. 196 del 2003). Sempre per il giudice di legittimità costituzionale, “il sistema costituzionale complessivo, che si articola nei principî contenuti nelle singole norme della Carta fondamentale e delle leggi ordinarie di diretta attuazione, rappresenta pertanto il contesto, all’interno del quale si deve procedere alla lettura ed all’interpretazione delle norme statutarie, che in quel sistema vivono ed operano” (sent. n. 12 del 2006).⁶⁵

È pur vero, però, che nella sent. n. 2 del 2004 la Corte ha precisato che i limiti alla rilevante autonomia statutaria “possono derivare solo da norme chiaramente deducibili dalla Costituzione, come questa Corte ha già avuto occasione di affermare allorché ha negato che essa sia comprimibile «in mancanza di una disciplina costituzionale chiaramente riconoscibile» o «tramite non controllabili inferenze e deduzioni da concetti generali, assunti a priori»” (sent. n. 313 del 2003).

Da un lato, quindi, i due argini costituzionali dei livelli essenziali e dell’armonia con la Costituzione appaiono sulla carta adeguati per mantenere l’unità costituzionale dei diritti, è pur vero che si tratta di argini “mobili” suscettibili di un abbassamento come si ricava dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

In particolare, il sistema di argini è sottoposto alla pressione della frammentazione del rapporto tra autorità e libertà e è caratterizzato dalla debolezza del concetto stesso di unità nazionale dei diritti la quale presuppone che il livello costituzionale sia il termine di attestazione della loro unità,⁶⁶ quando – invece – i diritti sempre più si sviluppano in un sistema almeno comunitario, nella misura in cui le stesse norme della CEDU, prima solo di ausilio interpretativo per l’ordinamento interno, sono oggi assunte a parametro del giudizio di legittimità costituzionale (Corte cost. n. 347 e 348 del 2007) e il Trattato di Lisbona ha assorbito la Carta di Nizza Strasburgo (2000-2007).⁶⁷

In questo senso si spiega forse la decisione della Corte costituzionale di “neutralizzare” le previsioni statutarie sui diritti e sui principi, ossi con il fine di proteggere a priori l’unità giuridica dei diritti espressi in Costituzione.

⁶⁵ L’armonia con la Costituzione costituisce un limite anche all’esercizio di alcune competenze legislative delle Regioni a Statuto speciale (Corte cost., sentt. nn. 164 e 226 del 2009).

⁶⁶ M. LUCIANI, *L’Antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, p. 125.

⁶⁷ Per la Corte costituzionale le norme delle convenzioni internazionali sui diritti (e prima del 2007 anche quelle contenute nella Cedu) fungono da parametro interpretativo delle previsioni nazionali (sentt. nn. 347 e 348 del 2007).

Tuttavia, dopo le pronunce che hanno reso effettivo il vincolo comunitario in tema di diritti, appare sempre più difficile giustificare che – da un lato – un atto internazionale di natura pattizia e non espressione diretta della sovranità popolare (come la Cedu o come il Trattato UE) sia costituzionalmente legittimati a definire lo spazio di azione dei diritti a differenza dello Statuto regionale, fonte del diritto adottata dai rappresentati della Regione eletti dal popolo e sottoponibile a referendum popolare.

L'accesso dei diritti europei nel nostro ordinamento giuridico (a prescindere dai sistema dei controlimiti⁶⁸) potrebbe essere foriero di una nuova lettura delle norme costituzionali esaltando gli elementi fondanti il concetto di forma di regione da un lato e riducendo il sistema di argini posti a garanzia dell'unità costituzionale dei diritti dall'altra: a questo punto, l'armonia con la Costituzione dovrebbe essere letta diversamente ossia come limite minimo per l'azione statutaria (si vieterebbe unicamente l'azione *contra constitutionem*) e i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117, comma secondo, lettera m) dovrebbero attestarsi egualmente come garanzia per i soli diritti costituzionali e statali, lasciando le comunità regionali libere di esprimere forme ulteriori dei rapporti tra la libertà e l'autorità.

In questo modo si scioglierebbe l'attuale “dualismo” costituzionale per cui, da un lato nella Costituzione trovano fondamento la frammentazione e la differenziazione regionale del rapporto tra autorità e libertà (la *forma di regione*), dall'altro sono presenti anche gli strumenti per (tentare di) garantire l'unità costituzionale dei diritti.

Dualismo che oggi è sciolto a favore dell'unità costituzionale (orientata ad una unità europea) dei diritti, ma che domani potrebbe avere esiti diametralmente opposti; ad oggi, tuttavia sono sopravvenuti ulteriori fattori che indirizzano il sistema verso nuove forme di “centralismo statale” in materia di diritti.

4 I “DIRITTI DELLA REPUBBLICA” TRA “COORDINAMENTO DELLA FINANZA PUBBLICA”, “COSTI STANDARD” E “PAREGGIO DI BILANCIO”

Nei dieci anni successivi alla legge costituzionale n. 3 del 2001 la concreta disciplina dei “diritti della Repubblica” (ossia dei diritti previsti dall'ordinamento italiano nella duplice estrinsecazione demandata al statale e a quello regionale) ha seguito lo schema dell'art. 117 della Costituzione che assegna allo Stato la disciplina dei “livelli essenziali” dei diritti civili e sociali per lasciare alla Regione la regolazione dei livelli non essenziali ossia delle (eventuali) più significative (e più onerose dal punto di vista finanziario) forme di riconoscimento dei medesimi diritti.

⁶⁸ Sulla teoria dei c.d. “contro-limiti”, Corte costituzionale sent. n. 232 del 1989.

Come ha chiarito la Corte costituzionale, “l’inserimento nel secondo comma dell’art. 117 del nuovo Titolo V della Costituzione, fra le materie di legislazione esclusiva dello Stato, della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» [si noti che il territorio è definito *nazionale* e non *statale*] attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto. La conseguente forte incidenza sull’esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle Regione e delle Province autonome impone evidentemente che queste scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori” (sent. n. 88 del 2003). Ciò si collega a quanto già prima aveva affermato lo stesso Giudice subito dopo l’entrata in vigore della riforma costituzionale allorché sostenne che per “quanto poi ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, non si tratta di una «materia» in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle” (sent. n. 282 del 2002).

Va detto, però, che il tema dei diritti si è trovato strettamente connesso ad altri due titoli di intervento del legislatore statale che hanno finito per consolidare su più fronti la capacità dello Stato di risolvere quasi del tutto la disciplina dei “diritti della Repubblica” riducendo lo spazio di intervento del legislatore regionale (e finanche della potestà normativa degli enti locali).⁶⁹

Si tratta, in primo luogo, del controllo della spesa pubblica operato dallo Stato (attraverso il titolo comunque di legislazione concorrente con le Regioni relativo al “coordinamento della finanzia pubblica”) in ragione del rispetto degli obblighi contenuti del patto di stabilità e dei vincoli comunitari che gravano sull’Italia;⁷⁰ in secondo luogo, è il caso del complesso percorso di attuazione dell’art. 119 della Costituzione in materia di autonomia finanziaria degli enti territoriali (c.d.

⁶⁹ Come emerge, tra gli altri aspetti, dai risultati della ricerca “La potestà regolamentare degli enti locali” (Prin 2007) ora pubblicati in B. CARAVITA, a cura di, *La potestà regolamentare di Comuni e Province*, Napoli, Jovene, 2011.

⁷⁰ Cfr. legge n. 220 del 2010 e successive modifiche, tra le quali il decreto-legge n. 225/2010 convertito nella legge n. 10 del 2011 e i decreti-legge nn. 98 e 138 del 2011, nonché n. 201 del 2011.

“federalismo fiscale”) di cui alla legge n. 42 del 2009⁷¹ e successivi decreti legislativi che ha fortemente inciso (ed ancor più inciderà in futuro) sulla disciplina dei diritti rafforzando i titoli di intervento statali.⁷²

Come è stato sottolineato, i due temi del controllo della spesa pubblica e del c.d. “federalismo fiscale” hanno finito per incontrarsi tant’è che il processo di attuazione dell’art. 119 della Costituzione ha assunto le forme concrete del tentativo di predisporre adeguati strumenti utili al controllo della spesa della Repubblica piuttosto che alla esaltazione dell’autonomia di entrate e di spesa di Comuni, Province e Regioni riconosciuta direttamente dalla Costituzione.⁷³

Dobbiamo ricordare che negli ultimi anni si è assistito ad un progressivo e costante taglio dei “trasferimenti” finanziari agli enti territoriali autonomi che hanno inciso sulla disponibilità di risorse per l’erogazione di servizi e il concreto “godimento dei diritti”;⁷⁴ inoltre, l’attuazione del “federalismo fiscale” ha posto fine al sistema stesso dei “trasferimenti” (statali e regionali) prevedendo un regime di passaggio dal criterio dei costi *storici* delle funzioni esercitate dagli enti autonomi a quello dei costi *standard*. Questa innovazione ha profondamente inciso sui “diritti della Repubblica” comprimendone lo spazio concreto di azione finanziaria e quindi normativa, relegando gli enti diversi dallo Stato in una posizione di “sudditanza” materiale.

⁷¹ Sulla quale A. FERRARA, G. M. SALERNO, a cura di, *Il “federalismo fiscale”*, Napoli, Jovene, 2010.

⁷² Come noto, l’art. 119 della Costituzione recita: “1. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa. // 2. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno risorse autonome. Stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Dispongono di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio. // 3. La legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante. // 4. Le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite. // 5. Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l’effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni. // 6. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato. Possono ricorrere all’indebitamento solo per finanziare spese di investimento. È esclusa ogni garanzia dello Stato sui prestiti dagli stessi contratti”. Secondo l’art. 117, comma 4, della Costituzione, “sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: [...] armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; [...]. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato”.

⁷³ B. CARAVITA, *Federalismi, federalismo europeo, federalismo fiscale*, in *federalismi.it* n. 9 del 2011.

⁷⁴ Per una ricostruzione degli eventi nell’ultimo triennio, sia consentito rinviare a A. STERPA, *Il “contenimento” del sistema delle autonomie territoriali in Italia (2008-2010)*, in AA. VV., *Sesto rapporto sullo stato del regionalismo in Italia*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 673-763.

Il sistema dei costi *standard*, infatti, ha preteso il calcolo dei costi di ogni funzione di modo da stabilire un parametro che su scala nazionale sarà utilizzato per definire virtuosismi e inefficienze locali. Sorvolando in questa sede sui profili più specifici del tema, è doveroso evidenziare che – in ragione di queste scelte – siamo in presenza di una vera e propria ridefinizione dei costi e quindi dei livelli dei servizi connessi ai diritti in tutti i livelli di governo.

Ciò vale sia per le Regioni (per le quali vale anche il Patto per la salute e l'intesa sul rientro del debito sanitario⁷⁵) con riferimento ai livelli essenziali di assistenza (LEA) in materia sanitaria per cui il decreto legislativo n. 68 del 2001, recante la disciplina del c.d. “federalismo fiscale regionale”, prevede che “il fabbisogno sanitario standard, [...], compatibilmente con i vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria, costituisce l'ammontare di risorse necessarie ad assicurare i livelli essenziali di assistenza in condizioni di efficienza ed appropriatezza”; detto costo, definito con modalità anche di collaborazione interistituzionale, lascerà tutte le prestazioni ulteriori in capo alla Regione e, dunque, nella disponibilità del legislatore e delle entrate finanziarie regionali.

Per quanto riguarda gli enti locali, invece, la Sose S.p.a. sta svolgendo l'attività tecnica di calcolo dei costi *standard* delle funzioni fondamentali (definite in via provvisoria)⁷⁶ con l'idea che, a regime, gli enti locali dovranno essere giudicati, nel loro andamento finanziario, proprio in ragione di detti costi che, ovviamente, costringeranno tutte le realtà locali ad avvicinarsi ad essi con effetti sui diritti legati alle attività amministrative.

Se, come è stato sottolineato, “i meccanismi perequativi e compensativi sono preordinati proprio a scongiurare che venga compromesso il valore della

⁷⁵ Conferenza Stato-Regioni, 3 dicembre 2009, “Intesa, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano concernente il nuovo Patto per la salute per gli anni 2010-2012” (Repertorio n. 243/CSR) (09A15603) (G.U. Serie Generale n. 3 del 5 gennaio 2010).

⁷⁶ Art. 21, comma 3, della legge n. 42 del 2009: “Per i comuni, le funzioni, e i relativi servizi, da considerare ai fini del comma 2 sono provvisoriamente individuate nelle seguenti: a) funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo, nella misura complessiva del 70 per cento delle spese come certificate dall'ultimo conto del bilancio disponibile alla data di entrata in vigore della presente legge; b) funzioni di polizia locale; c) funzioni di istruzione pubblica, ivi compresi i servizi per gli asili nido e quelli di assistenza scolastica e refezione, nonché l'edilizia scolastica; d) funzioni nel campo della viabilità e dei trasporti; e) funzioni riguardanti la gestione del territorio e dell'ambiente, fatta eccezione per il servizio di edilizia residenziale pubblica e locale e piani di edilizia nonché per il servizio idrico integrato; f) funzioni del settore sociale. 4. Per le province, le funzioni, e i relativi servizi, da considerare ai fini del comma 2 sono provvisoriamente individuate nelle seguenti: a) funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo, nella misura complessiva del 70 per cento delle spese come certificate dall'ultimo conto del bilancio disponibile alla data di entrata in vigore della presente legge; b) funzioni di istruzione pubblica, ivi compresa l'edilizia scolastica; c) funzioni nel campo dei trasporti; d) funzioni riguardanti la gestione del territorio; e) funzioni nel campo della tutela ambientale; f) funzioni nel campo dello sviluppo economico relative ai servizi del mercato del lavoro”.

eguale opportunità nell'esercizio dei diritti costituzionali, sebbene assunti nel loro nucleo essenziale";⁷⁷ appare comunque evidente che la questione dei diritti nella Repubblica delle autonomie deve oggi "fare i conti" (mai espressione fu più esatta) con il complessivo riassetto della spesa pubblica nella certezza, ormai assunta dalla dottrina, che tutti i diritti hanno un costo.⁷⁸

In particolare deve essere sottolineato che, definendo il decreto legislativo n. 68 del 2011 ridotti margini di reale autonomia finanziaria per le Regioni, le vere e proprie leve regionali sono molto esigue e difficilmente in grado – soprattutto nei territori destinatari delle risorse in perequazione – di poter estendere a tutte le Regioni il "diritto" ai livelli non essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Una situazione che pare aggravarsi, almeno sulla carta, anche per Province e Comuni che – fatta salva l'ipotesi di riforma delle prime⁷⁹ – godono anch'essi di ridotti margini per manovrare le proprie entrate e, conseguentemente, per innalzare gli standard di erogazione dei servizi e di funzionamento dell'amministrazione locale per garantire prestazioni che eccedano i livelli essenziali dei diritti.

Infine, occorrerà verificare anche l'impatto che sui "diritti della Repubblica" avrà la recente modifica costituzionale che ha introdotto in Costituzione il vincolo del "pareggio di bilancio"⁸⁰ (modificando gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost. e, in particolare, spostando dalle materie di competenza legislativa concorrente a quelle di esclusiva spettanza statale l'"armonizzazione dei bilanci pubblici", oltre che il complesso sistema di vincoli finanziari posti dal "fiscal compact" europeo ratificato dall'Italia.⁸¹

⁷⁷ R. NANIA, *La questione del "federalismo fiscale" tra principi costituzionali ed avvio del percorso attuativo in federalismi*, *it* n. 23 del 2009 e M. BELLETTI, *Diritti costituzionali e Regioni*, in R. NANIA, P. RIDOLA, a cura di, *I diritti costituzionali*, vol. III, Torino, Giappichelli, 2006.

⁷⁸ S. HOMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti, Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), Bologna, Il Mulino, 2000.

⁷⁹ Cfr. da ultimo, decreto-legge n. 201 del 2011 spec. art. 23.

⁸⁰ Si tratta della legge costituzionale n. 1 del 2012 che, pur prevedendo la sua entrata in vigore all'esercizio finanziario 2014, definisce un nuovo sistema di vincoli per la spesa pubblica. Proprio sul crescente impatto dell'Unione europea sul nostro ordinamento cfr. B. CARAVITA, *Trasformazioni costituzionali nel federalizing process europeo*, Napoli, Jovene, 2012.

⁸¹ Legge 23 luglio 2012, n. 114 recante "Ratifica ed esecuzione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria tra il Regno del Belgio, la Repubblica di Bulgaria, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, l'Irlanda, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, la repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, il Granducato di Lussemburgo, l'Ungheria, Malta, il regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica portoghese, la Romania, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca, la Repubblica di Finlandia e il Regno di Svezia, con Allegati, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012"; Legge 23 luglio 2012, n. 115 recante "Ratifica ed esecuzione della Decisione del Consiglio europeo 2011/199/UE che modifica l'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, fatta a Bruxelles il 25 marzo 2011"; Legge 23 luglio 2012, n. 116 recante "Ratifica ed esecuzione del Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità (MES), con Allegati, fatto a Bruxelles il 2 febbraio 2012".

MODELLI FAMILIARI. LIMITI COSTITUZIONALI ED INTERPRETAZIONE

Alessandra Pera

1 PREMESSA

Il diritto di famiglia è considerato, più di altri settori del diritto privato, espressione di modelli sociali, culturali, etici e, talvolta, religiosi, propri di un dato popolo, di una data tradizione storica e giuridica, spesso collegati anche ad una base geografico-territoriale ben determinata.¹

Ciò rileva quando si discute di armonizzazione ed uniformazione² di regole giuridiche avuto riguardo ai rapporti tra singoli ordinamenti nazionali e sistemi sovranazionali, soprattutto nella misura in cui gli ordinamenti nazionali predispongono strumenti tra loro antitetici per realizzare interessi e tutelare diritti che ritengono meritevoli, alla luce dei valori di riferimento che sono relativi.

In proposito emergono questioni che possono essere rappresentate come dei cerchi concentrici, che partono da un piano quasi ontologico, legato alla definizione del concetto di famiglia, che varia da Stato a Stato, e si restringono quando, a seconda dei differenti presupposti e dei diversi elementi costitutivi del concetto in questione, ciascun ordinamento tratteggia e disciplina le relazioni familiari. Per cui, ad esempio, seppure i sistemi tendano ad utilizzare l'istituto familiare quale luogo di protezione del minore, realizzano tale obiettivo attraverso strumenti e percorsi molto diversi.

¹ Così, H. Kahn Freund, Book Review, *Legal Transplants*, in 91 L.Q.R., 1975, pp. 292 ss.; per un approccio in parte diverso, si rinvia agli studi di Alan Watson ed al suo, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, trad. it. a cura di G. Smorto, in *Giuristi stranieri di oggi*, Giuffrè, Milano, 2006; Id., *Il trapianto di norme giuridiche, Un approccio al diritto comparato*, nella traduzione italiana a cura della Scuola di Perfezionamento di Camerino, Collana di traduzioni, V. 10, Napoli, 1984; Id., *Legal Transplants and Law Reform*, in 92 L.Q.R., 1972, pp. 79 ss.; Id., *Comparative Law and Legal Change*, in 38 *Camb. L. J.*, 1978, pp. 313 ss.; Id., *Two-Tier Law, An approach to law making*, in 27 *Int. & Comp. L. Q.*, 1978, pp. 552 e ss. Per un approccio critico alle teorie di Watson, si veda R.L. Abel, *Law as lag: Inertia as social theory of law*, in 80 *Mich. L. Rev.*, 1981-2, pp. 785 e ss.; H. Khan Freund, Book review – *Legal Transplants*, in 91 L.Q.R., 1975, pp. 292 e ss. Per la dottrina italiana, vd. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1992, pp. 136 e ss.; id., *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1988, n. 6; U. Mattei-P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, p. 38; S. Ferreri, *Assonanze transoceaniche. Tendenze a confronto*, in *Quadrimestre, rivista di diritto privato*, 1993, pp. 179 ss.; M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Esi, Napoli, 2001, p. 78.

² In dottrina, un'analisi dei concetti di armonizzazione, uniformazione ed unificazione giuridica e degli strumenti funzionali alla realizzazione di questi processi si trova in G. Benacchio, *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Cedam, Padova, 2010, pp. 18-26; S. Ferreri, voce *Unificazione, uniformazione*, in *Digesto civ.*, vol. XIX, Utet, Torino, 1999, p. 504; M. Serio, *Sistemi di integrazione giuridica e tecniche di armonizzazione, uniformazione ed unificazione per influsso del diritto comunitario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2006, pp. 162-176.

L'eterogeneità dei sistemi europei in materia di diritto di famiglia e la sopravvenuta transnazionalità del fenomeno sociale famiglia hanno posto però il tema della necessità, utilità o opportunità di un avvicinamento delle legislazioni nazionali.

La letteratura in materia è stata molto prolifica e fondamentale orientata in due direzioni: una parte della dottrina manifesta un'adesione entusiastica all'unificazione normativa, quale obiettivo funzionale all'integrazione europea;³ altra parte degli studiosi mostra non poche perplessità verso il fenomeno, in ossequio alla conservazione della diversità e pluralità giuridica, come valore fondante.⁴

Nel corso di questo lavoro non sarà possibile ricostruire questi diversi atteggiamenti, che hanno prodotto “spinte” verso l'armonizzazione delle norme di diritto sostanziale sia a livello di formante dottrinale, sia a livello di formante giudiziale,⁵ ma non ancora, quanto meno in modo compiuto, a livello legislativo.

Possono anche essere individuate le “controspinte”, reali o presunte, derivanti non solo dall'atteggiamento di una certa dottrina, ma anche da limiti costituzionali, reali o presunti, superabili o non superabili, ed ancora dall'emerge di istanze di particolarismo giuridico, connesse ai fenomeni migratori, e di localismi legati al decentramento legislativo ed al regionalismo.

In questo studio si intende analizzare, in particolare, le “controspinte” legate al nostro testo costituzionali ed ai valori di riferimento in esso sanciti.

Più in generale, si registra un diffuso atteggiamento di diffidenza e di malessere verso il progetto europeo nel suo complesso, che pesa in una prospettiva di uniformazione in materia di diritto privato ed, ancor più, in materia di relazioni familiari.

Non si può affrontare in questa sede la questione del consenso e della partecipazione sia dell'opinione pubblica sia della classe politica europea al processo

³ Per un approccio non massimalista, ma favorevole all'europeizzazione del diritto privato, si veda E. Stein, *Un nuovo diritto per l'Europa. Uno sguardo d'oltre oceano*, in *Giuristi stranieri di oggi*, Giuffrè, Milano, 1991.

⁴ Tra i più critici, si vedano D. Bradley, *A family law for Europe? Sovereignty, political, economy and legitimation*, in K. Boele Woelki (a cura di), *Perspective for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, Oxford-New York, 2003, pp. 65-104; M. Antokolskaia, *The better law approach and the harmonisation of family law*, in K. Boele Woelki (a cura di), *Perspective for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, Oxford-New York, 2003, pp. 159-183; M. Jantera-Jareborg, *Unification of international family law in Europe – A critical perspective*, sempre in K. Boele Woelki (a cura di), Intersentia, Oxford-New York, 2003, pp. 194-216; C. McGlynn, *A family law for the European Union*, in J. Shaw (a cura di), *Social law and policy*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 223 ss.; Id., *The Europeanisation of family law*, in *CFLQ*, 2001, pp. 35 ss.; S. Ninatti-A. Rovagnati, *Verso un diritto europeo delle relazioni familiari*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, pp. 425-428; S. Patti, *Il “principio famiglia” e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2006, pp. 529-544; Id., *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 231 ss.; Id., *Il diritto di famiglia nei paesi dell'Unione Europea: prospettive di armonizzazione*, in T. Auletta (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 15 ss.

⁵ Per una disamina approfondita dei diversi atteggiamenti registrati in proposito, sia consentito il rinvio ad A. PERA, *Il diritto di famiglia in europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Giappichelli, Torino, 2012.

di integrazione ed alle sue basi, che, però, per quanto più ci interessa, trovano dei momenti qualificanti nella CEDU, nella Carta di Nizza e nel Trattato di Lisbona.⁶

Non può trascurarsi, infatti, il valore fortemente simbolico dei progetti di armonizzazione, ma neppure l'esigenza di fondare una competenza europea in materia di diritto di famiglia, che non è espressamente prevista né dai Trattati istitutivi, né da quelli modificativi. Ciò, infatti, ha reso necessario legittimare gli interventi europei, seppur timidi, veicolandoli attraverso il principio di libera circolazione delle persone, la tutela dei diritti fondamentali, il diritto internazionale privato comunitario e le norme in materia di immigrazione.

Si tratta di un complesso di nozioni, concetti, principi e metodi formati nel tempo, ad opera soprattutto della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, riguardante i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamenti interni ed i principi e i diritti funzionali all'attuazione piena del mercato unico, quale luogo di integrazione e coesione economica, ma anche e soprattutto sociale.

L'idea è quella di un sistema a più livelli di efficacia, nazionale e sovranazionale, dove regole e principi di diritto interno sono affiancati da regole e principi "comuni" di un diritto europeo, secondo tecniche di apertura del sistema delle fonti e di comparazione già note al diritto comune europeo dei secoli passati.

Infatti, un sistema multi-livello ha evidentemente bisogno di un sufficiente grado di flessibilità e adattabilità interpretativa per mantenere la sua unitarietà di fondo rispetto alla pluralità e diversità delle sue articolazioni territoriali e settoriali: a tale scopo esso ha quindi bisogno di dotarsi di principi generali, individuati partendo da valori condivisi dai singoli ordinamenti nazionali.

In quest'ottica la "cittadinanza europea", dovrebbe essere il fulcro del meccanismo, in quanto, in aggiunta alla appartenenza e identità nazionale, completa ed arricchisce la dotazione dei diritti della persona, proiettandola appunto nella dimensione di regole e principi comuni.⁷

I valori di riferimento sarebbero, quindi, indicati dalla Carta di Nizza, dalla CEDU e dal Trattato di Lisbona.

⁶ Il Trattato di Lisbona modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea. È stato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, pubblicato in G.U.U.E., n. C306, 17 dicembre 2007 e nella versione consolidata in G.U.U.E., n. C115, 9 maggio 2008.

⁷ Sui rapporti funzionali tra armonizzazione del diritto privato europeo e dimensione della cittadinanza europea, si rinvia al saggio di L. MOCCIA, *Dal "mercato" alla "cittadinanza": ovvero, dei possibili itinerari di diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 395 ss..

2 INTERPRETAZIONE GIURIDICA E PRINCIPI COSTITUZIONALI

Secondo una certa dottrina⁸ i principi che disciplinano, innanzitutto a livello costituzionale, l'istituto della famiglia sono espressione, sotto il profilo etico, della comune identità di una nazione, e dunque, come tali, non sono sottoponibili a processi di armonizzazione (e tanto meno di unificazione) da parte delle istituzioni europee (sia a livello legislativo che a livello giurisprudenziale).⁹ Secondo questa prospettiva, ogni nazione avrebbe un suo *ethos*, di cui la concezione della famiglia sarebbe una componente importante; intaccare questo elemento significherebbe, dunque, toccare un punto che non è di competenza dell'Unione Europea, modificare, e, cosa più grave, contribuire a un processo di disgregazione morale delle varie culture facenti parte dell'Unione Europea.¹⁰

Ci sia consentito, in primo luogo, esprimere la nostra contrarietà a questa concezione,¹¹ e, in secondo luogo, la preferenza per un punto di vista favorevole a processi di omogeneizzazione del diritto europeo su questo versante; processi visti, tuttavia, come l'esito, dal basso, di tendenze dottrinali e giurisprudenziali di lungo periodo, e non come il prodotto di un intervento legislativo calato dall'alto.

In ogni caso, indipendentemente da quale percorso di armonizzazione venga privilegiato, si pone il problema se per davvero le varie concezioni della famiglia, soprattutto nelle loro proiezioni giuridiche, siano talmente diverse nei vari Stati europei, da impedire l'insorgere di un processo di omogeneizzazione.

⁸ Cfr. D. BRADLEY, *A family law for Europe? Sovereignty, Political economy and legitimation*, in K. BOELE-WOELKI (a cura di), *Perspective for the unification and harmonization of family law in Europe*, Intersentia, Oxford-New York, 2003, pp. 65-104; M. ANTOLOSKAIA, *The harmonisation of family law: old and new dilemmas*, in 1 ERPL, 2003, pp. 30 ss; Id., *The "better law" approach and the harmonization of family law*, in K. BOELE-WOELKI (a cura di), cit., Intersentia, Oxford-New York, 2003, p. 159; J.J. LEMOULAND, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-declin?*, Dalloz, Chron., 1997, p. 130; W. PINTENS, *Europeanisation of Family Law*, in K. BOELE-WOELKI (a cura di), cit., Intersentia, Oxford-New York, 2003, p. 22; O. KAHN-FREUND, *Common law and civil law - Imaginary and real obstacles to assimilation*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *New perspectives for a common law of Europe*, Sijthoff, Bruylant, 1978, p. 141; N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, pp. 1-14; M. MELL, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia, in Europa e diritto privato*, 2007, p. 476.

⁹ Per una opinione contraria e, quindi, favorevole al processo di armonizzazione cfr. K. BOELE-WOELKI-T. SVERDRUP, *European challenges in contemporary family law*, Portland, Intersentia, 2008; K. BOELE-WOELKI, *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Oxford, 2005; M.R. MARELLA, *L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodo e obiettivi*, in S.P. PANUZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 513-567. Per un approccio problematico al tema della riunificazione della famiglia e della libera circolazione e per una ricostruzione della giurisprudenza europea su alcuni temi sensibili, v. P. MENGOZZI, *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Famiglia e Diritto*, 2004, pp. 643-647.

¹⁰ Per tutti, cfr. D. BRADLEY, op. cit., in *Perspective for the unification and harmonization of family law in Europe*, Boele-Woelki K. Ed., 2003, Intersentia, pp. 65-104; e Khan-Freund O., *Book Review, Legal Transplants*, in 91 L.Q.R., 1975, 292 ss.. C. McGlynn, *Families and the European Union. Law, politics and pluralism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

¹¹ La nostra posizione è più diffusamente e meglio espressa in A. PERA, op. cit., Giappichelli, Torino, 2012.

Una parte importante di queste varie concezioni giuridiche dell'istituto familiare è quella che si condensa nei principi costituzionali, che rappresentano la concretizzazione normativa che il costituente, nei vari contesti storici di riferimento, ha operato dei valori ritenuti più importanti all'interno di quella data organizzazione giuridica.¹²

Ebbene, in questa sede, limitatamente al contesto della nostra organizzazione giuridica, tenteremo di accertare se per caso i nostri principi costituzionali dedicati, direttamente o indirettamente, all'istituto della famiglia costituiscano per davvero un serio limite al processo di armonizzazione, e proprio per il fatto di esprimere contenuti valutativi e normativi in contrasto non solo con l'attuale legislazione e la giurisprudenza europea in materia, con la Carta di Nizza e la Cedu, ma anche con le loro prevedibili linee di tendenza future. Nel fare ciò saremo costretti ad occuparci di tematiche di teoria del diritto molto difficili e complesse, delle quali potremo dar conto in modo purtroppo molto superficiale.

Anticipando per un attimo i risultati della nostra indagine, possiamo subito dire che quello che emerge dalla lettura interpretativa dei nostri principi costituzionali sul diritto di famiglia è che questi ultimi non rappresentano, in realtà, un limite al processo di armonizzazione del diritto di famiglia europeo (qualunque sia la strada che si intraprenda per realizzarlo), né è prevedibile che possano esserlo in futuro, stando alle linee evolutive di questa disciplina.¹³

L'analisi concernente i principi costituzionali rivolti all'istituto della famiglia, presenta, come cercheremo di chiarire fra poco, due diversi profili, di metodo e di merito, che saranno entrambi sottoposti ad indagine.

Il profilo di metodo riguarda il modo con cui accostarsi ai principi costituzionali sopra menzionati per coglierne il significato e, dunque, coinvolge la fondamentale tematica dell'interpretazione giuridica e, segnatamente, dell'interpretazione costituzionale. Il profilo del merito riguarda, invece, il contenuto di questi principi, innanzitutto nella loro dimensione semantica minimale che si suppone sia condivisa da tutti gli – o dalla maggior parte degli – orientamenti che si occupano di questi principi costituzionali.

A ben guardare, tuttavia, i due profili sono strettamente collegati. Per renderci conto di ciò, occorre muovere da una tesi di teoria dell'interpretazione giuridica ormai ampiamente diffusa fra gli studiosi operanti in quell'ambito, quella

¹² La filosofia del diritto contemporanea insiste molto sull'idea che i principi giuridici rappresentino la concretizzazione normativa di valori. Cfr., in particolare, N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, Edward Arnold, London, 1981, p. 48.

¹³ Per un dialogo possibile, Cfr. M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quaderni cost.*, 2009, pp. 537 ss.; D. TEGA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Quaderni cost.*, 2007, pp. 431 ss.; Id., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub costituzionale" del diritto*, in *Quaderni cost.*, 2008, pp. 133 ss..

secondo cui la norma vera e propria (principio o regola che sia¹⁴) è il risultato del processo di interpretazione, che muovendo dalla disposizione di partenza, attribuisce ad essa un – possibile – significato.¹⁵

E' una tesi abbastanza scontata di teoria dell'interpretazione giuridica,¹⁶ a meno di non aderire a impostazioni ormai superate, legate al formalismo interpretativo, che molto spesso, a partire da una singola disposizione giuridica possono essere ricavate più norme (e dunque essere attribuiti più significati), in ragione della generalità e vaghezza dei termini impiegati nelle disposizioni giuridiche; e ciò vale a maggior ragione per le disposizioni giuridiche che esprimono principi, che sovente contengono locuzioni impregnate di valori, quali, ad esempio (per fare riferimento a quelle che ci interessano di più in questa sede), “dignità sociale” (art. 3 comma 1 della Cost.), “pieno sviluppo della persona umana” (art. 3, comma 2 della Cost.), “famiglia come società naturale” (art. 29, comma 1 della Cost.).¹⁷ Si tratta di locuzioni la cui apertura di significato è molto considerevole, non soltanto in ragione del fatto che tutte le locuzioni che fanno riferimento a valori lo sono; ma anche in ragione del fatto che esprimono delle nozioni (“dignità della persona”, “diritti della famiglia come società naturale”, ecc.) che sono frutto di compromessi fra visioni etico-politiche diverse, quelle che stanno alla base della impostazione che è stata data al nostro testo costituzionale.

Esploreremo più in là, nel corso di questo studio, alcune implicazioni, forse non scontate, di questa considerazione, la quale ultima non ci pare possa essere revocata in dubbio. Qui ci limitiamo a metterne in rilievo una, particolarmente importante: quella secondo cui di buona parte dei nostri principi costituzionali, quelli che contengono riferimento a “valori”, sono possibili letture interpretative diverse, e proprio in ragione di una delle concezioni comprensive¹⁸ (laico-liberale, cattolico-comunitaria, socialista)

¹⁴ Sulla distinzione fra la classe dei principi (della quale sono membri i principi costituzionali) e quella delle regole (buona parte delle disposizioni legislative sono regole), cfr. il fondamentale lavoro di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1977; trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 93-97.

¹⁵ Per una esposizione particolarmente chiara e persuasiva di questa tesi, cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 9-10.

¹⁶ In tutto quello che diremo, a seguire, sulla teoria dell'interpretazione giuridica, faremo riferimento ad un recentissimo libro di V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹⁷ Un presupposto di quel che diremo sull'attività interpretativa è che *l'interpretazione costituzionale* non è qualitativamente diversa (le tecniche interpretative possono mutare, ma non la struttura dell'atto interpretativo) *dall'interpretazione della legge*. Alla prima possono dunque applicarsi (salve le differenze fra gli argomenti impiegati) le tesi sull'interpretazione che utilizzano come campo privilegiato di riferimento l'interpretazione della legge. Per questa tesi cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 115-118.

¹⁸ La locuzione “concezioni comprensive” è tratta dal noto libro del filosofo politico americano J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1996; trad. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994.

che stanno sullo sfondo della Costituzione.¹⁹ Vedremo fra poco come questo profilo avrà una certa importanza nell'interpretazione dei principi costituzionali che riguardano, direttamente o indirettamente, il nostro diritto di famiglia.

Quanto or ora detto sull'interpretazione spiega la stretta relazione che vi è fra questioni di metodo e questioni di merito in relazione all'analisi dei principi costituzionali sul diritto di famiglia. Il contenuto normativo di quei principi dipende, infatti, in una certa misura, dall'interpretazione di cui essi sono fatti oggetto e, dunque, anche dal modo in cui essa viene condotta (in termini di concezioni valutative di sfondo, di argomenti impiegati, ecc.). Affermiamo che dipende "in una certa misura", perché, ovviamente, la formulazione linguistica delle disposizioni di partenza esercita un vincolo piuttosto forte, in relazione all'insieme dei significati convenzionali di base delle espressioni impiegate, sulle loro possibili interpretazioni.

A questo punto, però, crediamo sia opportuno soffermarci ad esaminare la struttura dell'atto interpretativo, onde preparare la strada per il discorso che faremo nel prossimo paragrafo, relativo a quella che riteniamo sia l'interpretazione più feconda del complesso di principi che sono rilevanti per tracciare un quadro coerente della disciplina costituzionale del diritto di famiglia. Infatti, come detto, tracciare un metodo per l'interpretazione giuridica significa influenzarne, in una certa misura, i risultati e, dunque, configurare in un certo modo, piuttosto che in un altro, il contenuto normativo dei principi oggetto di interpretazione.

Secondo le teorie più recenti e accreditate²⁰, l'attività interpretativa si sviluppa dinamicamente, muovendo dal significato convenzionale "di partenza" della disposizione interpretanda e avendo come punto di arrivo la costruzione del suo significato compiuto (la norma vera e propria). Quest'ultimo viene prodotto attraverso un lavoro di concretizzazione e di specificazione del significato di partenza, alla luce dell'intervento sempre necessario del contesto. Inoltre, sempre secondo la teoria cui ci stiamo riferendo, può accadere che da un unico significato di partenza di una determinata disposizione vengano ricavati più significati compiuti, in ragione dei differenti tipi di contesto impiegati.

In questa teoria il contesto gioca un ruolo assolutamente essenziale nell'attività interpretativa; e, come vedremo, un ruolo altrettanto essenziale lo avrà nell'interpretazione dei principi costituzionali che disegnano il quadro normativo fondamentale del diritto di famiglia. All'interno della nozione di contesto, tuttavia, bisognerà distinguere due dimensioni, altrettanto importanti.

Ma andiamo con ordine. Forniremo in prima battuta una definizione molto generale, che fa comune riferimento a due sensi di "contesto", che poi

¹⁹ Questa tesi sul ruolo delle concezioni comprensive nelle diverse interpretazioni della Costituzione viene messa in evidenza, soprattutto con riferimento alle questioni di pertinenza del diritto penale, da G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, di prossima pubblicazione in *Riv. it. Dir. proc. pen.*

²⁰ Facciamo riferimento, ancora una volta, al libro di V. VILLA, op. cit., cap. V.

provvederemo a distinguere.²¹ In accordo con questa definizione, per “contesto” deve intendersi, nella sua accezione più generale, la situazione complessiva in cui un certo enunciato (e dunque anche una certa disposizione, il nome che viene dato agli enunciati giuridici) viene usato (e dunque, nel nostro caso, viene interpretato), situazione costituita dal testo integrale in cui l’enunciato si iscrive, dalle coordinate della situazione concreta in cui l’interpretazione viene prodotta, e, in ultimo, ma non per ultimo, dalla complessa rete di credenze, valutazioni, informazioni, ecc., che fanno parte del contesto culturale (in questo caso, in primo luogo della cultura giuridica) in cui l’interprete è inserito.

E’ importante, adesso, chiarire la distinzione, assolutamente centrale, fra i due sensi di contesto implicati da questa definizione, anche perché entrambi, come vedremo, giocano un ruolo molto rilevante nella interpretazione dei principi costituzionali relativi al diritto di famiglia. Forniremo queste definizioni calibrandole sull’oggetto di cui dovremo occuparci e, cioè, il testo costituzionale.

In un primo senso, per “contesto” si intende il “contesto prossimale”,²² quello più vicino alla situazione comunicativa in cui è collocato l’interprete. Tale contesto è composto da due diversi ordini di elementi, che danno così vita a due sensi diversi di contesto prossimale. In accordo con il primo senso, del contesto fanno parte gli elementi precisi, locali, e identificabili della situazione in cui l’enunciato interpretando viene recepito da qualcuno (coordinate spazio-temporali, l’ambiente fisico in cui si produce la comunicazione, eccetera). Questo primo tipo di contesto prossimale verrà chiamato “contesto situazionale”.²³

Il secondo ordine di elementi è rappresentato dal testo linguistico complessivo in cui si inserisce il singolo enunciato-disposizione (in questo caso il testo della Costituzione), insieme a tutti gli altri materiali linguistici rilevanti (interpretazioni consolidate della Costituzione o di alcune sue parti, modelli argomentativi impiegati, eccetera) che possono contribuire alla determinazione del significato della disposizione. A questo secondo senso di contesto prossimale si dà normalmente il nome di “cotesto”.²⁴

In un secondo senso, per “contesto” si intende quell’insieme di credenze teoriche molto generali e di orientamenti valutativi di sfondo (una concezione “liberale” della Costituzione, ad esempio) che costituiscono una delle componenti della cultura giuridica di cui fa parte l’interprete (nell’ipotesi, molto probabile nel

²¹ Per queste definizioni, cfr. sempre V. VILLA, op. cit., pp. 131-136. Cfr. anche, per quanto concerne questa prospettiva nell’ambito più generale della filosofia del linguaggio, C. BIANCHI, *Pragmatica del linguaggio*, Laterza, Bari-Roma, 2007, p. 10.

²² Cfr., per questa locuzione, C. BIANCHI, *La dipendenza contestuale. Per una teoria pragmatica del significato*, ESI, Napoli, 2001, p. 268.

²³ V. Villa, op. cit., p. 132.

²⁴ Per una definizione di “cotesto” si veda U. ECO, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Einaudi, Torino, 1984, p. 66.

nostro caso, che la cultura giuridica non sia omogenea), credenze e orientamenti condivisi dall'interprete stesso. A questo secondo tipo di contesto si usa dare il nome di "contesto di sfondo".²⁵

3 I DUE MODELLI NORMATIVI DI FAMIGLIA

Abbiamo adesso tutti gli elementi per provare ad individuare, certo in modo molto schematico e sommario, alcuni profili dell'interpretazione dei principi costituzionali sul diritto di famiglia, sia di quelli che ne tracciano direttamente le coordinate fondamentali (artt. 29 e 30 Cost.), sia di quelli, di carattere gerarchicamente sovraordinato, che ne orientano l'interpretazione (artt. 2 e 3 Cost.). Cercheremo, adesso, di evidenziare alcuni aspetti rilevanti di tale disciplina, con lo specifico scopo di mostrare, che, alla luce dell'interpretazione offerta, essi non costituiscono per nulla un limite al processo di armonizzazione del diritto di famiglia europeo²⁶. Il nostro obiettivo, è bene ribadirlo, non è una lettura interpretativa completa della disciplina costituzionale, ma la messa in evidenza dei punti che sono più rilevanti per fornire argomenti per giustificare la tesi che avanziamo in questo lavoro.

Prima, però, di procedere nell'analisi, è importante sottolineare un punto fondamentale, che rappresenta un forte elemento di distinzione fra la teoria dell'interpretazione, "pragmaticamente orientata", che viene qui accettata, e le teorie intenzionalistiche, per le quali il criterio fondamentale che dovrebbe guidare l'interpretazione sarebbe la ricerca dell'intenzione del legislatore, in questo caso dell'intento originario del costituente.²⁷ Una visione "contestualistica" dell'interpretazione, quale è quella espressa dalla teoria pragmaticamente orientata, si oppone radicalmente ad ogni forma di intenzionalismo, e proprio per il fatto di considerare il contesto un elemento necessario dell'interpretazione; e privilegia, per la stessa ragione, tecniche interpretative che mettono in primo piano l'argomento evolutivo. Da questo punto di vista, la lettura interpretativa che verrà fornita delle disposizioni costituzionali rilevanti per il diritto di famiglia non si preoccuperà di individuare "cosa avevano in mente i costituenti" quando intesero disciplinare l'istituto della famiglia (tra l'altro non avevano in mente idee omogenee), ma come oggi, nell'attuale contesto culturale, può essere ricostruita tale disciplina normativa, sulla scorta, ovviamente, dei vincoli semantici provenienti dal testo, nella connessione sistematica fra le sue parti (il contesto).

²⁵ C. BIANCHI, *La dipendenza contestuale. Per una teoria pragmatica del significato*, cit., p. 268.

²⁶ Cfr. J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2006; S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milano, 2007.

²⁷ Per una prospettiva intenzionalistica, in sede di teoria dell'interpretazione, si veda l'importante libro di A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

Procediamo adesso con ordine e vediamo di fissare i punti per noi qualificanti di questa disciplina costituzionale.

Per ragioni di spazio limiteremo l'analisi a due punti: il primo riguarda i due modelli di famiglia, laico-liberale e cattolico-comunitarista, che sono compresenti nel testo costituzionale; il secondo riguarda la questione del significato morale del riferimento che il Costituente fa al matrimonio come schema privilegiato per la costruzione della famiglia.

Il punto di partenza della ricostruzione interpretativa è rappresentato dall'indicazione di quelli che ci sembrano due elementi centrali del significato di partenza delle disposizioni degli artt. 29 e 30 della Costituzione, quelli su cui si ritiene ci possa essere il consenso quasi unanime della dottrina.²⁸

Il primo elemento riguarda la disciplina del rapporto di coppia. Il costituente fonda il rapporto di coppia sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, comma 2, Cost.) e, dunque, archivia l'idea tradizionale della famiglia come "confinamento della sessualità" e come "avente scopo procreativo",²⁹ configurando tale rapporto come un rapporto paritario espressione di una relazione affettiva. Nel fare questo il Costituente indica un modello paradigmatico (ma non l'unico), considerando il matrimonio come lo schema familiare più adeguato per il raggiungimento di quei fini (art. 29, comma 1, Cost.).³⁰

Il secondo elemento è quello della famiglia, che ricomprende la dimensione della nascita e della formazione dei figli. Qui il legislatore esprime una tutela normativa più precisa, stabilendo un principio di responsabilità per i genitori nell'educazione (art. 30, comma 1, Cost.) ed inserendo nella tutela dei figli anche quelli "nati fuori dal matrimonio" (e quindi tutelando implicitamente le famiglie non fondate sul matrimonio).

Questi due elementi rappresentano i parametri stabili della disciplina da cui partire per l'interpretazione. Ebbene, nel momento in cui inneschiamo l'attività

²⁸ Qui riprendiamo le tesi espresse, con molta chiarezza, da M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo morale*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2010, p. 11.

²⁹ *Ibid.*, p. 12.

³⁰ *Contra*, Corte Cost., ord. N. 192/2006, n. 444/2006, n. 118/2008, con le quali la suprema consulta ha ritenuto che il divieto di espulsione previsto per il coniuge extracomunitario di un cittadino italiano non si estende al convivente di fatto, considerate le peculiarità della famiglia legittima. Più precisamente «la convivenza more uxorio è un rapporto di fatto, privo di caratteri di stabilità e certezza e delle reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri [...] che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima». Per le reazioni della dottrina rispetto a tale orientamento e a quello analogo della Corte di Cassazione, cfr. M. BONINI BARALDI, *Convivente di fatto e permesso di soggiorno per motivi familiari: fenomenologia di una discriminazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2009, pp. 79 ss.; E. CALÒ, *La Cassazione e le convivenze omosessuali fra diritto e (discriminazione a) rovescio*, in *Foro it.*, 2009, p. 2078; M. ACIERNO, *Ricongiungimento familiare per le coppie di fatto: la pronuncia della Cassazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, pp. 458 ss. Per alcuni rilievi di carattere generale, v. anche M. CONDINANZI-C. AMALFITANO, *La libera circolazione della coppia nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, pp. 405 ss.

interpretativa, entrano immediatamente in gioco i fattori contestuali cui abbiamo fatto cenno sopra. Se, infatti, procediamo ad una lettura di questo rapporto di coppia (due persone moralmente e giuridicamente eguali che si incontrano sul piano affettivo) attraverso il criterio del cotesto (il riferimento al testo complessivo nelle sue scansioni gerarchiche), sembra che possiamo legittimamente inserire tale rapporto all'interno della disciplina dell'art. 2 della Costituzione (senza dubbio gerarchicamente più importante). In questo senso il rapporto di coppia sarebbe una delle formazioni sociali (probabilmente la più importante) in cui trovano sviluppo e protezione privilegiata i diritti della persona umana; il rapporto di coppia, pertanto, costituirebbe uno spazio di libertà particolarmente protetto per le persone, da tempo diventate (al posto dei tradizionali soggetti di diritto³¹) i principali punti di imputazione delle garanzie fornite dalla costituzione.

Qui, però, possiamo notare un primo punto di “frizione interpretativa” che crea un ostacolo di un certo rilievo all'interpretazione contestuale (attraverso il riferimento al cotesto) sopra posta in essere, che, come abbiamo visto, raccorda l'art. 2 e l'art. 30, Cost.. Questa lettura personalistica, che presuppone una visione privatistica del rapporto di coppia, si scontra con la dizione dell'art. 29, comma 1, Cost. che fa riferimento ai «diritti della famiglia», dizione che sembra richiamare una visione organicistica, sulla base della quale la famiglia, è una cellula fondamentale della vita sociale, in cui l'aspetto procreativo rimane centrale (tradizionalmente si diceva che la famiglia è il “granaio della società”) e che, dunque, viene ad essere assoggettata ad una disciplina di tipo pubblicistico.

Si profila, a questo punto, un conflitto fra due differenti visioni della famiglia, conflitto che non è certo un'invenzione dell'interprete ma che deriva direttamente da incoerenze presenti nel testo stesso, dipendenti dai termini in esso impiegati. Qui, per comprendere il senso del conflitto e per poterne delineare una soluzione, deve entrare necessariamente in gioco un altro tipo di contesto, il contesto di sfondo, che esprime gli orientamenti valutativi e le credenze teoriche che stanno alla base di un testo da interpretare.

Orbene, se mettiamo in campo questo secondo tipo di contesto, ci accorgiamo (e non è una novità) che il conflitto non è accidentale, ma ha natura endemica, perché dipende dal fatto che sono storicamente confluite, nello stesso testo, concezioni etico-politiche di sfondo diverse (laico-liberale, socialista, cattolica). Si tratta di concezioni che non sempre hanno trovato una composizione coerente delle loro differenze nella formulazione compromissoria delle disposizioni costituzionali.

³¹ Questo passaggio fondamentale, che riguarda tutti gli Stati di diritto costituzionali occidentali, è stato magistralmente descritto da S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

Il diritto di famiglia è uno dei campi in cui il conflitto non riesce a comporsi adeguatamente. Vi troviamo, in effetti, la proiezione, nello stesso testo, di due modelli diversi: un modello di famiglia parzialmente privatistico (perlomeno per quanto attiene al rapporto di coppia, perché la componente pubblicistica entra in campo in ordine alla tutela dei figli) di ispirazione laico-liberale e un modello pubblicistico-comunitario di ispirazione cattolica.

E' chiaro che la compresenza di questi due modelli crea spazi di discrezionalità molto maggiori all'interprete rispetto a quelli che normalmente gli competono; ma soprattutto gli impone, in un certo senso, una scelta fra i due modelli, una scelta, cioè, fra una delle due concezioni facenti parte dello stesso contesto di sfondo, una scelta che sia poi in grado di orientare l'interpretazione delle disposizioni dell'art. 29 Cost. e delle altre ad essa connesse; una scelta, tuttavia, che, data la sua rilevanza e la sua collocazione alla sommità del sistema, ha bisogno di essere giustificata, di essere supportata da argomenti. Ebbene, quando entrano in campo argomenti si può sempre discutere di quali siano quelli, in un certo senso, "migliori", perché più fecondi, di maggiore potenziale esplicativo, di maggiore "peso valutativo", eccetera.

Nel nostro caso, in ordine alla scelta fra un modello di famiglia a carattere prevalentemente privatistico e un modello pubblicistico di ispirazione cattolico-comunitarista, crediamo che gli argomenti più forti militino a favore del primo; il che non vuol dire, tuttavia, che tale scelta sia obbligata. Resta legittima e confortata da elementi testuali la scelta a favore del secondo modello. Comunque, la scelta in favore del primo modello è preferibile, in primo luogo perché, da un punto di vista squisitamente giuridico, l'argomento contestualistico che fa leva sul contesto mette in evidenza il ruolo gerarchicamente sovraordinato dell'art. 2 Cost., che tutela i diritti inviolabili della persona e che garantisce, nell'interpretazione laico-liberale, i diritti individuali dei due soggetti che formano la coppia. L'art. 2 Cost. enuncia un principio supremo, che ha ormai assunto il ruolo di sede privilegiata come fonte di derivazione dei diritti fondamentali della persona (in una lista di diritti che ormai viene considerata "aperta").

In secondo luogo, tale scelta è preferibile, da un punto di vista squisitamente valutativo, perché è in maggiore sintonia con l'obiettivo che in questa sede si ritiene altamente meritevole di essere perseguito, e cioè la circolazione e la competizione dei diversi modelli di diritto di famiglia nel quadro europeo.³² Infatti, nell'ambito del diritto europeo sembrano prevalenti, a livello sia di diritto sostanziale che di diritto

³² In questo senso, M. FINOCCHIARO, *Una nozione ampia di "familiare" fa spazio alle unioni di fatto*, in *Guida al diritto*, 2007, pp. 28-30; G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2010, pp. 802-833; L. PANNARALE, *Le regole dell'amore. Famiglie e diritti in Italia ed in Europa*, in *Pol. dir.*, 2007, pp. 217-241; B. RICCIO, *Libertà della persona e fonti del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2006, pp. 304-310; F. VARI, *Unità nella diversità: famiglia, unioni more uxorio e altre forme di convivenza tra principi costituzionali, suggestioni comparatistiche e diritto comunitario*, in A. D'ATENA-P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 209-246.

giurisprudenziale, le linee di tendenza di carattere liberale, centrate sull'idea della persona umana come soggetto di cui vanno rispettati al massimo grado il diritto all'autodeterminazione e, dunque, anche la libertà di ciascuna persona di plasmare da sé la propria vita.³³

4 MATRIMONIO, MORALE COMUNE E PLURALISMO ETICO

C'è poi un secondo punto rilevante da trattare, in merito alla questione se la nostra Costituzione ponga per davvero dei limiti invalicabili alla attuale e futura armonizzazione del diritto di famiglia nel contesto europeo. Si tratta del punto relativo alla chiara indicazione, nel testo costituzionale, del matrimonio come unione di due soggetti di sesso diverso come schema privilegiato dal Costituente all'art. 29, comma 1, (“famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”). Infatti in molti ordinamenti europei questo modello appare ormai superato. Si pensi agli interventi normativi in materia di unioni stabili in Belgio, Olanda, Paesi Bassi, Francia, Spagna, Paesi scandinavi, Germania, eccetera, ma anche alla giurisprudenza delle Corti europee e di quelle nazionali, le quali sempre più spesso si trovano a pronunciarsi su temi legati alla protezione dei *partner* di queste unioni ed al regime giuridico, più o meno simile o distante da quello del matrimonio, da applicarsi.³⁴

Qui dobbiamo mettere nuovamente in campo il criterio del contesto di sfondo, non più nel senso delle concezioni etico-politiche che costituiscono la fonte di ispirazione del testo costituzionale, ma piuttosto nel senso dei mutamenti culturali sopravvenuti nel lasso di tempo intercorso fra l'entrata in vigore della Costituzione e il periodo attuale.

Al momento storico dell'entrata in vigore della Costituzione aveva probabilmente ancora senso parlare di un comune *ethos* della nazione, un “comune sentire etico” assolutamente dominante, di cui l'idea della famiglia basata unicamente

³³ Alla persona all'interno della famiglia è riservato un ruolo centrale nell'analisi offerta in alcuni contributi, raccolti in P. DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2008.

³⁴ In dottrina, si vedano E. BATTAGLIA, *Sesso e orientamento sessuale nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza K.B. c. Regno Unito*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2004, pp. 599-518; M. BONINI-BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Ipsoa, 2005; Id., *Il matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Famiglia e diritto*, 2005, pp. 418 ss.; M. CONDINANZI-C. AMALFITANO, *La libera circolazione della coppia nel diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2008, pp. 399-432; F.B. D'USSEAU, *L'Unione registrata in germania alla luce delle recenti modifiche legislative*, in P.G. MONATERI-A. SOMMA (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di “governo del diritto”*, 2009, Esi, Napoli, p. 507 ss.; L. PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'Uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, pp. 137-151; K. WAALDIJK, *Towards the recognition of same-sex partner in European Union law: expectations based on trends in national law*, in R. WINTEMUTE-M. ANDENAES (a cura di), *Legal recognition of same sex partnerships*, Hart, Oxford, 2001, pp. 635-651; R. WINTEMUTE, *Strasbourg to the rescue? Same sex partner and parents under the European Convention*, in R. WINTEMUTE-M. ANDENAES (a cura di), op. cit., Oxford, Hart, 2001, pp. 713-729.

sul matrimonio di due soggetti di sesso diverso era una componente importante: un'idea all'interno della quale erano prevalenti gli elementi del confinamento della sessualità nell'ambito matrimoniale e della procreazione all'interno del rapporto di *coniugio*.

Oggi, però, crediamo si possa dire che questo “comune sentire etico” si è definitivamente frantumato in favore di una situazione caratterizzabile come “pluralismo etico”.

A proposito di quest'ultima nozione bisogna dissipare un fraintendimento in cui si cade molto spesso. Per “pluralismo etico” si possono infatti intendere due cose diverse: da una parte, una situazione di fatto, che forse sarebbe meglio etichettare come “multiculturalismo”, e che vale a raffigurare quella situazione in cui si trovano oggi le società occidentali, all'interno delle quali convivono ormai da tempo soggetti appartenenti a culture, stili di vita, visioni morali profondamente diverse fra di loro; dall'altra parte, una “concezione metaetica” (e cioè una concezione che ha come oggetto il campo della morale), sulla base della quale i valori morali che informano le nostre azioni sono inesorabilmente diversi e irriducibili ad una gerarchia assiologica comune.³⁵

In ogni caso, ci sembra sia possibile sostenere che oggi siano date entrambe le due cose: e cioè, la situazione di fatto del multiculturalismo nella forma di vita occidentale è sotto gli occhi di tutti e, inoltre, sono molto diffuse, anche sulla base del riconoscimento di questa situazione, le concezioni metaetiche pluraliste.

La presenza ormai consolidata del pluralismo etico rende privo di senso il richiamo all'*ethos* comune di una nazione;³⁶ ma rende anche particolarmente problematica l'idea che, nell'interpretare il testo costituzionale, sia legittimo fare riferimento alla coscienza sociale, in quanto capace di esprimere una morale dominante.³⁷

³⁵ Sul pluralismo etico come concezione metaetica, cfr. M. BARBERIS, *L'eterogeneità del bene. Giuspositivismo, giusnaturalismo e pluralismo etico*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 4-17, e B. CELANO, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, pp. 161-183.

³⁶ Sul tema le posizioni in dottrina sono estremamente eterogenee ed articolate si vedano, M. LUCIANI, *L'interpretazione costituzionale di fronte al rapporto fatto-valore*, in *Dir. soc.*, 2009, pp. 22 ss.; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quaderni cost.*, 2007, pp. 651 ss.. In giurisprudenza, v. Corte Cost., n. 64/1961, per cui «la qualifica di naturale ha certamente implicito il richiamo e il riconoscimento del tradizionale concetto di famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo». Per un'opinione diversa, cfr. G. ZAGREBLESKY, *Stato e Chiesa*, Ed. L'Espresso, Roma 2007, pp. 161 ss.; C. PINELLI, *Gli appelli alla natura e le prospettive del diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2008, pp. 703 ss.; M. BESSONE, *Art. 29*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, pp. 47 ss.; G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 1 ss.; C. CARDIA, *L'art. 29 della Costituzione*, in *Studi sul divorzio*, Cedam, Padova, 1972, pp. 193 ss..

³⁷ Condivide questa impostazione, M. MANETTI, op. cit., in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010, pp. 5-7; ma anche V. TONDI DELLA MURA-M. CARDUCCI-R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 139 ss., 502 ss., 632 ss.. Per un'opinione contraria, cfr. R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1068; ed anche F. GALGANO, *Diritto privato*, XIII ed., Cedam, Padova, 2006, pp. 801 ss.; C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. CALAMANDREI-A. LEVI, Barbera,

A questa idea, tutt'ora molto diffusa, possono essere opposti due rilevi critici fondamentali. In primo luogo, si può sostenere che tale idea confligge con quello che ci sembra il modo migliore di intendere il principio di laicità, principio implicito³⁸ che la nostra Corte costituzionale ha considerato come un principio supremo del nostro ordinamento.³⁹ Ebbene, secondo questa interpretazione del principio di laicità,⁴⁰ uno stato “veramente laico” non può imporre ad alcun cittadino i dettami di una morale particolare, sia pure largamente dominante. Lo stato laico non fa propria alcuna delle possibili concezioni del bene o della “vita buona”, ma crea le condizioni e detta le regole sulla scorta delle quali tutte queste concezioni possono svilupparsi e dialogare tra di loro.

Lo stato laico, insomma, costruisce il terreno di gioco “neutro” dove individui, agenzie, associazioni, ecc., possono liberamente interagire. Ma costruire questo “spazio vuoto” non è – a sua volta – una scelta neutrale, perché è una scelta, valutativamente connotata a favore dei principi fondamentali della libertà di coscienza, dell'autonomia e della responsabilità individuale che sono sanciti, come abbiamo visto, nella nostra Costituzione. Tale scelta, dunque, può essere qualificata come “neutra” soltanto sotto questo specifico profilo e proprio perché non viene privilegiata alcuna delle concezioni etiche o visioni del mondo che sono disponibili in quel contesto; ma essa non è “intrinsecamente neutra”, perché si fonda su quei valori di libertà e di autonomia della persona che sono garantiti dalla nostra Costituzione.⁴¹

Anche nel campo del diritto di famiglia, pertanto, non è consentito ad uno stato laico di imporre normativamente un determinato modello morale di famiglia, anche qualora esso sia quello largamente maggioritario.

Il secondo rilievo critico pone in evidenza il fatto che sembra particolarmente difficile ritrovare oggi, nella attuale temperie etica, un modello normativo dominante di famiglia, fondato sul matrimonio tradizionalmente inteso.⁴²

Quanto sin qui detto su questo tema suggerisce di privilegiare, nell'interpretazione dei principi in questione, il modello argomentativo della interpretazione evolutiva, che consente di adeguare le previsioni normative alla

Firenze, 1950, pp. 294 ss..

³⁸ Sui principi impliciti, si veda R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 31 ss., 121 ss.

³⁹ Cfr. la sentenza della Corte Costituzionale, 12 aprile 1989, n. 203.

⁴⁰ Per questa interpretazione del principio di laicità, cfr. V. Villa, *Alcune osservazioni sulla nozione di “laicità”*, in *Quaderni laici. Supplemento. Le due Italie*, 2010, pp. 183-193.

⁴¹ Cfr. quanto dice in proposito F. MILL COLORNI, *Multiculturalismo contro laicità*, in *Supplemento a Micromega. Per una riscossa laica*, 2007, pp. 56-68.

⁴² Sul punto, cfr. A. Miranda, Famiglie e “vecchi diritti”: brevi considerazioni sull'evoluzione del rapporto tra diritto, famiglia e società, in P.G. Monateri-A. Somma (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di “governo del diritto”*, Esi, Napoli, 2009, pp. 656 ss.; ed anche, M. Hunter-Henin, *Droit de personnes et droit de l'homme: Combinaison ou confrontation?*, in *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 743-775.

mutata situazione culturale. Ma quando si parla di interpretazione evolutiva bisogna intendersi sul senso da dare a questa espressione: l'interpretazione evolutiva, correttamente intesa, non può discostarsi dal significato convenzionale di partenza delle disposizioni da interpretare (a meno di non trasformarsi in libera creazione del diritto) e, dunque, deve rispettare i parametri fissati da tale significato convenzionale.

In questo caso i parametri, come abbiamo già detto, sono rappresentati dai due elementi: il rispetto della sfera di libertà autonoma della coppia, che può scegliere (liberamente) il tipo di configurazione da dare al rapporto; e del principio di responsabilità dei coniugi verso i figli, con tutto quello che questo principio implica. Fatti salvi questi due parametri, si può a nostro avviso ammettere una evoluzione legislativa, in sintonia con il testo costituzionale, nella disciplina di tali rapporti, evoluzione che preveda la possibilità di regolamentazioni del rapporto di famiglia che vadano magari verso la parificazione delle coppie di fatto rispetto a quelle matrimoniali, ovvero, ma questo in termini di proiezione rivolta al futuro, della introduzione del riconoscimento di rapporti familiari (o magari matrimoniali) di coppie dello stesso sesso.

Resta comunque da verificare, in questo tipo di possibili interventi legislativi (che comunque nel nostro Paese sono al di là da venire), la misura in cui questi nuovi rapporti di *coniugio*, o la parificazione dei rapporti di fatto a quelli matrimoniali, possa eventualmente mettere in pericolo il mantenimento, l'istruzione e la educazione dei figli. Ma questo è un dato che non dipende più da elementi normativi non valicabili, ma dalla futura evoluzione del nostro contesto culturale in tema di rapporti familiari.

In conclusione, torniamo adesso all'interrogativo di partenza con cui ci siamo misurati in questo studio, quello della compatibilità di eventuali interventi di armonizzazione del diritto di famiglia europeo o di fenomeni di competizione e circolazione dei modelli, sia in via legislativa che giurisprudenziale, tra il dato Costituzionale e le soluzioni già presenti in altri ordinamenti giuridici dell'area europea.

Ci sembra di poter esprimere un giudizio di compatibilità, non solo ritagliata sull'attuale momento storico, ma proiettata anche in chiave di evoluzione futura. Dunque, si può affermare che non sussistono elementi ostativi all'avvio di un processo di armonizzazione, che pare si muova, come è probabile, verso la liberalizzazione dei rapporti familiari. Non si rinvengono, insomma, ostacoli insormontabili, di tipo giuridico positivo o di carattere etico-politico, nella disciplina di cui il diritto di famiglia è fatto oggetto nella nostra Costituzione. Se ostacoli vi sono, non sono ostacoli di tipo normativo, ma sono piuttosto legati al differente livello di evoluzione culturale nelle varie organizzazioni giuridiche europee.

O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO NA TEORIA E NA PRÁTICA: O CASO DE PORTO RICO¹

Angel Oquendo*

1 A EXCEÇÃO CULTURAL PORTO-RIQUENHA

Quando Gabriel García Márquez visitou Porto Rico, há pouco tempo, alguém lhe perguntou por que nunca havia escrito sobre a ilha. O prêmio Nobel de literatura sorriu e se conteve brevemente antes de responder. “Se eu contasse a verdade sobre Porto Rico,” explicou, “todos pensariam que a estava inventando.”²

Sem dúvida alguma a realidade porto-riquenha é, em muitos sentidos, bastante disparatada, mesmo para o realismo fantástico. Apesar de ser território do principal exportador de retórica democrática do mundo, Porto Rico não funciona como uma democracia genuína. Os porto-riquenhos não têm nenhuma influência eleitoral sobre as instituições que legislam, executam e aplicam a lei suprema.³ Por outro lado, apesar de ter perdido praticamente todo seu valor econômico e estratégico para os Estados Unidos, a ilha continua recebendo massivamente fundos federais estadunidenses — 13 mil milhões de dólares anualmente — puramente por inércia imperial e burocrática.⁴ Finalmente, apesar dos porto-riquenhos quase

* George J. and Helen M. England Professor of Law, University of Connecticut. Ph.D., M.A. (Philosophy), A.B. (Economics and Philosophy), Harvard University; J.D., Yale Law School.

¹ Manifesto meu sincero agradecimento a Philip Blumberg, Maria Clara Dias, Mark Janis, Richard Kay, Wilson Mendonça e Shaina Sprong por seus comentários críticos a rascunhos anteriores.

² Carey (1995).

³ O direito federal estadunidense vige em Porto Rico como em outro estado da União. Até agora, os porto-riquenhos não possuem uma representação real no corpo legislativo que produza leis federais. Não enviam nem senadores nem deputados ao Congresso estadunidense. Somente designam um comissionado residente — com voz, mas sem voto (exceto em comitês) — na Câmara de Representantes. 48 U.S.C. § 891 (1982) (O posto de comissionado residente é estabelecido como delegado eleito de Porto Rico). Não participam nas eleições presidenciais estadunidenses, ainda que tomem parte nas eleições presidenciais primárias. Portanto, não têm influência eleitoral sobre o presidente que governa, ou o senado que ratifica, os juízes do Tribunal Federal em Porto Rico.

José Trías Monge escreve: “Dentro da teoria democrática, os governos e as leis devem responder à vontade popular. Nossa dificuldade fundamenta-se em que o Presidente e o Congresso dos Estados Unidos ainda aprovam leis e tomam decisões que afetam profundamente nossas vidas sem o consentimento específico deste povo ou de seus representantes. Em 1950 se consentiu num plebiscito à aplicação futura das leis norte-americanas que o Congresso, dentro de certas normas, desejasse estender a Porto Rico. Simultaneamente, se abençoou a continuada aplicação das leis federais então vigentes. O argumento perdeu sua validade. Como apontou Carl Friedrich, a técnica do consentimento genérico constitui uma base precária de legitimidade.” (Trías Monje, 1986, p. 22).

⁴ *New U.S. Panel* (24 de dezembro de 2000) (“Washington envia a Porto Rico cerca de \$13 mil milhões, quase a terça parte do produto interno bruto da ilha.”). Os porto-riquenhos recebem esses fundos apesar

unanimemente se orgulharem de sua cultura nacional e dos traços que os distinguem dos estadunidenses, apoiam totalmente a ideia de manter Porto Rico dentro dos Estados Unidos.⁵

As primeiras duas antinomias demonstram que a política econômica e estrangeira dos Estados Unidos algumas vezes procede misteriosamente. Este fenômeno é por si mesmo fascinante, mas me interessa mais explorar o terceiro paradoxo, que parece mostrar uma profunda contradição na alma do povo porto-riquenho. Como eles podem, por um lado, celebrar sua diferença cultural nacional e, por outro lado, procurar laços cada vez mais estreitos com os Estados Unidos?

Não é que os porto-riquenhos propusessem irracionalmente duas metas inconsistentes: a separação e a absorção por Estados Unidos. Tampouco se trata de que os porto-riquenhos tenham como prioridade receber dólares estadunidenses mesmo que isto lhes custe abandonar convicções patrióticas profundamente arraigadas. Eles simplesmente estão tratando de encontrar um lugar dentro da constituição estadunidense que lhes permita manter uma identidade nacional própria.⁶

Não resta dúvida de que os porto-riquenhos preferem continuar e até intensificar sua conexão com a federação estadunidense, principalmente, para assegurar sustento econômico e acesso livre aos Estados Unidos.⁷ Os porto-riquenhos não sentem nenhum desejo imperioso de aderir às tradições, símbolos, valores e princípios estadunidenses e querem genuinamente permanecer porto-riquenhos, distintos dos demais cidadãos estadunidenses, preservando seus costumes e falando seu próprio idioma.⁸

Todavia, os porto-riquenhos, em sua maioria, estão convencidos de que seu compromisso com a separação cultural é perfeitamente compatível com seu desejo de ser parte dos Estados Unidos. Creem firmemente que a comunidade política estadunidense promove a diversidade e especificamente permite o tipo de independência cultural que procuram. Pensam que, como membros da sociedade estadunidense, têm direito aos benefícios da solidariedade econômica, sem a necessidade de assimilar o modo de vida dos seus concidadãos continentais.

de não pagar impostos federais sobre suas rendas. 26 U.S.C. § 933 (1998).

⁵ Juan Manuel Carrión apresenta uma pergunta similar. “Como dar conta da desarticulação entre um nacionalismo cultural que se expressa com muita força, mas que em suas expressões políticas peca por fraqueza?” (Carrión 1996, p. 105). Veja ainda id., p. 232.

⁶ Veja Navarro (1998). “Os porto-riquenhos permanecem divididos com relação à consolidação de seus laços com os Estados Unidos através da integração plena ou a busca de autonomia. Não obstante, a maioria favorece a preservação dos três pilares de sua identidade — a língua espanhola, a cultura latino-americana e a cidadania estadunidense.”

⁷ Veja Carrión (1996, p. 174) “Os porto-riquenhos querem continuar sendo distintos dos americanos, mas mantendo os benefícios econômicos dos EUA; a estes benefícios os querem ver estendidos em paridade com os estados da União.”

⁸ Veja López (1993) A grande maioria dos porto-riquenhos se considera culturalmente diferente dos norte-americanos. CARR (1984, p. 297) “Os traços e os valores [de Porto Rico] [...] diferem dos da América do Norte [...] Além do mais, a tribo [porto-riquenha] preservou seu idioma.” (Aleinikoff 2002, p. 94).

Os dois partidos políticos principais, que regularmente conferem aproximadamente 95% dos votos nas eleições locais, responderam a esta percepção popular e a promoveram. Declararam que suas respectivas fórmulas políticas — Estado livre associado e integração plena — permitem a Porto Rico, simultaneamente, manter sua diferença cultural e permanecer dentro dos Estados Unidos. O Partido Popular Democrático vem dizendo há mais de cinquenta anos que sob a situação territorial atual os porto-riquenhos podem salvaguardar sua identidade nacional, sem ter de renunciar a muitos dos benefícios da cidadania estadunidense.⁹ O Partido Novo Progressista, por sua vez, tem defendido desde o final dos anos 1960 a criação de um Estado idiossincrasicamente porto-riquenho ou *jíbaro*,¹⁰ Porto Rico obteria a incorporação completa nos Estados Unidos sem renunciar a sua unicidade cultural¹¹ e ambos os partidos prometem um governo porto-riquenho que fomente veementemente a cultura nacional.

Inclusive o terceiro partido, que favorece a independência, propõe em realidade uma variação sobre o tema de soberania cultural e laços robustos com os Estados Unidos. O Partido Independentista Porto-riquenho advoga pela criação de uma nação soberana que continuaria significativamente dentro da órbita política e econômica estadunidense. Este partido reivindica o prolongamento do apoio financeiro estadunidense ao nível atual por um período de transição de dez anos ou mais.¹² Ao terminar esta fase, Porto Rico receberia, presumidamente, uma quantidade de ajuda externa estadunidense comparável às que recebem as nações que têm uma relação especial com Estados Unidos, como Israel.

Uma parte fundamental deste projeto econômico separatista consistiria em atrair altos índices investimento privado estadunidense por meio de incentivos fiscais.¹³ Além do mais, a livre circulação entre a ilha e o continente continuaria depois

⁹ Veja Carr (1984, p. 297) e ALEINIKOFF (2002, p. 94).

¹⁰ Como será explicado posteriormente, o *jíbaro* é o camponês tradicional do folclore porto-riquenho.

¹¹ Veja Carr (1984, p. 297); Carrión (1996, p. 30-31). Carrión acusa injustamente ao Partido Novo Progressista de abandonar o ideal de Estado jíbaro e de regressar às noções “pitiyankis” — ou seja, servilmente pro-estado-unidenses — anteriores a 1967 como reação ao fracasso do processo de plebiscito do Congresso federal e ao perceber “que a cultura porto-riquenha representa um obstáculo para a integração.” *Id.*, p. 155. Veja ainda *id.*, p. 160-168, Carr (1984, p. 277). Alegria (1999); Grosfoguel (1999). O Partido Novo Progressista expressa um compromisso sólido com a cultura nacional porto-riquenha. Se compromete a promover a cultura porto-riquenha e o idioma espanhol. Partido Novo Progressista, Regras e Regulamentos, Declaração de Propósito (1996). Em sua plataforma, o Partido declara o seguinte “Respaldaremos as atividades do Instituto de Cultura Porto-riquenha em seu esforço de ajudar milhares de entidades públicas e privadas que promovem a tarefa cultural porto-riquenha.” (Partido Novo Progressista, Plataforma, Questões Culturais, § 101 1996). Veja ainda *id.*, § 114.

¹² Programa do Partido (1996, p. 90). A ajuda não chegaria como pagamentos a indivíduos, mas como desembolso ao governo soberano de Porto Rico. *Id.* Programa do Partido (2000, p. 8).

¹³ PROGRAMA DO PARTIDO (1996), p. 90. *Veja ainda* Programa do Partido (2000, p. 8).

da independência como forma de evitar a divisão da comunidade porto-riquenha.¹⁴ O plano do Partido Independentista prevê que os porto-riquenhos teriam a oportunidade de adquirir a dupla cidadania¹⁵ e, finalmente, por meio de uma série de acordos bilaterais, a República de Porto Rico entrelaçaria consideravelmente seu destino com o dos Estados Unidos. Os dois países soberanos teriam um mercado e uma moeda comum.¹⁶

Este artigo não explorará tal visão separatista, mas as ambições dos defensores de uma relação permanente com Estados Unidos — bem como um Estado livre associado ou como um Estado da União. Examinará, especificamente, a compatibilidade entre a soberania cultural porto-riquenha e a estrutura constitucional estadunidense. Em outras palavras, refletirá em medida um apoio estatal sólido à cultura nacional que se opõe aos princípios políticos que sustentam a constituição estadunidense.

Transitarei por três interpretações da comunidade política estadunidense, em ordem de plausibilidade e abertura à diferença cultural. Em primeiro lugar, a concepção nacionalista exige a assimilação plena a um *ethos* comum compartilhado por todos os cidadãos. Em segundo lugar, a interpretação liberal tolera a diversidade na esfera privada, mas exclui o fomento estatal para culturas divergentes. Por fim, a opção pluralista contempla a promoção e subvenção por igual de todas as minorias culturais. Arguirei que o esforço concentrado por parte do governo porto-riquenho em prol da cultura localmente predominante é inconsistente com as três interpretações. A terceira alternativa violaria ainda o requisito de neutralidade frente aos diferentes grupos étnicos.

Exporei que o estado de Porto Rico, associado ou plenamente integrado aos Estados Unidos, poderia patrocinar e apadrinhar a cultura nacional somente se se eximisse da cultura política estadunidense, quer dizer, das normas que definem a democracia constitucional nos Estados Unidos. Teria de evoluir para uma associação bilateral ou para uma federação assimétrica que permita a Porto Rico existir como uma comunidade política autônoma, sujeita a princípios políticos diferentes dos que regem nos 50 Estados atuais da União. O vínculo entre Porto Rico e Estados Unidos se basearia meramente em um conjunto geral de valores sociais e econômicos compartilhados.

É claro que um arranjo desta índole seria extremamente difícil de obter na prática. Enfrentar-se-ia uma grande oposição dos Estados Unidos. Não somente Porto Rico teria um tratamento preferencial, mas estabeleceria um precedente perigoso. Além do mais, na forma de um federalismo assimétrico, atentaria contra

¹⁴ Carrión (1996, p. 179) “Um tratado de ‘cidadania recíproca’ tem que ser elaborado levando-se em conta que os porto-riquenhos que residem nos Estados Unidos formam parte de nossa nação.”

¹⁵ Programa do Partido (1996, p. 90). *Véja ainda* Programa do Partido (2000, p. 8).

¹⁶ Programa do Partido (1996, p. 90). *Véja ainda* Programa do Partido (2000, p. 8). Apesar de o Partido professar a desmilitarização, seria praticamente inevitável chegar, não somente a um arranjo para permitir que as bases militares estadunidenses continuem, mas também uma política de defesa coordenada.

a noção de uma união de iguais. Assim mesmo, teria em si apenas justificação, pois, no final das contas, a integração política não seria mais que uma ilusão. Apesar das aparências, Porto Rico e Estados Unidos seguiriam sendo comunidades políticas separadas. Com efeito, poderiam construir uma relação similar com maior realismo e coerência mediante de acordos internacionais entre nações soberanas.

Não obstante, a decisão final acerca da unificação das relações entre Porto Rico e Estados Unidos, nacional ou internacionalmente, é mais de forma que de fundo. Os dois povos deveriam primeiro concentrar-se em determinar como querem cooperar em áreas, como economia, bem-estar social, migração, defesa e cidadania. Deveriam assegurar-se de que sua interação coordenada nestes âmbitos não lhes impede de aderir a princípios políticos diferentes, particularmente no que concerne à cultura nacional. Se conseguissem resolver tais assuntos substantivos, teriam menos dificuldades em decidir se devem estruturar seus laços por meio de uma constituição comum ou de um tratado internacional. Em particular, poderiam determinar se o esforço por manter duas comunidades políticas distintas no mesmo espaço constitucional é factível e vale a pena.

2 O CONSENSO NACIONAL CULTURAL EM PORTO RICO

Porto Rico tem sido território estadunidense desde 1898, quando os Estados Unidos obteve a ilha da Espanha ao fim da guerra hispano-americana. Em 1917, o governo estadunidense proclamou os porto-riquenhos cidadãos por nascimento. Em 1952, Porto Rico adotou, com o consentimento do Congresso estadunidense, sua constituição atual e se converteu em um Estado livre associado dos Estados Unidos.

Os porto-riquenhos conseguiram assim um grau de autogoverno equivalente ao de qualquer Estado da União. Todavia, não obtiveram o direito de participar das eleições presidenciais ou de mandar representantes próprios à legislatura federal. Simplesmente preservaram a prerrogativa de enviar um *Comisionado Residente* com voz, mas sem voto à Câmara de Representantes. O direito federal continuou vigendo em Porto Rico, exceto quando o Congresso decidia o contrário.

Apesar do acordo constitucional de 1952, o debate sobre o *status* de Porto Rico não terminou. O desacordo profundo em torno deste assunto persiste até hoje. Alguns porto-riquenhos querem que a ilha basicamente permaneça um Estado livre associado dos Estados Unidos. Outros favorecem a integração total de Porto Rico, como o quinquagésimo primeiro Estado da União. Existe um terceiro grupo que vê a independência como a melhor opção. Não é necessário dizer que existem múltiplas variações em torno destas três fórmulas.

Os porto-riquenhos optaram pelo Estado livre associado nos primeiros dois plebiscitos que o governo insular organizou em 1967 e 1993.¹⁷ Não obstante, entre o primeiro e o segundo, o apoio a esta alternativa baixou de 61% a 49%.¹⁸ A diminuição sugere um desencanto com o *statu quo*, particularmente se considerarmos que durante a segunda disputa eleitoral o que estava em jogo era um Estado livre associado melhorado. Em contraste, a opção estadista subiu de 39% a 46%.¹⁹ O movimento independentista boicotou o primeiro plebiscito e conquistou menos de 4% dos votos no segundo.²⁰

Buscando aproveitar o momento, o governo local estadista lançou um terceiro plebiscito em 1998.²¹ Ofereceu aos porto-riquenhos a oportunidade de escolher entre ser um território estadunidense, uma república associada, um estado da União uma nação independente e nenhuma das anteriores.²² Esta última categoria explicitamente capacitava os cidadãos a exercer um direito previamente estabelecido pelo Tribunal Supremo de Porto Rico a rejeitar todas as opções que fossem apresentadas em um referendun.²³

Os resultados claramente decepcionaram o governo. A opção da integração plena não pode superar 46% do apoio que havia alcançado em 1993.²⁴ Ainda, 50% dos votantes se inclinaram pela categoria “nenhuma das anteriores,”²⁵ que o movimento *estadolibrista*²⁶ defendeu com o intuito de repudiar a integração total, assim como a definição territorial do *status* atual que representava a primeira das opções.²⁷

A alternativa da integração não foi a única perdedora nesta votação. O desempenho do independentismo, que atraiu menos de 3% do eleitorado, foi ainda pior que em 1993. As duas primeiras opções se chocaram catastróficamente e obtiveram menos de 1% dos votos.²⁸

Curiosamente, o Congresso estadunidense nunca ofereceu aos porto-riquenhos um plebiscito vinculante sobre o *status*. Os projetos legislativos que apresentaram estes efeitos em 1993 e 1998 morreram sem chegar a uma ação final. Na primeira ocasião, os comitês competentes de cada câmara parlamentar nem sequer conseguiram uma votação no plenário. Em uma segunda vez, a Câmara de Representantes aprovou o projeto sobre o assunto, mas o Senado engavetou sua própria proposta legislativa em nível de comitê.

¹⁷ No voto de 1993, o Partido Popular Democrático obteve uma pluralidade dos votos não para o *status* atual, mas para uma versão melhorada.

¹⁸ Veja Plebiscito (1993).

¹⁹ Veja id.

²⁰ Veja id.

²¹ Cavestany (1998); Ghigliotty (1998). Triás Monge (1999, p. 19).

²² Veja Plebiscito (1998).

²³ Sanchez Vilella (1993).

²⁴ Veja Plebiscito (1998).

²⁵ Veja id.

²⁶ Nota do Tradutor: o termo se refere aos que defendem a alternativa independentista.

²⁷ Veja Navarro (1998).

²⁸ Veja Plebiscito (1998).

Este desinteresse por organizar um *referendum* federal se deve à recusa da legislatura estadunidense a arriscar uma vitória da opção da integração plena. A resistência em proteger Porto Rico na União apoia-se não na intolerância racial ou linguística, mas em razões políticas e econômicas.²⁹ Como Estado, Porto Rico teria direito, em proporção à sua população, a uma maior representação em Washington que aproximadamente 27 dos 50 Estados atuais. Ainda, a equiparação aos demais Estados suporia um aumento nos fundos estadunidenses designados à ilha. Devido a um padrão de vida relativamente baixo, Porto Rico perceberia mais assistência federal *per capita* que qualquer Estado da União.

Em menor medida, a oposição do Congresso também deriva da impressão de que as políticas culturais porto-riquenhas violam a política cultural estadunidense. Os congressistas criticaram a insistência dos partidários da integração porto-riquenha em preservar o idioma espanhol e manter uma personalidade internacional separada.³⁰ Este tipo de censura explica, com as predominantes inquietudes políticas e econômicas, a recusa por parte da legislatura federal em patrocinar um plebiscito sobre o *status* de Porto Rico.

O Congresso estadunidense às vezes tenta justificar sua recusa apontando que os porto-riquenhos não concordam sobre o tema. Este tipo de racionalização é impugnável por três razões. Primeiro, na realidade existe em Porto Rico um sentimento desolador, quase unânime, de que o Congresso deveria autorizar um *referendum* vinculante.³¹ Segundo, os legisladores poderiam contribuir com o desenvolvimento de um consenso local sobre o *status* da ilha, especificando quais as opções, apresentando-as ao eleitorado porto-riquenho e comprometendo-se a honrar as preferências do povo. Terceiro, os porto-riquenhos obtiveram um consenso notável quanto ao essencial das relações entre Estados Unidos e Porto Rico. Os três principais partidos políticos mantêm a preservação de fortes laços econômicos, cívicos e militares com Estados Unidos e, mais significativamente, a estruturação da vida coletiva porto-riquenha em torno da cultura nacional.

Como já antecipei, analisarei precisamente este último ponto de convergência entre políticos e cidadãos porto-riquenhos. Com efeito, a maioria dos porto-riquenhos crê não somente que a ilha deveria ter autonomia cultural com respeito aos Estados Unidos, mas também que a cultura nacional é um bem público que o governo deveria promover. Portanto, não é de se surpreender que os partidos políticos porto-riquenhos, com virtual unanimidade, coloquem o fomento da cultura nacional no centro de suas plataformas.

O Partido Independentista Porto-riquenho, previsivelmente, esmerou-se por apresentar-se como a organização política com o compromisso mais profundo

²⁹ Veja Navarro (1998).

³⁰ Veja Navarro (1998).

³¹ Veja *Lott Should Get Out of the Way* (1998).

com a cultura nacional. Insiste em que somente com a soberania política é possível garantir a sobrevivência e prosperidade do modo de vida porto-riquenho.³² Todavia, o Partido perdeu apoio consistentemente desde os anos 1950, em parte pela repressão de seus adeptos em mãos das autoridades locais e estadunidenses,³³ mas principalmente pelo aumento na dependência da economia porto-riquenha da ajuda estadunidense. O êxito dos dois outros partidos ao posar como guardiões da cultura nacional foi o golpe de graça.³⁴ O Partido Independentista teve dificuldades em convencer a população de que, apesar do aparente alto custo financeiro, a independência constitui o único meio para progredir nacional e culturalmente.

Em troca, o Partido Popular Democrático teve um êxito político enorme. Ganhou todas as eleições desde 1940 até 1968 e, desde então, sempre se localiza no primeiro ou segundo lugar nas preferências do eleitorado. O Partido apoia a conservação do *status* político atual, com um aumento nos poderes soberanos da ilha.³⁵ Propõe a livre associação como o único caminho para a preservação da identidade nacional dentro de uma relação interna permanente com os Estados Unidos.

Um grupo de antigos partidários da independência, entre os quais se destacava proeminentemente Luis Muñoz Marín, fundou o Partido Popular Democrático em 1938. Em razão de subdesenvolvimento crônico da ilha, estes indivíduos em parte calaram seu fervor patriótico e se concentraram na expansão da economia. Chegaram à conclusão de que os laços políticos com os Estados Unidos eram essenciais para captar capital, para ter acesso ao mercado consumidor estadunidense e para continuar recebendo assistência econômica considerável do governo federal estadunidense. Os fundadores do Partido também viram no continente estadunidense um espaço aberto que poderia ajudar a mitigar o massivo problema de desemprego e superpopulação em Porto Rico.

Contudo, os fundadores do Partido Popular Democrático não renunciaram completamente às suas aspirações nacionalistas. Trataram de preservar a identidade cultural de Porto Rico e os vínculos com a América Latina e a Espanha. Assim posto, conceberam um *status* político que permitia a Porto Rico proteger sua cultura nacional e desenvolver sua economia sob a égide dos Estados Unidos. Hoje, os membros do Partido veem o Estado livre associado como uma estrutura permanente, que oferece a Porto Rico “o melhor dos dois mundos,”³⁶ ou seja, os benefícios tanto da

³² Veja Carr (1984, p. 297). Gonçalvez (1981, p. 40).

³³ Veja Carrión (1996, p. 176).

³⁴ Como não é de se surpreender, a plataforma do Partido independentista Porto-riquenho enfatiza que o compromisso dos demais partidos com a cultura nacional chegou tarde e carece de autenticidade. (Programa do Partido 1996), p. 86).

³⁵ Aleinikoff (2002, p. 87).

³⁶ No plebiscito de 1993, o Partido Popular Democrático propôs que uma versão melhorada do *status* político atual ofereceria “o melhor dos dois mundos”, os benefícios da integração plena e a independência sem as

independência, no que se refere à soberania cultural, quanto da integração plena, no que diz respeito à segurança econômica. O Partido afirma que o legado nacional porto-riquenho se veria ameaçado com a incorporação política completa da ilha nos Estados Unidos.³⁷

Apesar de lutar pela anexação de Porto Rico aos Estados Unidos, o Partido Novo Progressista também se apresentou como um defensor da cultura nacional. Seus líderes declaram que a cultura nacional e a linguagem não são negociáveis.³⁸ De fato, o movimento estadista³⁹ se tornou em um sério aspirante ao poder político exatamente quando se fundou em 1967 o Partido Novo Progressista, que expressava um compromisso profundo com os valores e tradições porto-riquenhas.⁴⁰ Como assinalado na introdução, o Partido propõe a transformação de Porto Rico não em um estado da União, mas num estado *jíbaro*.⁴¹ O *jíbaro* é o camponês porto-riquenho, que no século dezenove se converteu em símbolo nacional.⁴² O Partido postula que, ainda como estado, a ilha poderia conservar seu caráter nacional. Porto Rico teria a capacidade de propugnar a cultura nacional e até de obter um certo grau de reconhecimento internacional de sua identidade separada em eventos desportivos e culturais.

Apelando para esta visão nacionalista e aproveitando as divisões no seio do Partido Popular Democrático, o Partido Novo Progressista imediatamente passou a dar credibilidade à opção estadista e ganhou as eleições de 1968.⁴³ O primeiro presidente do Partido, Luis A. Ferré, converteu-se um ano depois em governador e enterrou a hegemonia política do Partido Popular Democrático.⁴⁴ Desde 1968, o Partido Novo Progressista se reveza com o Partido Popular Democrático no governo da ilha e a integração plena se converteu na segunda entre as fórmulas predileções dos porto-riquenhos, sendo seguida pela opção de manutenção do *statu quo* e deixando muito atrás a alternativa independentista.⁴⁵

Consequentemente, estas três organizações políticas fizeram da conservação de uma cultura nacional próspera uma das metas cruciais de seu programa político. Como partidos políticos, sua existência depende da capacidade

desvantagens de ambas fórmulas.” Carrión (1996, p. 173). Veja ainda id., p. 232; Aleinikoff (2002, p. 94).

³⁷ Veja Carr (1984, p. 297).

³⁸ Carlos Romero Barceló, ex-governador e um dos fundadores do Partido Novo Progressista, proclamou explicitamente que o idioma e a cultura de Porto Rico não são negociáveis. Veja González (1986, p. 84). Veja ainda id., p. 84- 104; Carr (1984, p. 297). ALEINIKOFF (2002, p. 93).

³⁹ Nota do Tradutor: o movimento estadista é o que apóia a integração plena, ou seja, a transformação de Porto Rico em mais um estado da Federação.

⁴⁰ Veja Carr (1984, p. 145). Não obstante, cf. id., p. 267.

⁴¹ Veja supra nota 10.

⁴² Veja Alonso (1974).

⁴³ Veja Picó (1986, p. 278).

⁴⁴ Veja id, p. 278.

⁴⁵ Veja id, p. 278-80.

de compreender as preferências do povo porto-riquenho. Todos apadrinharam o mencionado objetivo cultural nacional, porque intuíram que há um consenso amplo a este respeito. “Há um nacionalismo cultural muito forte,” comenta Juan Manuel Carrión, “[...] tão forte que as firmas comerciais em suas vendas de cervejas e cigarros o exploram para fins publicitários.”⁴⁶

Os porto-riquenhos, em sua imensa maioria, creem que seu governo deveria impulsionar o desenvolvimento da cultura nacional de dentro do sistema constitucional estadunidense. Desde 1968, escolhem consistentemente um dos dois partidos que favorece este tipo de arranjo. Com efeito, o Partido Novo Progressista e o Partido Popular Democrático apropria-se de cerca de 95% dos votos. O Partido Independentista Porto-riquenho normalmente colabora com dois ou três representantes à legislatura, mas nunca ganhou uma eleição municipal e seu candidato a governador nunca recebeu o endosso de mais de 4% dos votantes.

Gostaria de examinar se os princípios políticos prevaletentes nos Estados Unidos permitem o compromisso oficial em prol da cultura nacional proposto pelos dois principais partidos em Porto Rico. Examinarei as três interpretações da comunidade política estadunidense e os princípios políticos correspondentes para determinar em que medida elas autorizam as instituições estatais insulares a promover a cultura nacional porto-riquenha. Apresentarei os três paradigmas em ordem de persuasão e de tolerância à diversidade.

3 O NACIONALISMO CULTURAL PORTO-RIQUENHO E A COMUNIDADE POLÍTICA ESTADUNIDENSE

3.1 O MODELO NACIONALISTA

Neste primeiro paradigma, a unidade social estadunidense surge de um *ethos* ou conceito de bem de caráter forte. Os cidadãos compartilham um modo de vida anglo-americano, que estrutura sua interação comum. As instituições públicas têm por objeto o patrocínio, não de qualquer cultura local, mas da estadunidense. As autoridades tanto estatais quanto federais devem dedicar-se a este fim.

Nesta perspectiva, o governo porto-riquenho teria não somente que renunciar a seu esforço em prol da cultura nacional local. Teria também que colaborar com seu homólogo federal na promoção da cultura nacional estadunidense. Por exemplo, precisaria declarar o inglês o idioma de suas burocracias, colégios e universidades, assim como de seus espaços comerciais e públicos. Teria de financiar projetos artísticos anglo-americanos. Em geral, teria de tomar medidas para estimular os cidadãos a conhecer e a apoiar as tradições, costumes e maneiras estadunidenses.

⁴⁶ Carrión (1996, p. 2). Veja ainda id., p. 30.

Como a cultura nacional abarca as práticas jurídicas, este modelo nacionalista requereria que Porto Rico destruísse seu sistema civilista e se curvasse ante o direito comum anglo-saxão. O Tribunal Supremo insular teria de renunciar a sua cruzada por recuperar e desenvolver a tradição civilista porto-riquenha como parte da identidade nacional. Veria-se forçado a revogar a jurisprudência que requer que se interprete o Código Civil a partir de fontes civilistas, deixando de lado as normas do direito comum.⁴⁷ Teria de exigir das cortes hierarquicamente inferiores que se aproximassem dos códigos jurídicos existentes como estatutos do direito comum e que incorporassem as doutrinas e os precedentes estadunidenses na análise.

Esta concepção nacionalista também obrigaria Porto Rico a assimilar a cultura econômica e política estadunidense. Este processo não causaria traumas maiores, posto que a ilha já segue, preponderantemente, padrões econômicos e políticos estadunidenses. Por um lado, as empresas mais proeminentes na ilha têm suas sedes nos Estados Unidos. As demais companhias aderem ainda com igual veemência à metodologia comercial estadunidense. Por outro lado, a constituição porto-riquenha adota formas governamentais estadunidenses. Como a maioria dos estados da União, Porto Rico tem um governador executivo poderoso e independente da legislatura, um Senado no que os distritos têm igual representação, uma Câmara de Representantes, cujos mandatos se definem por população e um Tribunal Supremo com competência final sobre todos os casos decididos em julgados porto-riquenhos. Todavia, o governo local teria de controlar toda variação autóctone no campo da economia e política.

Dentro de uma visão nacionalista, a cultura política estadunidense coincidiria formalmente com sua equivalente porto-riquenha, posto que legitimaria o patrocínio estatal da cultura nacional. Não obstante, daria a esta política um conteúdo substancialmente diferente. Como já apontei, identificaria a nação com a comunidade anglo-saxã e requereria que Porto Rico fizesse o mesmo.

Se o governo porto-riquenho descumprisse suas obrigações frente à cultura nacional estadunidense, a comunidade nacionalista nos Estados Unidos interviria. Esta intervenção ocorreria na forma de pressão política dos poderes executivos e legislativos dos Estados Unidos, sanções dos tribunais federais, assim como uma crítica severa dentro da esfera pública estadunidense. Os Estados Unidos comunicaria ao governo porto-riquenho a incompatibilidade da política insular com princípios políticos estadunidenses fundamentais.

Muitos opositores da integração plena de Porto Rico pressupõem este conceito nacionalista dos Estados Unidos. A extrema direita nos Estados Unidos e a esquerda radical em Porto Rico compartilham esta premissa. O primeiro grupo sente que a União não deveria admitir uma comunidade nacionalmente divergente, como a

⁴⁷ Veja *Valle v. American International Insurance*, (1979).

que existe em território porto-riquenho.⁴⁸ O segundo contingente teme que os Estados Unidos forçassem o futuro Estado de Porto Rico a abdicar de sua diferença nacional.⁴⁹ Ambos os lados percebem os Estados Unidos como uma sociedade essencialmente homogênea, que não tolera diversidade alguma.

Todavia, este modelo distorce *crassamente* a realidade estadunidense. De fato, a constituição federal convida as pessoas a empreenderem seu próprio caminho em direção à felicidade, sempre e quando respeitem as normas de cooperação básicas aludidas na carta magna. A reforma constitucional posterior à guerra civil enfatizou que todos os grupos têm direito a se realizar, ainda que o alcance do propósito comum tenha se expandido. Esta expansão continuou por meio do século vinte com a construção legislativa e judicial do estado de bem-estar e solidariedade. Não obstante, a constituição estadunidense garantiu consistentemente amplos espaços de liberdade para que as comunidades particulares cultivassem seus próprios ideais de bem viver. Estas liberdades, que originalmente cobriam somente as denominações religiosas, agora abarcam todo tipo de associação, inclusive grupos étnicos.

Além destes argumentos históricos e jurídicos, há considerações filosóficas para repudiar o paradigma nacionalista. Em geral, uma sociedade diversificada atua injustamente quando impõe a todos o conceito majoritário de bem. Com este proceder oprime a minorias e os dissidentes.

Se existe uma justificação para este tipo de submissão tem de estar baseada em razões de grande envergadura. As autoridades não podem contaminar as estruturas sociais com a cultura majoritária por capricho ou narcisismo, muito menos por ambição hegemônica. Pelo contrário, têm de demonstrar que a cultura comum corre um risco genuíno que exige uma resposta coletiva, que serão tomadas medidas que não são excessivas e que preservarão espaço suficiente para a autodeterminação cultural de grupos marginais e dissidentes.⁵⁰

O governo federal dos Estados Unidos não pode defender com alguma credibilidade que a cultura majoritária anglo-saxã esteja ameaçada. Por conseguinte, não pode patrocinar ou apadrinhar esta cultura; nem aterrorizar os cidadãos. Somente pode invocar razões de conveniência para continuar usando o idioma inglês, bem como a concepção anglo-americana das instituições políticas e jurídicas. Se justificada, esta parcialização em direção à cultura majoritária impõe obrigações compensatórias à comunidade política. Por exemplo, o governo deve adotar uma política tolerante em

⁴⁸ Veja, e.g., Buchanan (1998).

⁴⁹ Veja Berríos Martínez. Veja ainda Carrión (1996, p. 181) É “utópico” esperar que realmente se respeitem “as identidades nacionais e as diferenças étnicas.” *id.*, p. 207.

⁵⁰ Por suposto, as comunidades nacionalistas usualmente nem se desculpam, nem se explicam. Promovem um modo de vida simplesmente porque é o de seus integrantes, ou pelo menos de uma maioria.

relação à linguagem.⁵¹ Deve abster-se de declarar o inglês como o idioma oficial ou de proibir categoricamente seus funcionários de se expressarem em línguas estrangeiras. Além do mais, deve fomentar programas bilíngues no colégio e no trabalho. Em forma geral, deve tratar as culturas nacionais divergentes com tolerância e abertura.

Em resumo, os porto-riquenhos não precisam render-se ante uma *Weltanschauung* estadunidense para entrar na União. O governo não tem a autoridade, nem a obrigação de forçar os porto-riquenhos a renegarem sua diferença. Pelo contrário, o Estado, tanto em nível federal quanto local, tem o dever de permitir aos porto-riquenhos, assim como a outros grupos nacionais, manterem seu próprio plano de vida.

Ao descartar o conceito nacionalista, apelei à noção de que os Estados Unidos não propagam um *ethos* nacional. A implicação é que os indivíduos e as coletividades nos Estados Unidos podem basicamente seguir seu próprio curso, mas não necessariamente que possam pedir a ajuda do governo. Agora considerarei especificamente a legitimidade de um esforço oficial em favor da cultura nacional. Com este objetivo, iniciarei primeiro uma descrição liberal e, em seguida a uma pluralista da comunidade política estadunidense.

3.2 A ALTERNATIVA LIBERAL

Na interpretação nacionalista, os princípios comuns estadunidenses não admitiriam que as instituições públicas porto-riquenhas fomentassem o conceito local de bem. Esta subseção contempla uma concepção liberal baseada nas teorias de John Rawls e Jürgen Habermas. A pergunta não é simplesmente se as consequentes normas são válidas, mas também se consentiriam na promoção oficial da cultura nacional porto-riquenha.

Depois de justificar filosoficamente os princípios do liberalismo político, Rawls desenvolve a noção do “consenso sobreposto.”⁵² Mediante este conceito, explica a estabilidade de uma sociedade organizada em torno das normas que ele mesmo previamente defendeu e prove apoio racional adicional para este tipo de organização. Os princípios do liberalismo político especificam um conjunto básico de garantias, como o direito ao voto, à livre expressão, à liberdade de culto, bem como a uma distribuição justa das riquezas. Estas normas se baseiam em um conceito mínimo de bem e, portanto, são compatíveis com múltiplos conceitos de bem viver. Mesmo indivíduos e grupos que não compartilham uma interpretação religiosa ou filosófica integral podem aderir às mesmas instituições politicamente liberais.⁵³

⁵¹ José Luis González expressa razoáveis dúvidas sobre a vontade dos Estados Unidos de mostrar-se flexível em questões de idioma. González (1986, p. 104).

⁵² Veja Rawls (1993, p. 133-72).

⁵³ Veja id., p. 135.

É claro que a justificação completa que cada pessoa ou comunidade tem para avaliar estas instituições varia de acordo com sua doutrina de base. Não obstante, as diferentes racionalizações convergem nos mesmos princípios. A estabilidade de uma sociedade construída desta maneira apoia o fato de que mesmo pessoas com credos compreensivos diferentes tendem a ser leais, pois as instituições básicas repousam sobre normas amplamente compartilhadas. Somente aqueles indivíduos que abraçam uma perspectiva religiosa ou filosófica irracional, que repudia as normas fundamentais do liberalismo político, não entram na convergência destes princípios.

Ao elaborar sua teoria, Rawls está pensando no problema da divergência em doutrinas filosóficas ou religiosas. Todavia, o conceito de consenso sobreposto se refere à questão da heterogeneidade étnica na sociedade.⁵⁴ Provavelmente aproxima-se da noção de patriotismo constitucional de Habermas.⁵⁵

Ele afirma que a diversidade nacional que inelutavelmente caracteriza a modernidade, não tem por que acarretar crises insolúveis. O Estado moderno pode integrar os cidadãos base, não em uma língua, etnia, ou cultura nacional comum, mas em uma cultura política compartilhada.⁵⁶ Em outras palavras, o Estado atua exclusivamente sobre um conjunto geral de normas — princípios democráticos, o império da lei e os direitos humanos — capazes de atrair o consentimento de um grupo de cidadãos extremamente heterogêneo. Além desta cultura política, o programa estatal carece de um conteúdo particular, seja religioso, seja nacional. Os cidadãos se encontram frente a uma constituição que encarna a cultura política e se identificam com esse documento.⁵⁷ “[...] Uma cultura política liberal,” afirma Habermas, “é simplesmente o denominador comum do patriotismo *constitucional*, que como tal intensifica a apreciação da diversidade e da integridade das múltiplas formas de vida que coexistem numa sociedade multicultural.”⁵⁸

Rawls discute o liberalismo político pensando na experiência estadunidense. Habermas menciona explicitamente os Estados Unidos como um exemplo do Estado pós-nacional que descreve.⁵⁹ Nestas perspectivas, a sociedade estadunidense

⁵⁴ Rawls insinua que mesmo se se concentra primariamente na questão da tolerância religiosa, o liberalismo político se refere a outros problemas básicos tais como “raça, etnicidade e gênero.” *Id.*, pp. XXX-XXXI. *Véase además id.*, p. 154.

⁵⁵ Veja Habermas (1992, p. 651) Habermas (1996, 143, 263-64). Dieter Henrich atribui o termo “patriotismo constitucional” a Dolf Sternberger. HENRICH (1993, p. 74).

⁵⁶ Habermas propõe que se identifique a nação-Estado com a “[...] cultura política em que os princípios constitucionais podem enraizar-se” e que não precisam do apoio de uma origem étnica, lingüística ou cultural comum a todos os cidadãos.” (Habermas 1992, p. 642).

⁵⁷ Habermas (1992, p. 636). Veja ainda *id.*, p. 643; *id.*, p. 659.

⁵⁸ *Id.*, p. 642-43.

⁵⁹ Habermas sustenta que “[...] o exemplo de sociedades multiculturais, tais como Suíça ou Estados Unidos mostra que uma cultura política, da qual podem emergir os princípios constitucionais fundamentais, não precisam de modo algum que se basear numa origem étnica, lingüística ou cultural comum aos cidadãos do

não impõe uma perspectiva nacional integral, mas propõe um consenso sobreposto rawlsiano ou um patriotismo constitucional habermasiano.⁶⁰ As leis e a constituição estadunidenses vinculam as autoridades federais a um conjunto de normas que correspondem de maneira geral aos princípios liberais políticos e à cultura política que postulam Rawls e Habermas, respectivamente.

Esta sociedade estadunidense liberal não constitui meramente uma arena onde os membros debatem assuntos coletivos. Ela possui, ainda, um conteúdo normativo forte, com o qual os cidadãos se identificam, que percebem como razoável e que exige imparcialidade por parte das instituições públicas. Este mandato veda um patrocínio oficial de uma cultura nacional particular. Não obstante, o Estado liberal abre espaço para que os cidadãos se dediquem a suas próprias culturas nacionais. Não somente permite manifestações culturais privadas, mas as protege contra a agressão de qualquer pessoa ou entidade.

A constituição estadunidense, certamente, parece endossar este tipo de liberalismo. Por um lado, contém disposições gerais sobre a democracia e sobre uma ampla gama de direitos individuais. Confere uma extensa autonomia cultural a indivíduos e grupos. Por outro lado, inclui uma cláusula de igual proteção, que proíbe a discriminação oficial. Por conseguinte, o Estado deve atuar sem prejuízos e, presumivelmente, abster-se de favorecer qualquer dos grupos nacionais.

Todos os Estados da União compartilham uma concepção similar da função do Estado e a expressam em suas respectivas constituições. Além disso, a constituição federal lhes impõe a mesma cultura política. Estabelece, pelo menos segundo a interpretação do Tribunal Supremo da cláusula do devido processo em sua décima quarta emenda, que os Estados têm de honrar a maioria dos direitos inscritos nas primeiras dez emendas. Por exemplo, a liberdade de expressão e de culto, a garantia contra registros e prisões ilegítimas e o direito à intimidade se aplicam tanto aos Estados quanto ao governo federal. Além do mais, a cláusula de igual proteção literalmente vincula os Estados. Portanto, o argumento prévio contra a parcialização oficial em favor de uma cultura nacional particular recai em primeira instância sobre os Estados. Concerne a Porto Rico, tanto como Estado quanto como Estado livre associado.

Consequentemente, não cabe ao governo federal estadunidense forçar os indivíduos em Porto Rico a renegar sua cultura nacional ou a entregam-se à alternativa estadunidense. Pelo contrário, as autoridades federais têm o dever de lhes garantir o

Estado. Uma cultura política liberal é simplesmente o denominador comum de um patriotismo *constitucional*. Este, como tal, intensifica a apreciação da diversidade e integridade das variadas formas de vida coexistentes numa sociedade multicultural.” (Habermas 1992, p. 642-43). Ainda Habermas (1996, p. 137).

⁶⁰ É curioso que um dos primeiros apóstolos da integração porto-riquenha, José Celso Barbosa, apoiava um “patriotismo inteligente,” que se assemelha ao patriotismo constitucional em que sua base não é o território natal, mas as liberdades e os direitos (BARBOSA, 1975). Não obstante, Barbosa defendia a norte-americanização dos porto-riquenhos e a imposição do inglês em Porto Rico. Id. Veja Carrión (1996, pp. 212-13).

direito de preservar a sua diferença nacional. Assim, o governo de Porto Rico não tem obrigação alguma de inculcar o *ethos* nacional estadunidense, nem muito menos de erradicar a cultura nacional porto-riquenha.

Os liberais afirmariam com igual pertinácia que o governo de Porto Rico não pode legitimamente promover um modo de vida porto-riquenho supostamente autêntico. Criticariam veementemente essa política por discriminação. Deste ponto de vista, os indivíduos que não compartilham a cultura subvencionada, como os anglo-americanos, podem justificadamente reclamar. As pessoas que rejeitam a interpretação oficial ou qualquer tipo de apoio à cultura também têm direito de protestar. Em efeito, as medidas culturais em questão infringem a cultura política estadunidense. Violam princípios básicos de liberdade e igualdade. Segundo estas normas liberais, as instituições públicas não devem fomentar a cultura de um grupo à custa de outros.

As autoridades porto-riquenhas poderiam se recusar e assinalar que mais de 90% da população apoia às políticas culturais em questão. Os liberais, no entanto, não mudariam. Explicariam que a cultura política estadunidense se dirige, principalmente, à proteção dos indivíduos. “Cada pessoa,” afirma Rawls, “possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem sequer o bem de toda a sociedade pode substituir.”⁶¹ Não importa quanto os porto-riquenhos aplaudam a agenda cultural oficial, o liberalismo a desautorizaria por violar as prerrogativas das minorias e dos dissidentes.⁶²

Decretar a voluntariedade das contribuições monetárias ao esforço cultural governamental criaria um risco de inúmeras traições, sem que a crítica liberal fosse, em absoluto, afetada. De acordo com o liberalismo, tanto os grupos culturalmente diferentes quanto os dissidentes podem legitimamente reprovar o patrocínio oficial da cultura majoritária, ainda que a eles sejam concedidas generosas isenções. Podem opor-se à promoção governamental de uma perspectiva cultural que lhes é alheia. Podem queixar-se do valor simbólico e da discriminação, independentemente de quem esteja cobrindo os gastos.

Para recapitular: Os porto-riquenhos não precisam se suicidar culturalmente para ser parte dos Estados Unidos. Podem se manter fiéis a sua nacionalidade, como indivíduos e também como grupo. O que não podem fazer dentro do esquema liberal é recrutar as instituições políticas para este fim. Se o fazem, estão desobedecendo à cultura política liberal estadunidense. Desta ótica, o desejo porto-riquenho de ter um governo local que impulse solidamente a cultura nacional não é compatível com o anseio de permanecer legitimamente dentro da federação estadunidense.

⁶¹ Rawls (1971, p. 3).

⁶² DWORKIN (1977, p. 194- 269) “Um direito contra o governo tem que ser um direito a fazer algo mesmo se a maioria pensar que seria ruim fazê-lo e mesmo se a maioria se prejudicaria se fosse feito.” “Se uma pessoa tem um direito a algo e está errado que o governo o negue, mesmo que convenha ao interesse geral.”

3.3 EM DIREÇÃO AO PLURALISMO

A proibição do liberalismo à política cultural em questão não finda o debate, pois poder-se-ia descartar o ponto de vista liberal. Em efeito, o repúdio poderia basear-se na insuficiente abertura do liberalismo à diferença cultural. Assim posto, poderiam existir razões teóricas independentes para defender um modelo algo mais condescendente com os esforços do governo porto-riquenho em prol da cultura nacional.

A objeção em que estou pensando enfoca a aparente indiferença do liberalismo às diferentes culturas nacionais.⁶³ Critica a mensagem liberal de que os grupos nacionais podem se dedicar à sua cultura por conta própria, não devendo esperar nenhuma ajuda governamental. Insiste em que a comunidade política deve, ao contrário, apreciar e promover expressamente as culturas étnicas e o pluralismo em geral. Afirma que a sociedade pós-nacional estadunidense deve transformar ou talvez transcender suas premissas liberais. Proporia um conceito pluralista da comunidade política.

Fazendo seu este pluralismo, Michael Walzer insiste na legitimidade do fomento oficial dos grupos nacionais. Sugere que o governo, particularmente nos Estados Unidos, pode encampar o pluralismo e promover a diversidade. Por conseguinte, as autoridades podem subsidiar as minorias étnicas ou nacionais. Não precisam se mostrar indiferentes aos assuntos nacionais culturais ou adotar uma política de não intervenção.⁶⁴

Walzer declara que a ameaça à unidade social nas sociedades de imigrantes contemporâneas, como os Estados Unidos, não é que os agrupamentos, incluindo os que se baseiam na nacionalidade, sejam demasiado proeminentes e estejam despedaçando a comunidade.⁶⁵ Defende, ao contrário, que é a debilidade destas associações que impede uma coesão social ampla.⁶⁶ Seu raciocínio procede da seguinte maneira. Nos Estados Unidos, a única força unificadora é uma cultura política comum. Os cidadãos normalmente participam das instituições que incorporam os princípios compartilhados da democracia, legalidade e direitos humanos não como indivíduos, mas como integrantes de grupos particulares, que podem estar baseados em afiliações sindicais, de gênero, religiosas ou nacionais. Em outras palavras, a participação na esfera da coletividade maior tem lugar por meio destes agrupamentos,

⁶³ Rawls nega que o liberalismo seja indiferente ao valor de doutrinas compreensivas. Rawls (1993, p. 150-172). Se o fosse, se oporia a elas e, em consequência, não seria capaz de gerar um consenso sobreposto. *Id.*, p. 150. Consequentemente, nem afirma nem nega a verdade ou o valor delas. *Id.* Poderia, então, vê-las geralmente como valiosas e aproximar-se ao pluralismo que se apresenta nesta seção. Para uma interpretação do liberalismo que valora aos grupos nacionais, *ver* Tamir (1993).

⁶⁴ WALZER (1997, p. 37); Veja ainda *id.*, p. 34.

⁶⁵ Veja *id.*, p. 101-12. Em troca, Julia Kristeva observa que a acentuação das identidades sexuais, nacionais e religiosas mina a liberdade pessoal e aumenta a divisão. KRISTEVA (1993, p. 2-3).

⁶⁶ Veja WALZER (1997, p. 101-12).

que desempenham o papel de representantes de seus integrantes. Além do mais, estas associações cívicas funcionam como campos de treinamento para o ativismo político, posto que dentro de suas facções, os membros começam sua atividade intersubjetiva. A solidariedade social desaba quando estes grupos e os vínculos dos cidadãos com eles se desintegram.

Walzer crê que o governo deveria contribuir para fortalecer estes grupos associativos.⁶⁷ Ao renunciar a sua indiferença diante das coletividades organizadas em torno de conceitos específicos do bem viver, o Estado reforça a potência da vida política. Eu acrescentaria dois aspectos gerais à análise de Walzer. Primeiro, a promoção dos agrupamentos nacionais aumenta não somente a participação política cidadã, mas também o bem-estar individual e coletivo, bem como a estabilidade social. Segundo, o argumento a favor do programa social pluralista pode ser reflexivo ou deontológico, além de instrumental ou teleológico. Isto significa que a sociedade deveria amparar as minorias éticas por respeito a seus direitos e não somente para realizar fins particulares. Estas comunidades têm direito ao reconhecimento no sentido que Charles Taylor popularizou.⁶⁸ Ao reconhecer a seus grupos, a comunidade política lhes outorga o que lhes toca e os trata com respeito, para além de cálculos estratégicos ou altruístas.

Estas reflexões levam a uma rejeição ou talvez a uma modificação dos princípios liberais que expus anteriormente. A sociedade não deveria simplesmente tolerar a seus grupos nacionais. Deveria promovê-los porque isto é tanto benéfico quanto moralmente correto. O pluralismo não é somente um fato,⁶⁹ mas também um bem e um direito. Com efeito, Habermas parece adotar uma posição pluralista quando defende um patriotismo constitucional que “intensifica a apreciação da diversidade e da integridade das múltiplas formas de vida que coexistem numa sociedade multicultural.”⁷⁰

Evidentemente em última instância é aos indivíduos que cabe decidir se querem se vincular a uma comunidade específica ou dela se distanciar. O governo não pode constranger as pessoas a participar nestas coletividades. No melhor dos casos, pode prover recursos e criar um ambiente favorável. Estes grupos devem, por si mesmos, seduzir e inspirar a sua afiliação. Somente, assim, tornar-se-iam capazes de

⁶⁷ Veja Walzer (1998, p. 53) “A comunidade política singular e universal requer uma vida associativa particularista; as associações requerem o marco político do poder estatal.”

⁶⁸ Taylor (1993, p. 190). Veja id., p. 48, 52, 58, 142-43, 162, 169, 188, 190-96. A propaganda de um povo “pelo reconhecimento no sentido em que estou usando o termo,” escreve Taylor, é “uma demanda de que se reconheça e valorize a esse povo pelo que ele é.” Id., p. 192.

⁶⁹ Rawls explica que “o liberalismo político pressupõe o fato do pluralismo razoável como um pluralismo de doutrinas compreensivas, incluindo tanto as doutrinas religiosas como as não religiosas.” Rawls (1993, p. 26). Veja ainda id., p. 24 n. 27, 36, 135, 144.

⁷⁰ Habermas (1992, p. 642-43).

reproduzir seu modo de vida e de levar sua perspectiva peculiar à deliberação política da sociedade. Por conseguinte, Habermas adverte que é inútil que o Estado garanta a sobrevivência das comunidades culturais como se fossem espécies ameaçadas.⁷¹ Se os povos em questão não estão dispostos a lutar pela continuidade de sua própria existência, qualquer esforço oficial será em vão.

Tanto Walzer quanto Habermas opinam que as autoridades devem manter-se imparciais ou neutras quando se envolvem em questões de política cultural. Ainda que o governo não precise ser “perfeitamente indiferente à cultura de grupo,” Walzer insiste que deve então “apoiar a todos os grupos por igual.”⁷² “O conteúdo ético de uma integração política que unifica a todos os cidadãos,” assevera Habermas, “tem que mostrar-se ‘neutro’ com respeito às diferentes comunidades étnicas e culturais, que se fundem internamente através de seu próprio conceito de bem.”⁷³ Certamente, Walzer e Habermas não pretendem desdizer suas afirmações sobre a ação cultural do Estado. Tampouco estão propondo que o governo deva prover apoio absolutamente igual aos diversos grupos. Na realidade, a ideia é que o apoio oficial deve ser igual em termos relativos. Assim posto, uma comunidade tradicionalmente desfavorecida pode perceber mais ajuda que uma outra historicamente privilegiada.

Consequentemente, o pluralismo entende a neutralidade como um conceito crucial e complexo. Como já mencionei, exige imparcialidade governamental com respeito às comunidades culturais e a suas concepções de bem. Não obstante, rejeita uma atitude neutra no que concerne ao valor da multiplicidade de pontos de vista e da diversidade em geral. Em torno deste valor, corrobora um conceito substantivo de bem que não exclui os das comunidades étnicas legítimas, mas tampouco converge com eles. Dessa forma, a concepção pluralista se distancia criticamente do liberalismo.

A constituição estadunidense implica esta visão pluralista. Certamente permite ao governo proteger os grupos com o fim de incrementar o bem-estar dos cidadãos, a participação política e a paz coletiva. Significativamente, as emendas treze, quatorze e quinze exigem o reconhecimento dos afro-estadunidenses e outras comunidades étnicas. O Tribunal Supremo referendou explicitamente os privilégios oficiais de alguns grupos em compensação pela discriminação passada e aceitaram a promoção da diversidade como uma meta governamental legítima.⁷⁴

⁷¹ Veja Habermas (1995, p. 850). Habermas (1996, p. 259). Walzer apoiaria esta afirmação de Habermas. Walzer escreve: “[...] o pluralismo não tem por si poderes de sobrevivência. Depende da energia, o entusiasmo e o compromisso que exista dentro dos grupos que o compõem. Não tem existência além da particularidade de suas culturas e credos.” (WALZER 1992, p. 65). Aponta ainda que “os primeiros pluralistas [...] certamente teriam razão ao insistir que o poder estatal não deve nem manter [a perspectiva étnica] na vida artificialmente, nem reprimi-la.” *Id.*, p. 74. *Veja ainda id.*, p. 76-77.

⁷² Walzer (1997, p. 37); *veja ainda id.*, p. 34.

⁷³ Habermas (1996), p. 266.

⁷⁴ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 307 & 314 (1978). *Veja ainda Adarand*

Os Estados Unidos, visto como Estado pluralista, pode tanto empreender como autorizar ações de respaldo à cultura porto-riquenha. Dentro desta lógica, os governos federais e locais podem investir na cultura nacional porto-riquenha e fomentá-la mais que a outros grupos nacionais. Certamente teriam de demonstrar que a cultura foi historicamente discriminada ou que está em desvantagem sistemática frente a outras manifestações culturais.

Contudo, o Estado insular não pode se converter no comitê executivo da cultura nacional. Com efeito, ao assumir essa função, viola a noção pluralista da neutralidade. Mostra-se demasiado parcial para com um dos grupos nacionais e adquire um controle excessivo sobre a cultura nacional. Quando o governo federal escora esta política ou meramente a consente, torna-se cúmplice do atentado contra os princípios políticos estadunidenses.

Naturalmente, cada Estado da União dedica alguns de seus recursos para a promoção da história e das tradições dos residentes. Não obstante, a política porto-riquenha em questão transcende esta prática geral quantitativa e, sobretudo, qualitativamente. Ela envolve não somente subsídios nominais ao folclore e arte popular, mas em uma tentativa de sustentar uma cultura nacional particular, sem precedentes nos Estados Unidos.

O pluralismo autoriza o governo insular a subsidiar a cultura nacional porto-riquenha para compensá-la por discriminação anterior, mas não a representá-la em um sentido especial. Exige que faça seus em termos rigidamente igualitários os objetivos compartilhados por todos os habitantes de Porto Rico. O governo tem que falar e agir em nome das pessoas oriundas dos Estados Unidos e de todos os cidadãos estadunidenses que estejam vivendo na ilha, bem como dos porto-riquenhos. Ele goza de uma margem de manobra equivalente, por exemplo, a do Estado de Nova York no que concerne à defesa da cultura nacional porto-riquenha. Quer dizer, pode apoiar preferentemente a comunidade porto-riquenha somente à medida em que isto seja necessário para reparar injustiças anteriores. Além do mais, deve mostrar-se imparcial.

A política cultural em discussão viola os princípios pluralistas não somente por não beneficiar a todos os grupos desfavorecidos em termos iguais, mas também por não permitir suficiente distância entre o governo e a principal comunidade étnica. O Estado pluralista não pode apadrinhar plenamente nenhum dos grupos. Não pode fazer suas as perspectivas ou os interesses desses grupos. O governo local peca precisamente por esta identificação com a cultura nacional porto-riquenha. Com efeito, ele se encarrega de definir a agenda cultural. Este ativismo oficial transcende o pluralismo, no que os indivíduos ou grupos particulares são responsáveis, em última instância, pela promoção das culturas nacionais.

As autoridades locais poderiam tentar justificar a exceção cultural porto-riquenha, aduzindo que Porto Rico é a única unidade territorial extensa nos Estados

Constructors, Inc. v. Federico Peña, Secretary of Transportation, 515 U.S. 200, 236 (1995).

Unidos onde habitam quase exclusivamente cidadãos com uma cultura nacional distintiva.⁷⁵ Todavia, este fato não autoriza ao governo insular a colocar-se ao lado da coletividade porto-riquenha. Justamente nestas circunstâncias, o pluralismo insistiria em vedar a parcialidade para a maioria porto-riquenha. Qualquer prejuízo desse tipo seria uma injustiça contra grupos extremamente minoritários, como os anglo-americanos e outras comunidades étnicas que moram na ilha. Os pluralistas concordariam com os liberais em que os interesses da maioria não podem substituir os direitos das minorias.

Obviamente, o Estado Livre Associado não pode simplesmente ignorar os desejos de 90% da população; tampouco poderia um futuro Estado de Porto Rico. Não obstante, o governo insular deve descartar todos os pedidos que esse setor formule como uma unidade nacional ou étnica contra a vontade de todos os demais. Do contrário, profanaria a cultura política pluralista. Por conseguinte, pode ocupar-se das necessidades da maioria porto-riquenha somente no que concerne a assuntos que não impliquem na proclamação de uma cultura nacional. De fato, os pluralistas profetizariam que os porto-riquenhos não votariam em bloco nestas questões não culturais. Desta perspectiva, os porto-riquenhos se distribuiriam nas mesmas proporções que o resto dos cidadãos.⁷⁶

Certamente, o Estado pluralista pode tolerar e até subsidiar os esforços dos porto-riquenhos por viver e reproduzir sua cultura nacional. Dessa maneira, reconhece-os e os estimula-os oficialmente no mesmo modo que a outros grupos nacionais, como os ítalo-estadunidenses e os irlandês-estadunidenses. Todavia, nas palavras do ex-governador Rafael Hernández Colón, muitos porto-riquenhos não almejam simplesmente o *status* de “outro grupo minoritário numa sociedade pluralista,” mas o de uma “nacionalidade, um povo diferente.”⁷⁷ Aparentemente estão interessados não puramente na consideração pública e em subvenções gerais, mas também em uma identificação intensa com a cultura nacional por parte do atual Estado Livre Associado ou de um futuro Estado Federativo de Porto Rico. Esta ambição se choca com o pluralismo.

Os princípios políticos pluralistas não permitem um “Instituto de Cultura Porto-riquenha,” no sentido estrito da palavra. Como muito, autorizariam um “Instituto de Cultura”, que patrocinaria a expressão cultural insular, independentemente de suas credenciais étnicas ou nacionais. Esta entidade não poderia excluir categoricamente projetos culturais anglo-americanos, bem como o Estado de Montana não poderia negar financiamento a eventos greco-estadunidenses

⁷⁵ Veja Carrión (1996, p. 168).

⁷⁶ Walzer crê que as maiorias nas sociedades pluralistas como Estados Unidos são contingentes e estão em mudança contínua. Walzer (1997, p. 30); Veja ainda Nino (1996, p. 126-27).

⁷⁷ Galib Bras (1993), Citando o ex-governador Rafael Hernández Colón aos olhos do Congresso de 1991 sobre o projeto de lei para um plebiscito em Porto Rico. Hernández Colón não percebe de que esta pretensão é tão problemática para o estadoliberalismo atual como para o integração plena. Veja ainda Carrión (1996, p. 180).

ou afro-estadunidenses. O fato de que os grupos excluídos tradicionalmente não tiveram uma presença significativa no território e que conseqüentemente não são realmente parte da identidade étnica coletiva não vem ao caso. Aos governos locais em Porto Rico e em Montana, respectivamente, não compete delinear uma cultura nacional “porto-riquenha” ou “montanense” ou velar por ela.

A cultura política pluralista também condena a política idiomática de Porto Rico. O Estado Livre Associado ou um futuro Estado de Porto Rico tem de renunciar ao esforço de manter o espanhol como o vernáculo. Não pode justificadamente tomar medidas para propagar o uso do espanhol no dia a dia. Pois se mostra assim demasiado parcial em favor da maioria porto-riquenha e identificado com ela. Cabe a ele operar em espanhol, inclusive nas escolas públicas, por razões de conveniência ou de compensação por desvantagens históricas ou estruturais, mas não como parte de um intento de proteger ou apadrinhar a cultura nacional. Incidentalmente, o pluralismo estadunidense impõe restrições similares aos Estados atuais da União, ainda que a comunidade hispano-falante venha a se tornar majoritária em algum deles.

Em resumo, o pluralismo estadunidense veta apoio estatal à cultura nacional porto-riquenha mais do que a outros grupos ou além do que requer a reparação da discriminação ou da disparidade. Proíbe ao governo insular apresentar-se como representante primordial dos porto-riquenhos. Exige que as autoridades locais evitem colocar-se do lado da maioria contundente. Porto Rico viola a política cultural estadunidense quando o governo insular subvenciona preferencialmente a cultura nacional porto-riquenha e se identifica com ela. Enquanto a ilha estiver dentro dos Estados Unidos, as autoridades locais devem honrar os princípios políticos prevalecentes. Ao obstinar-se com sua política cultural, Porto Rico efetivamente deserda da comunidade política estadunidense.

4 A LEGITIMIDADE DA POLÍTICA PORTO-RIQUENHA SOBRE A CULTURA NACIONAL

Tenho argumentado que uma política de parcialidade e identificação oficial com respeito à cultura nacional porto-riquenha se choca com o pluralismo estadunidense. À medida que o governo insular adota uma agenda desta índole, Porto Rico se situa à margem da cultura política estadunidense e estabelece seus próprios princípios políticos. Nesta seção, explorar-se-á a legitimidade filosófica destas normas.

Por que deveriam as autoridades, em Porto Rico ou em qualquer outro lugar, ir além de permitir a uma comunidade étnica particular desenvolver sua cultura nacional por conta própria ou de oferecer algumas subvenções? O programa cultural oficial proposto não equivale a tratar o grupo como uma espécie em perigo de

extinção? Se os membros não querem ou não podem preservar sua cultura nacional por si mesmos ou com alguma assistência estatal, porque deveria o governo sentir-se na obrigação de intervir? Não é a política em questão paternalista e não está condenada a fracassar, pois os supostos beneficiários carecem de motivação ou de meios para sustentar a sua cultura nacional?

Para começar a responder a estas perguntas, é preciso entender as ameaças específicas que podem espreitar uma cultura nacional. Evidentemente se os integrantes de uma nacionalidade não tivessem um interesse genuíno por sua própria cultura, seria ilegítimo e inútil que o governo agissem em prol deles. Não obstante, a situação poderia ser dramaticamente diferente. Por exemplo, as pessoas bem poderiam perceber sua cultura nacional como um bem público, cuja sobrevivência lhes concerne fundamentalmente e, todavia, enfrentar um problema de ação coletiva. Em outras palavras, apesar de desejar conjuntamente a prosperidade da cultura nacional, poderiam tomar decisões individuais que obstruíssem a consecução do fim comum. Poderiam não ter a capacidade de coordenar suas ações e, conseqüentemente, chegar a um resultado que eles mesmos entenderam como sub-ótimo ou desastroso.

Uma comunidade nacional pode, assim, enfrentar algo como o dilema dos prisioneiros ou do penetra.⁷⁸ Quando os membros se entregam a suas preferências imediatas, podem destruir a cultura compartilhada sem se darem conta ou sem querer. Suas decisões podem ter o efeito de uma “mão invisível” que, contrariamente a de que fala Adam Smith,⁷⁹ leva à calamidade coletiva. Por conseguinte, pode ser necessário que se reúnam como comunidade política e adotem medidas extremas para amparar a cultura nacional.

Os porto-riquenhos favorecem majoritariamente a intervenção estatal em prol da cultura. Aparentemente sentem que não podem, por si mesmos, oferecer suficiente apoio mediante donativos e ação individual. Parecem, pois, desejar que o governo expresse a vontade coletiva e promova a cultura nacional. Uma política cultural desta índole se reveste de legitimidade e tem excelentes possibilidades de êxito, pois suscita aprovação e cooperação, em vez de indiferença ou resistência.

O respaldo popular ao Instituto de Cultura Porto-riquenha e ao Ateneo Porto-riquenho exemplifica este fenômeno. Presumidamente, o povo sente que a cultura insular enfrenta desvantagens comparativas em relação às alternativas importadas por causa das deseconomias de escala ou a competição desleal. Indubitavelmente, os indivíduos poderiam apoiar o cinema, a literatura, a música, a dança e a arte nacional simplesmente pagando um alto preço. Não obstante, pode ser que muitos estejam dispostos

⁷⁸ No clássico dilema de prisioneiros, é individualmente racional, mas coletivamente irracional que os dois acusados isolados confessem. Veja Luce & Raiffa (1957). No problema do viajante gratuito, cada passageiro tem um incentivo para trapacear, mas se todos se inclinam para esta alternativa, o ônibus não funcionaria.

⁷⁹ Smith (1937), p. 423.

a esta subvenção individual somente com alguma garantia de que o resto dos cidadãos fará o mesmo, fazendo, assim, com que seu sacrifício não seja em vão. Pode ser que tenham que sem um apoio amplo, a cultura nacional inelutavelmente se deteriore. É possível que outros sintam a tentação de viajar sem pagar ou vivenciem certa *aravia* — ou seja, fraqueza de vontade — na hora da verdade. Os porto-riquenhos que caem em qualquer destas categorias podem constituir uma causa comum e solicitar que o governo os ajude a realizar coletivamente o que não podem obter individualmente. Especificamente, podem exigir que as autoridades estabeleçam um imposto para subsidiar a indústria da cultura nacional.

Quando as pessoas pedem ao governo que proteja a cultura nacional podem estar vislumbrando mais que um ato de defesa coletiva. Talvez estejam também clamando que as instituições estatais se identifiquem intensamente com a cultura nacional. Podem estar pretendendo que a vida pública expresse sua identidade. Talvez busquem um sistema político e jurídico que seja próprio, que primordialmente reflita sua perspectiva e que fale seu idioma.

Os porto-riquenhos parecem estar formulando algo desta índole quando insistem em que as burocracias insulares funcionem em espanhol e exibam a identidade nacional. A conveniência e a consistência apoiam esta pretensão. Por exemplo, os assuntos governamentais têm de tramitar em espanhol em parte porque uma maioria descomunal da população não fala outra língua. Além disso, o Supremo Tribunal local resolveu resgatar e depurar a tradição civilista porto-riquenho, posto que um sistema jurídico que mescla arbitrariamente o direito anglo-saxão e o românico opera de forma irracional e imprevisível.⁸⁰ Todavia, a justificação predominante para a projeção da cultura nacional sobre as instituições políticas e jurídicas invoca o perigo da “transculturização”⁸¹ e não o da incoerência. A ideia é que a institucionalização proposta representa um mecanismo valioso para proteger a cultura nacional ameaçada. Este argumento sobreviveria ainda frente à prova irrefutável de que a política e o direito porto-riquenho engrenaria mais racionalmente com a superestrutura estadunidense, caso se livrasse de sua nostalgia nacionalista.

Quando as autoridades não meramente subsidiam, mas institucionalizam a cultura nacional desta maneira, assumem uma função que não está ao alcance dos particulares. Os cidadãos comuns, perfeitamente organizados, não seriam capazes de projetar sua identidade nacional sobre o aparato político e jurídico. Inevitavelmente, o Estado desempenha um papel crucial.

⁸⁰ Veja, e.g., Valle v. Amer. Inter. Ins. Co., 108 D.P.R. 692 (1979). “Hoje parece desnecessário enfatizar que o direito de danos em Porto Rico se rege, tanto em sua forma como em seu conteúdo, pelo sistema do direito [...] São revogados, por consequência, os casos citados em tudo o que implica a utilização de preceitos do direito comum para resolver problemas de direito civil.”

⁸¹ Veja, e.g., Trías Monge (1986, p. 28). Veja ainda id., p. 21, 33, 107-08.

Consequentemente, a subvenção ou institucionalização oficial da cultura nacional não precisa constituir um gesto elitista ou vão contra a vontade ou a indiferença do povo. Pelo contrário, poderia capacitar os porto-riquenhos a realizar metas que valorizam, mas que não podem alcançar individualmente. Obviamente, o fato de que os porto-riquenhos necessitem e queiram assistência estatal para promover efetivamente seu patrimônio cultural não justifica por si o esforço do governo insular. Como sublinhado, os liberais e até os pluralistas repudiariam as medidas oficiais por discriminar aqueles que não são parte da cultura nacional ou que não querem participar dela. Censurariam a política em questão por violar o eminente princípio da imparcialidade.

Charles Taylor pretende responder a esta objeção quando elogia a ardente defesa da cultura nacional em Quebec. Argumenta que esta política é legítima à medida que não viola direitos fundamentais.⁸² Por exemplo, as autoridades podem privilegiar o grupo nacional predominante no momento de regular a expressão comercial ou o ensino de história nos colégios públicos. Todavia, não podem fazer o mesmo quando intervém no âmbito do direito ao voto ou da liberdade de culto.

A demarcação dos direitos fundamentais é não somente difícil, como também arbitrária. Além do mais, se a carta básica de direitos inclui o princípio de igualdade ou a proibição da discriminação, o tratamento díspar que Taylor está disposto a tolerar deveria ser condenado de acordo com uma interpretação liberal de qualquer destas normas. Por conseguinte, deveria abandonar a busca de princípios básicos universais e passar a formular uma defesa das políticas culturais nacionais em questão de uma perspectiva que transcenda tanto o liberalismo quanto o pluralismo.

Portanto definir alguns assuntos com respeito aos quais a sociedade não pode discriminar e outros em torno dos quais não existe tal restrição, dever-se-ia começar por classificar como suspeita toda a parcialidade oficial. Este enfoque, que reflete uma profunda preocupação diante das eventuais discriminações contra minorias e dissidentes, orientou minha discussão sobre o modelo nacionalista no contexto estadunidense. Observei, então, que uma política parcial em favor de uma cultura nacional particular deve repousar em razões sólidas. Especificamente, sugeri que as autoridades precisam demonstrar não somente que a cultura nacional enfrenta um perigo que requer uma resposta oficial, como também que as medidas estão vinculadas à ameaça existente e que preservaram suficientemente a autonomia cultural dos cidadãos.

⁸² “Uma sociedade com metas coletivas fortes,” aponta Taylor, “[...] pode ser liberal se também se mostra capaz de respeitar a diversidade, especialmente no que concerne aos que não compartilham esses objetivos, e de salvaguardar adequadamente os direitos fundamentais.” TAYLOR (1993, p. 177). Taylor defende “[...] uma defesa invariável de alguns direitos. Evidentemente, não haveria possibilidade de diferença cultural na determinação da aplicabilidade do *habeas corpus*.” (TAYLOR (1992, p. 61). Veja ainda id., p. 59; Taylor (1993, p. 176); Raz (1994, p. 143-44).

Por conseguinte, uma identificação oficial com a cultura majoritária não se justifica em todos os casos. Somente as comunidades políticas que cumprem as condições estabelecidas podem ser parciais em sua política cultural. As demais sociedades não gozam desta prerrogativa. Um favoritismo oficial é evidentemente inaceitável se a cultura dominante evidencia uma história de opressão contra as demais.

A comunidade política porto-riquenha pode afirmar — sem dúvida com mais credibilidade que a estadunidense — que existe uma ameaça que requer uma resposta coletiva. Além de ter sofrido uma opressão brutal durante a primeira metade do século vinte em mãos das forças de ocupação, a cultura porto-riquenha tem de sobreviver muito minoritariamente dentro das fronteiras estadunidenses, enfrentando desvantagens econômicas e sociais. Consequentemente, o governo local pode desempenhar uma função de garantia e coerção, por intermédio de subsídios ou impostos, para assegurar o respaldo e o respeito dos cidadãos para com a agenda cultural. Igualmente, os porto-riquenhos podem pressionar seus representantes a estabelecer um idioma oficial ou a preservar o caráter nacional das instituições políticas e jurídicas. Certamente o governo sempre tem de demonstrar que suas medidas culturais não são desmedidas. Poderia razoavelmente requerer que os processos judiciais tramitassem em espanhol, excedendo suas atribuições como guardião da cultura se proibisse aos anglo-americanos o uso de intérpretes nos tribunais.

Como requisito final, o governo insular deve abrir espaço à autodeterminação cultural das minorias e dos dissidentes. Deve garantir que quem não tem interesse em se unir à cruzada nacional possa se dedicar às suas próprias opções culturais. Deve avaliar não somente o direito destas pessoas à autonomia cultural, mas também à dignidade humana no sentido kantiano.⁸³ Em outras palavras, tem de reconhecer sua identidade cultural, assim como evitar tratá-la como mero meio em relação ao fim de proteger a cultura nacional. Evidentemente, o governo pode impor-lhes obrigações na persecução desta meta. Mas não pode descartar completamente seu *status* como pessoas dignas de respeito.

Se o governo de Porto Rico proscrevesse eventos culturais anglo-americanos ou colégios particulares em inglês, atropelaria os direitos autônomos da minoria estadunidense. Estas medidas certamente também seriam excessivas. Nesse sentido, ainda se fossem necessárias para a proteção da cultura nacional, não seriam aceitáveis por causa de seu efeito repressivo sobre a autodeterminação cultural deste grupo étnico.

Em certa medida, o esforço insular nesta área não é mais que uma extensão da subvenção compensatória que o pluralismo propugna para as comunidades desfavorecidas. Não obstante, o grupo subvencionado não é uma minoria, mas uma esmagadora maioria. Além do mais, o governo porto-riquenho não se ocupa de outros grupos oprimidos em

⁸³ Kant (1975).

termos relativamente iguais. Concentra-se, ao contrário, nos porto-riquenhos e faz suas as necessidades e aspirações desta coletividade. Serve de veículo para a realização coletiva porto-riquenha e, assim, transcende a cultura política pluralista.

Apesar do seu compromisso primordial ser com a cultura nacional, o governo porto-riquenho certamente tem o dever de considerar os interesses de todos os grupos étnicos, especialmente os em desvantagem. Os argumentos pluralistas em favor de remediar a discriminação passada e de estimular a diversidade são especialmente pertinentes em uma sociedade com uma agenda cultural nacional. O governo porto-riquenho tem de resguardar as minorias tradicionalmente oprimidas, como os dominicanos, e permitir às demais coletividades — espanhóis, cubanos, ou estadunidenses — prosperar culturalmente.

A defesa oficial da cultura nacional porto-riquenha seria enfim, não simplesmente nacionalista, mas também progressista. Para começar, trataria de colocar a cultura nacional numa posição de igualdade, não de hegemonia, frente a outras culturas. Teria, pois, um objetivo reparador, em vez de autoritário. Além do mais, interpretaria a cultura nacional, não de maneira excludente, mas inclusiva. Desta sorte, incorporaria, com entusiasmo, as contribuições de outras nacionalidades. Finalmente, valorizaria a autonomia cultural dos indivíduos e grupos divergentes do modo aqui apresentado.

5 SAINDO DO CLOSET: ASSOCIAÇÃO BILATERAL E FEDERALISMO ASSIMÉTRICO

As leis e as disposições constitucionais estadunidenses que esboçam o ideal pluralista vinculam Porto Rico como Estado livre associado. Por conseguinte, a ilha atualmente está cometendo uma infração com sua política de parcialidade cultural. Como já aventei, a ambígua relação entre os dois países provavelmente explica a falta, até agora, de uma exigência de cumprimento pleno. Não obstante, a comunidade política estadunidense exerce pressão e indubitavelmente intensificaria seus mecanismos coercitivos, caso Porto Rico se integre à União. Os Estados Unidos poderia defender argumentos políticos e jurídicos de peso. A política cultural porto-riquenha, pois, é ilegítima e periga dentro do *status* atual. A situação seria mais extrema sob a integração plena.

Ao apadrinhar oficialmente a cultura nacional, Porto Rico efetivamente abandona a comunidade política estadunidense e se aferra à sua própria cultura política. Rejeita o pluralismo estadunidense e adere a um nacionalismo eventualmente de tipo progressista. Naturalmente, esta opção não impede Porto Rico de permanecer legitimamente dentro dos Estados Unidos. Todavia, a relação entre os dois povos

tem de assumir uma forma especial para poder incorporar abertamente a duas comunidades políticas dissímeis. Tem de autorizar a coexistência de dois conjuntos de princípios políticos ou de duas culturas políticas divergentes, cada uma delas razoavelmente defensável dentro de seu contexto.

Os Estados Unidos poderiam reconhecer honestamente a diferença cultural porto-riquenha se evoluíram em direção a um Estado multinacional. Segundo Michael Walzer, esta solução oferece a única esperança de sobrevivência democrática e equitativa em “estados compostos” por “[...] grupos que compartilham algumas, mas não todas as características de uma comunidade histórica distinta e que mantém uma base territorial forte.”⁸⁴ A fórmula de Walzer parece referir-se à situação em questão. Porto Rico constitui uma comunidade não somente com uma história e um território à parte dos Estados Unidos, mas também com uma cultura política própria. Interpretados multinacionalmente, os Estados Unidos poderiam permitir a Porto Rico continuar como Estado livre associado e até converter-se em estado sem ter que renunciar ao esforço oficial insular intenso em favor da cultura nacional. Os porto-riquenhos poderiam finalmente conseguir este reconhecimento, tanto nacional como internacionalmente.

Um caminho para este destino último consistiria em visualizar os Estados Unidos como uma união de nações, em que cada Estado representa uma comunidade política separada com autoridade para decidir por conta própria questões de princípio político. Não obstante, os Estados Unidos claramente descartaram este modelo, independentemente deste ter sido alguma vez uma opção real.⁸⁵ Os distintos estados não preservaram identidades étnicas diferentes, em parte, em razão da intensa mobilidade por intermédio de todo o território.⁸⁶ Tampouco evoluíram para culturas políticas diferentes, principalmente porque a constituição federal os compromete com um conjunto robusto de princípios compartilhados. A União representa, assim, uma comunidade política unitária.

Portanto, os Estados Unidos não constituem uma confederação de nações ou comunidades políticas discretas e não suportariam ser reinterpretados como tal. Porto Rico não pode permanecer legitimamente dentro dos Estados Unidos como um simples Estado ou Estado livre associado, se quiser preservar uma cultura política oposta à predominante. Teria de forçar uma relação binacional especial com a União. Os cinquenta Estados compartilham entre si uma série de princípios políticos, mas com a ilha somente alguns ideais de solidariedade política e econômica.

⁸⁴ Walzer (1991, p. 56).

⁸⁵ José Luis González comenta que alguns estadistas erroneamente creem que os Estados Unidos são uma república de repúblicas González (1986, p. 24).

⁸⁶ Certamente, Walzer concebe aos Estados Unidos como uma “união de nacionalidades.” Walzer (1991, p. 9). Não obstante, as nacionalidades são grupos informais, que estão dispersados por meio do país e que não constituem unidades políticas corporativas. Em outras palavras, não têm governo próprio. Assim pois, não está pensando nos Estados da União.

Especificamente, Porto Rico teria de ficar isento da cultura política que antecipa a constituição e o código estatutário estadunidenses.

Este arranjo é concebível, tanto no caso da ilha permanecer um Estado livre associado, como no de se tornar um Estado. Como Estado livre associado, Porto Rico teria de motivar o Congresso Federal a declarar algumas disposições jurídicas e constitucionais inaplicáveis no contexto porto-riquenho e a facultar a Porto Rico seguir seu próprio caminho. Como Estado, Porto Rico teria que negociar uma alteração da federação estadunidense para obter a mesma imunidade. Examinarei estas duas opções em separado.

Na primeira alternativa, o Estado Livre Associado de Porto Rico não somente teria espaço para sobreviver como uma comunidade política à parte. Poderia ainda superar o déficit democrático atual, ao qual já me referi, e tornar-se um genuíno Estado livre associado. Conseqüentemente, o Congresso não definiria unilateralmente a relação entre ilha e continente. Pelo contrário, as duas comunidades entrariam em um pacto realmente bilateral, alterável somente por consentimento mútuo. Este acordo, que serviria de base ao estatuto federal sobre Porto Rico, especificaria as áreas e os termos de convergência e divergência. Deste modo, autorizaria o governo insular colocar-se ao lado da cultura nacional, da maneira que descrevi previamente. Certamente para funcionar como uma verdadeira democracia, Porto Rico teria de obter o direito de revisão sobre as leis federais localmente aplicadas.

Na segunda opção, o Estado de Porto Rico se definiria como uma comunidade política distinta. Teria uma relação com a União diferente da dos demais Estados. A constituição estadunidense precisaria mudar para reconhecer a unicidade insular. Algumas partes do documento não teriam vigência em Porto Rico ou requereriam uma interpretação especial no contexto insular. Os Estados Unidos não poderiam interferir na política nacional cultural de Porto Rico. Este convergiria finalmente em um autêntico estado *jibaro*.

Estas duas fórmulas manifestariam e consolidariam os termos implícitos na atual relação. Por conseguinte, o governo insular teria expresso poder para continuar e intensificar suas políticas culturais. Poderia preservar o espanhol como idioma oficial. Teria o direito de preservar o Instituto de Cultura Porto-riquenha, assim como a subvenção estatal ao Ateneo Porto-riquenho. Poderia manter os benefícios fiscais às artes porto-riquenhas e poderia legitimamente, propiciar a presença internacional da ilha no âmbito cultural e desportivo.

O estatuto de associação bilateral e a emenda constitucional poderiam, respectivamente, incrementar o reconhecimento de Porto Rico como uma comunidade política separada. Poderiam exigir das autoridades federais o respeito pleno dos princípios constitucionais de Porto Rico, incluindo os que proíbem a pena capital e a interceptação

telefônica.⁸⁷ Poderiam atribuir a Porto Rico o poder de regular a comunicação comercial para o benefício da língua e a cultura porto-riquenha, independentemente da interpretação do Supremo Tribunal Federal estadunidense do conceito de liberdade de expressão. Poderiam reclamar o direito da sexta emenda federal, não vigente na ilha, a um júri penal, de forma a permitir a Porto Rico desenvolver livremente sua personalidade civilista. Poderiam outorgar ao governo porto-riquenho imunidade frente a demandas baseadas na décima quarta emenda ou a cláusula de privilégios e imunidades da Constituição Federal por parte de cidadãos estadunidenses, exigindo a provisão de todos os serviços em inglês ou desafiando a vantagem sistemática que as autoridades insulares concedem à perspectiva nacional. Por último, poderiam limitar o monopólio do governo federal estadunidense sobre a política externa, para que Porto Rico pudesse firmar tratados internacionais, não somente para reafirmar sua personalidade política internacional, mas para conectar-se com a América Latina.

Ao final, os dois arranjos poderiam reconhecer a Porto Rico a mesma competência exclusiva sobre a política insular cultural, em um sentido amplo. Em princípio, ambos poderiam convergir completamente no que concerne à repartição de poderes entre o governo federal e o local. A diferença principal reside nos mecanismos mediante os quais a União exerceria sua autoridade. Como um Estado livre associado melhorado, Porto Rico teria de oferecer seu consentimento às leis e ordens provenientes da federação. Um organismo binacional poderia adjudicar as disputas que surgissem sobre os termos da relação. Na alternativa estadista, o Congresso estadunidense, com uma participação equitativa porto-riquenha, legislaria diretamente em todos os assuntos tênues, não culturais, enquanto que o Presidente, em cuja eleição participariam os porto-riquenhos, executaria. O Supremo Tribunal Federal poderia dirimir as controvérsias que se apresentassem sobre a distribuição de poderes.

Charles Taylor também contempla um arranjo assimétrico federal quando propõe que Quebec seja acomodado como “Estado binacional” canadense.⁸⁸ Como o Estado de Porto Rico que postulei, Quebec teria uma relação especial com o resto do país, que diferiria da relação das demais províncias e que autorizaria medidas locais intensas em favor da cultura nacional quebequense.⁸⁹ O que uniria toda a sociedade canadense seria um compromisso compartilhado com uma gama de

⁸⁷ Veja P.R. Const. Art. II, § 7 (“Não existirá a pena de morte.”); P.R. Const. Art. II, § 10 (Não se interceptará a comunicação telefônica. Prova obtida em violação desta seção será inadmissível nos tribunais.”). No *status* atual, o Tribunal Estadunidense Apelativo do Primeiro Circuito estabeleceu que os estatutos federais que impõem a pena de morte e que permitem a interceptação telefônica se aplicam em Porto Rico à revelia das proibições constitucionais locais. *United States v. Acosta Martínez*, 252 F.3d 13, 17-21 (1st Cir. 2001); *United States v. Quiñones* 758 F. 2d 40, 41-43 (1st Cir. 1985). Certamente, as leis federais prevaleceriam sobre a constituição local mais claramente, se Porto Rico se convertera em um Estado normal dos Estados Unidos.

⁸⁸ Taylor (1993, p. 102).

⁸⁹ *Id.*, p. 52-57.

direitos humanos, assim como com a coordenação e solidariedade econômica. Porto Rico e Estados Unidos poderiam convergir similarmente. De maneira paralela ao Canadá de Taylor, os Estados Unidos existiria, por um lado, como uma União de 50 Estados e, por outro lado, como uma confederação de dois estados, com culturas políticas radicalmente diferentes.

Certamente Porto Rico encontraria obstáculos enormes na persecução tanto de uma associação bilateral quanto de um federalismo assimétrico dentro dos Estados Unidos. Como já destaquei, o Congresso estadunidense, insistentemente, omite-se diante da questão porto-riquenha. Os legisladores federais sentem uma aversão aguda à admissão da ilha na União pelos custos e a diluição de poder que implicaria. Um eventual Estado de Porto Rico assimétrico enfrentaria uma oposição ainda mais tenaz, porque inspiraria um trato especial e estabeleceria um precedente perigoso. Com efeito, infringiria a noção de uma federação de iguais. A incapacidade quebequense de obter um verdadeiro binacionalismo não lega a Porto Rico perspectivas maravilhosas de converter-se em um Estado idiossincrático no sentido que esbocei. Obviamente, o peso político de Porto Rico dentro dos Estados Unidos é infinitamente inferior ao de Quebec dentro do Canadá.

A alternativa bilateral associativa também enfrentaria dificuldades, ainda que menores, em ser aceita. Seus propulsores teriam, similarmente, que tirar a legislatura estadunidense de sua calculada inércia. Similarmente aos defensores de uma integração assimétrica, confrontariam resistência do norte, pois pareceriam não somente estar em busca de um favoritismo, como também dando um mau exemplo. Outros territórios e talvez alguns Estados se veriam tentados a exigir o mesmo tratamento. Da perspectiva dos legisladores estadunidenses, a única vantagem significativa que um Porto Rico livre associado teria sobre um estado *jibaro* seria que aquele, contrário a este, não infringiria a noção de uma federação de iguais.

Em geral, se duas nações divergem tanto em sua cultura política — por não falar da social — pareceria vã toda tentativa de forjar entre eles um só país. As duas comunidades poderiam honrar sua convergência global em questões de direitos humanos e política econômica por meio de tratados internacionais. Assim posto, não teriam de se preocupar com os imensos obstáculos que os arranjos binacionais que discuti acarretariam.

Uma integração política genuína requer concomitância em torno de uma cultura política densa, não tênue.⁹⁰ O que distingue uma aliança internacional de um

⁹⁰ Desta ótica, a União Europeia pode limitar-se a uma convergência política estreita, se não for mais que uma associação de Estados soberanos; basta compartilhar ideais amplos democráticos e uma convenção geral de direitos humanos. Para converter-se em uma nação estado, a União teria de integrar-se politicamente em torno a uma consciência política bem desenvolvida. Consequentemente, Habermas ressalta a necessidade de “[...] uma cultura *política* para toda Europa” e explica que um “[...] patriotismo

Estado nação é precisamente que aquela abarca um grupo relativamente abstrato de princípios políticos, enquanto que esta endossa um conjunto específico. Por conseguinte, a coesão política nacional é relativamente completa, enquanto que a global é somente parcial. Certamente não existem critérios absolutos para estabelecer quando uma entidade se funde suficientemente em torno de uma visão política para constituir um Estado nação. Todavia, é evidente que duas coletividades que divergem em suas normas mais básicas não podem, de nenhuma maneira, formar uma comunidade política coerente. Estados Unidos e Porto Rico se encontram precisamente nesta situação.

Consequentemente, nem uma associação bilateral, nem uma federação assimétrica integrariam Porto Rico e os Estados Unidos de maneira genuína. A ilha e o continente persistiriam como comunidades políticas separadas. Em certa medida, estaria se enganando ao fingir ser uma unidade política.

Um compromisso genuíno com a cultura nacional deveria requerer que os dois partidos porto-riquenhos que defendem a manutenção da ilha dentro dos Estados Unidos se pronunciassem em favor das soluções binacionais que sugeri. Obviamente, nenhuma destas organizações políticas adotou explicitamente esta posição. Ambas abraçam a meta de promover a cultura porto-riquenha, sem fazer propostas concretas acerca de como superar a tensão entre esta meta e os princípios políticos estadunidenses. Dessa forma, demonstraram não somente que não refletiram sobre seus ideais, mas sua renúncia a falar diretamente com seu eleitorado e, especialmente, com a liderança estadunidense sobre suas ambições aparentemente inverossímeis.

Um movimento separatista à procura de laços sólidos com os Estados Unidos também enfrentaria dificuldades. Teria igualmente de combater o atrofiado *statu quo* e convencer às autoridades estadunidenses de que não está pedindo vantagens extraordinárias, nem instaurando um precedente perigoso. Certamente confrontaria menos obstáculos que em uma campanha pela livre associação genuína ou por um federalismo assimétrico. Além disso, não enfrentaria o problema de coerência de seus adversários, posto que não estaria buscando agrupar duas comunidades políticas distintas em uma fronteira comum. Seu principal desafio, contudo, seria convencer a uma comunidade porto-riquenha cética acerca das virtudes da independência.

6 CONFIGURANDO CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

O profundo compromisso dos porto-riquenhos com a cultura nacional viola os princípios políticos federais. Viola, especificamente, a exigência de que o

constitucional Europeu tem que... surgir da fusão das diferentes interpretações nacionais e históricas dos mesmos princípios jurídicos universais.” (Habermas, 1992, p. 561).

Estado permaneça neutro diante dos diferentes grupos étnicos. Este conflito surge independentemente de interpretarmos a política cultural estadunidense de maneira liberal ou pluralista. Os Estados Unidos, concebidos como uma comunidade dedicada a um pluralismo forte, celebra a diferença em seu território. Todavia, não podem permitir que os grupos usem o aparato estatal para promover suas respectivas culturas nacionais. Consequentemente, Porto Rico teria de renunciar a sua batalha cultural plenamente parcial para poder ocupar um lugar legítimo dentro da constituição estadunidense.

Certamente os porto-riquenhos defendem maciçamente que seu governo continue tomando partido pela cultura nacional e não tem a menor intenção de abandonar tal demanda. Em efeito, os três partidos políticos principais prometeram estar inexoravelmente do lado do povo neste tema. Além do mais, a política em questão se justifica à medida que a cultura porto-riquenha requer uma defesa coletiva frente a uma autêntica ameaça, que as autoridades vinculem seus mecanismos defensivos à ameaça em questão e que os dissidentes e as minorias tenham suficiente espaço para exercer sua autonomia cultural.

Para superar a inconsistência entre o pluralismo estadunidense e a agenda cultural porto-riquenha, seria imperativo alterar radicalmente as relações entre os dois países. Porto Rico teria de obter tanto uma isenção dos princípios políticos estadunidenses quanto o direito de constituir uma comunidade política separada. Precisaria entrar em uma associação bilateral ou em uma federação assimétrica com os Estados Unidos.

Evidentemente, ambas alternativas topariam com obstáculos imensos, como a oposição visceral das elites estadunidenses. Pareceria estar se concedendo aos porto-riquenhos privilégios especiais, criando-se, assim, um precedente perigoso, do qual outros Estados poderiam requerer proteger. Os povos dos Estados Unidos e de Porto Rico poderiam construir uma relação similar mais sensatamente como nações soberanas com laços internacionais copiosos. Caberia, contudo, a estas duas comunidades tomar, democraticamente e sem coerção, a decisão final quanto ao grau em que querem entrelaçar seus destinos.

Para completar o círculo deliberativo, encerrarei com a mesma tônica da introdução. Os porto-riquenhos compartilham, quase unanimemente, o convencimento de que a cultura nacional não é negociável. Além do mais, comungam com a ideia de que a ilha deveria manter sua interdependência com respeito aos Estados Unidos em questões de economia, migração, defesa e cidadania. A discórdia surge somente em torno de como devem configurar tais interconexões. Nesse sentido, o desacordo em Porto Rico é principalmente sobre detalhes.

A discussão é estimulada pela politicagem que distorce o que está em jogo e apresenta as três alternativas como fundamentalmente opostas entre si. O debate

Angel Oquendo

procederia mais construtivamente se não se centrasse nas três fórmulas, mas na combinação apropriada de competências compartilhadas com os Estados Unidos. Se os povos de Porto Rico e dos Estados Unidos pudessem obter um consenso sobre este assunto, sofreriam menos ao decidir se devem inter-relacionar-se como federados assimétricos, associados livres ou nações soberanas. Se percebessem nesta última pergunta uma questão de forma e não de fundo, as apreensões estadunidenses e as divisões porto-riquenhas, pelo menos em parte, dissipariam-se democraticamente e sem coerção.

¡VIVA LA PEPA!: A HISTÓRIA NÃO CONTADA DA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1812 EM TERRAS BRASILEIRAS¹

Vicente de Paulo Barretto*

Vítor Pimentel Pereira**

1 INTRODUÇÃO

¡Viva La Pepa!, exclamava o povo espanhol em Cádiz na Solenidade de São José do já quase bicentenário em 19 de março de 1812. O brado, saudação à promulgação da Constituição Política da Monarquia Espanhola (carinhosamente chamada “La Pepa”²²), marcava o início de um novo modo de conceber as relações políticas na Espanha, forjado pelos ideais liberais que campearam as Revoluções Americana e Francesa do fim do século XVIII.

Alguns anos após e do outro lado do Atlântico, mais precisamente na noite do dia 21 de abril de 1821, esta mesma Constituição viveu um breve momento de glória – ou de infortúnio (?) –, no Rio de Janeiro, então capital do reino português, em uma página do constitucionalismo brasileiro por quase todos olvidada.³ Seja-nos permitido iniciar esta reflexão pelo relato a respeito da presença da *Pepa* no Brasil, o qual nos servirá de pretexto para a posterior análise dos fundamentos da Constituição Espanhola de 1812 que também estiveram presentes na confecção da Constituição Política do Império do Brasil de 1824.

¹ Este texto foi originalmente redigido sob o título *Viva la Pepa: la historia no contada de la Constitución Española de 1812 en tierras brasileñas*, tendo sido apresentado no V Simpósio Internacional, Cadiz, Hacia El Bicentenario/Union Latina, em 2010, em Cádiz.

* Professor do PPG em Direito da Universidade Estácio de Sá; Professor visitante da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; e Colaborador da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

** Mestrando e Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Vice-presidente Jurídico do Centro Interdisciplinar de Ética e Economia Personalista.

² Apenas uma curiosidade histórica: utiliza-se o apelido “pepe” (versão feminina: “pepa”) para os homens chamados José em língua espanhola. A origem encontra-se na abreviatura do título latino de São José, pai putativo de Jesus Cristo (*pater putativus*, ou, simplesmente, *P. P.*, “pepe”). Aí encontramos a justificativa para a alcunha da Constituição de Cádiz de 1812.

³ Exceção feita, por exemplo, ao constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, que atesta a ocorrência do evento. Bonavides (2000, p. 156). Contudo, muito antes dele, Aurelino de Araújo Leal, jurista, político e jornalista baiano (ademais de sócio-efetivo do Instituto Histórico e geográfico Brasileiro), relatara esse acontecimento. Após o sucesso de sua comunicação no I Congresso de História Nacional, realizado em 1914 pelo Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, o Conde de Affonso Celso, então Presidente Perpétuo do Instituto, convidou-o a ministrar, no mesmo ano, um Curso de História Constitucional brasileira. Neste Curso, o ilustre baiano registrou a efêmera vigência da Constituição de Cádiz de 1812 entre nós, como se vê em Leal (1914, p. 296). O conteúdo do Curso pode ser encontrado em Leal (1915). Uma reimpressão da obra foi recentemente realizada pela Editora do Senado Federal (2002).

Os registros históricos relatam que, por um curtíssimo período de cerca de 24 horas, a Constituição de Cádiz de 1812 esteve vigente no Brasil. Mas de que modo isso se sucedeu? E por qual forma os brasileiros chegaram a conhecer a existência da Constituição Espanhola? Para responder a essas perguntas é necessário regressar a Portugal e, depois, à cidade do Rio de Janeiro, então capital do reino, nos anos 1820 e 1821, pouco antes do retorno da Corte portuguesa à Europa.

2 OS ANTECEDENTES PORTUGUESES IMEDIATOS

Em Portugal, rebentara, em 1820, a Revolução Constitucionalista do Porto. Sua marcada influência liberal é inegável, patente no próprio documento de *Manifesto da Nação Portuguesa aos Soberanos e Povos da Europa*:

Elles [o povo português] não eram felizes, e quizeram sê-lo. Póde disputar-se a alguma nação este direito, e os meios de o exercitar e pôr em prática? Póde algum povo, grande ou pequeno, alguma associação de homens racionais prescindir d'este direito inalienavel, para sujeitar-se irrevogavelmente ao arbitrio de algum ou de alguns homens, para obedecer cegamente a um poder ilimitado, a uma vontade, que póde ser injusta, caprichosa, desregrada? Foram estes os votos de todos os portuguezes, quando proclamaram a necessidade de uma constituição, de uma lei fundamental, que regulasse os limites do poder e da obediencia; que affiançasse para o futuro os direitos e a felicidade do povo; Se a moderna philosophia creou o systema scientifico do direito publico das nações e dos povos, nem por isso inventou ou creou os direitos sagrados, que a propria mão da natureza gravou com caracteres indeleveis nos corações dos homens [...] O que hoje, pois, querem e desejam, não é uma innovação, é a restituição de suas antigas e saudaveis instituições, corrigidas e applicadas segundo as luzes do século e as circumstancias politicas do mundo civilisado; é a restituição dos inalienaveis direitos que a natureza lhe concedeu [...]⁴

O êxito da revolução liberal de Cádiz, alguns anos antes, certamente impulsionara o liberalismo em terras portuguesas.⁵ A Espanha, após a restauração do absolutismo monárquico de Fernando VII, em 1814, conseguira fazer com que, em 1820, o monarca espanhol tornasse a jurar a Constituição de 1812. As experiências vividas no país vizinho⁶ tornavam o exemplo da revolução liberal espanhola ainda

⁴ Câmara dos Senhores Deputados da Nação Portuguesa (1883, p. 122-124).

⁵ I Câmara dos Senhores Deputados da Nação Portuguesa (1883, p. 5).

⁶ “Ora, quer em termos de ideário e de manifestações culturais, quer em termos de atitudes dominantes, quer em termos de base social e assento geográfico, como em matéria de formas repressivas, o que

mais eloquente na busca de reformas político-institucionais. Mesmo a proximidade de datas mostra como corria uma maré de influências liberais que tinha na Constituição de Cádiz seu referencial. Assim, houve apenas uma diferença de pouco mais de cinco meses entre a revolução restauradora da Constituição de Cádiz na Espanha (7 de março de 1820) e a Revolução do Porto, em Portugal, datada de 24 de agosto do mesmo ano.⁷ Essa irmandade ideológica dos destinos políticos de Portugal e Espanha pode ser encontrada em um dos documentos da Revolução do Porto:

Em todas as epochas mais assignaladas da historia da Peninsula, Portugal seguia sempre a sorte das Hespanhas. Como ellas, recebeu e sacdiu o jugo dos romanos; como ellas, obedeceu aos godos e se sujeitou depois aos arabes; como ellas, foi invadido pelos francezes e se desfez dos francezes. Não queiraes portanto que elle deixe de experimentar agora com ellas o effeito do vulcão que vae abalando os eixos do mundo político.⁸

Ademais, o intercâmbio de informações entre os movimentos revolucionários de ambos os países, mormente pelo intermédio de sociedades secretas que pretendiam fazer valer, em ambas as nações, governos representativos, certamente contribuiu para que os sucessos de Espanha rapidamente fossem conhecidos em Portugal.⁹

Na ausência de uma Constituição, o movimento revolucionário português estabelece uma Junta Provisional de Governo e a faz jurar a Constituição Espanhola

acontece nos Estados Peninsulares guarda evidentes analogias, não obstante peculiaridades notórias resultantes da diversa amplitude espacial e sócio-cultural de cada país. Para documentar este aspecto e tomando como paradigma a temática sobre *A Revolução francesa e a Espanha*, observaremos, em primeiro lugar, que os estudos, sobre a atitude do governo português frente à Revolução mostram a similitude de posições entre os Executivos de Madrid e de Lisboa até a Guerra do Rossilhão. Em segundo lugar, urge acentuar que é possível tratar, quase ponto por ponto, na perspectiva da história portuguesa, os tópicos relativos à difusão da ideologia revolucionária e às medidas adoptadas para impedir tal difusão na Espanha. São, com efeito, muito próximas, quando não idênticas, as determinações perfilhadas pela Coroa portuguesa, por exemplo em relação a livros e folhetos revolucionários, ao ensino, bem como as atinentes aos residentes, transeuntes e emigrados propagadores, às vezes involuntários, de notícias e idéias sobre a Revolução. Semelhança notória existe na política a respeito do clero francês em fuga, embora as precauções do governo espanhol atinentes aos eclesiásticos migrantes sejam mais radicais do que as applicadas em Portugal. Também no referente à apreensão de escritos anónimos e pasquins subsistem analogias.” (RAMOS, 2003, p. 414).

⁷ Lima (1922).

⁸ Carta dos oficiais da guarnição do Porto, datada de 6 de setembro de 1820. In: Câmara dos Senhores Deputados da Nação Portuguesa (1883, p. 36).

⁹ Recorde-se, por exemplo, da associação secreta portuguesa conhecida como Sinédrio, fundada no Porto em 1818, com o objetivo de avançar as reformas liberais em Portugal, fortemente influenciada pelo movimento gaditano de 1812. Alguns de seus membros lograram tomar parte na Junta Provisional do Governo Superior do Reino Português, instalada por ocasião da Revolução Liberal do Porto. Também questionando sobre as ligações entre maçons portugueses e espanhóis, cf. Ramos (2003, p. 415).

provisoriamente, até que seja elaborada uma lei fundamental lusa. Signo emblemático da importância de tal diploma em Portugal é a tradução feita pela Universidade de Coimbra, ainda em 1820, em que o tradutor, em seu prefácio, louva a “Constituição sabia, em que os nossos honrados visinhos, que vamos nesta parte imitar, fixarão os verdadeiros limites do poder e da obediência, e recobrarão os legítimos direitos que como homens, justamente lhes pertenciam.”¹⁰

Quando da elaboração do decreto que estabelecia a forma de eleição de deputados às Cortes Gerais responsáveis pela elaboração da futura Constituição portuguesa, exigiu-se a obediência ao método previsto na *Pepa*, traduzido ao vernáculo e com pequenas adaptações à realidade portuguesa.¹¹

Todos esses fatos, em conjunto, indicam que, entre os revoltosos, havia um conhecimento razoável dos termos da Constituição Espanhola. E não se pode duvidar que as novas lusitanas chegassem, por meio de navios, periódicos e pessoas, às terras brasileiras. Sendo o Rio de Janeiro a sede provisória da monarquia portuguesa, era para lá que ocorriam as notícias mais prementes do velho Portugal.

3 A LONGA SEXTA-FEIRA DA PAIXÃO DE 21 DE ABRIL DE 1821¹²

É nesse caldo político que se insere a incursão da Constituição Espanhola em plagas brasileiras. Apesar de inspirada por ideais liberais, a Revolução do Porto tinha como um de seus programas políticos a volta do Pacto Colonial e seu monopólio em relação ao reino americano como método de soerguimento econômico do combalido Portugal.¹³ Os brasileiros temiam pela perda da posição no quadro geral do reino de Portugal que haviam adquirido por ocasião da vinda da família real portuguesa desde 1808.

No Rio de Janeiro, um clima de tensão instalara-se desde a chegada da notícia de que Portugal desejava reduzir o Brasil novamente ao *status* colonial, tão

¹⁰ Constituição Política da Monarquia Hespanhola Promulgada em Cádiz em 19 de Março de 1812 (1820).

¹¹ Câmara dos Senhores Deputados da nação Portuguesa (1883, p. 96 e 108).

¹² Os fatos narrados nesta seção foram extraídos de Carvalho (1912). No Brasil, a obra foi recentemente reimpressa por iniciativa da Editora do Senado Federal (2003), com prefácio de Pedro Calmon.

¹³ “Em quatro pontos resumiu o deputado Trigo o seu programa para o Brasil: ‘vir o Príncipe Real, primeira cousa; vir a tropa que lá está, segunda cousa; ir a tropa que renda aquela que lá está, terceira cousa; extinguir-se alguns tribunais, quarta cousa’. Fernandes Tomaz: ‘que era bom que tornassem as cousas ao seu antigo estado’. Exterminando na Europa o estado antigo, as Cortes queriam na América o antigo estado. ‘Desça do alto grau de corte para o de província’, é o que pretendiam, protestou o deputado baiano José Lino Coutinho. Sucedeu o inevitável. No dia em que decidiram abolir a regência de D. Pedro, suprimir as Repartições que davam ao Rio a categoria de capital do Brasil, determinar às juntas locais que se correspondessem diretamente com os ministros em Lisboa, descosendo a unidade nacional, perderam para os de cá a aura romântica; converteram-se num duro conselho de governo. Ao ‘sistema constitucional’ – proclamado na Europa – contrapuseram o ‘sistema colonial’ – devolvido à América.” (CALMON, 2003).

logo D. João VI e a Corte tornassem à Europa. Os liberais brasileiros exigiram a formação de um conselho sem cujo consentimento o rei não poderia deliberar acerca de questões relevantes, temerosos de que o rei voltasse a Portugal cedendo às pressões dos liberais lusos. Somem-se a isso algumas prisões imotivadas de alguns dignitários brasileiros, alguns dos quais tidos em alta reputação pelo povo da capital. Em matéria econômica, o Brasil também vivia momentos de inquietude, em que o desaparecimento do ouro e a insolvência do Banco do Brasil, em virtude de o governo e a aristocracia não saldarem seus débitos, depreciava a moeda e reduzia a fortuna particular. Por fim, o anúncio da iminente partida de D. João para Portugal, sem que houvesse regras claras sobre as atribuições da regência, a cargo de seu filho Pedro, a ser instituída no Brasil, sendo mesmo desconhecidos os nomes dos ministros que auxiliariam o príncipe nessa empreitada.

A agitação na cidade aumentava diante desse quadro, e, como que para aplacar os ânimos, Silvestre Pinheiro Ferreira, ministro do Reino, propõe convocar os eleitores das comarcas para acorrerem ao Rio de Janeiro, onde deveriam eleger os deputados brasileiros às Cortes Gerais em Lisboa, bem como lhes seria apresentado o regulamento da regência do Brasil, com os nomes dos respectivos ministros que nela atuariam.

Marcada a reunião para 21 de abril de 1821, uma Sexta-Feira da Paixão, os eleitores reuniram-se na então Praça do Comércio.¹⁴ Inicialmente, o objetivo de tal reunião era a escolha dos deputados brasileiros que representariam a nação perante as Cortes de Lisboa. Contudo, franqueada a palavra aos chefes de partido, deliberaram pela imposição ao monarca de um juramento à Constituição Espanhola sob condição resolutiva. Assim, nos termos da decisão dessa assembleia brasileira, deveria a *Pepa* ser a Constituição do Brasil até o advento de uma nova constituição portuguesa, a ser votada em futuro breve pelas Cortes de Lisboa.

Foi composta imediatamente uma comissão, que se dirigiu ao Palácio Real da Quinta da Boa Vista, com a intenção de fazer o rei jurar a Constituição Espanhola, uma vez que ainda não havia qualquer Constituição – brasileira ou portuguesa – a ser jurada. O rei, com a aparente concordância de seus ministros, jurou a nova constituição, sendo publicado o decreto de vigência da Constituição de Cádiz no dia seguinte.¹⁵

¹⁴ Prédio em que hoje se situa a casa de cultura Casa França-Brasil, no centro da cidade do Rio de Janeiro, próximo à região do porto.

¹⁵ “*Havendo tomado em consideração o termo de juramento, que os eleitores parochias d’esta comarca, a instancias e declaração unanime do povo della, prestaram á constituição hespanhola, e que fizeram subir á minba real presença, para ficar valendo interinamente a dita constituição hespanhola desde a data do presente decreto até a installação da constituição, em que trabalham as côrtes actuaes de Lisboa, e que eu bouve por bem jurar com toda a minha côrte, povo e tropa, no dia 26 de fevereiro do anno corrente: sou servido ordenar, que de hoje em diante se fique estricta e liberalmente observando n’este reino do Brazil a mencionada constituição hespanhola, até o momento em que se ache inteira e definitivamente estabelecida a constituição deliberada e decidida pelas côrtes de Lisboa. Palácio da Boa Vista, aos 21 de abril de 1821.*” Câmara dos Senhores Deputados da Nação Portuguesa (1883, p. 197).

Contudo, enquanto a Comissão se reunia com o rei e lhe arrancava o assentimento à Constituição Espanhola, os eleitores que se haviam quedado na Praça do Comércio entenderam por bem, como salvaguarda de que o monarca não deixaria o Brasil sem haver jurado a *gaditana*, enviar uma comitiva de militares aos fortes para transmitir a resolução de que não deixassem sair qualquer embarcação, nacional ou estrangeira, até que fossem deferidos pelo rei os votos da assembleia.

Ocorre que, no Palácio da Quinta, membros da Corte – e, quem sabe, o próprio D. João VI – quedavam-se descontentes com o juramento da Constituição Espanhola. Na interpretação de Manuel Emílio Gomes de Carvalho, a chegada ao Palácio da notícia de que qualquer navio estava impedido de sair do território nacional teria sido a gota d'água, entendida como insubordinação máxima por parte dos ministros da Corte. Estes, por sua vez, com a honrosa divergência de Silvestre Pinheiro, deliberaram pela repressão imediata dos atos do eleitorado reunido na Praça do Comércio.

Na madrugada do dia 22 de abril, tropas portuguesas cercaram a Praça do Comércio, adentrando a edificação a tiros e golpes de baioneta, em um episódio que foi denominado pela população com o sugestivo nome de “O Açougue de Bragança”.¹⁶ Com um saldo de três mortos e diversos feridos, a “revolta liberal carioca” fora sufocada e o rei português voltou atrás em sua palavra, publicando um novo decreto que revogava a *Pepa* como primeira Constituição do Brasil, cerca de 24 horas após a sua aprovação.¹⁷ Assim, de forma melancólica, terminou a brevíssima experiência constitucional gaditana, com seu ideário liberal, em terras brasileiras.

4 AS CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1812 E SUA INFLUÊNCIA NO BRASIL

Mas qual a importância de tal evento histórico, brevemente supracitado, em uma reflexão sobre a influência do constitucionalismo espanhol de 1812 na

¹⁶ Segundo Manuel Emílio Gomes de Carvalho (1912, p. 73), a comoção na cidade do Rio de Janeiro causada pelo episódio teria sido intensa, e os comerciantes teriam abandonado o edifício, denominando-o, em um cartaz afixado sobre a porta, “Açougue de Bragança”.

¹⁷ “*Subindo hontem á minha real presença uma representação, dizendo-se ser do povo, por meio de uma deputação formada dos eleitores das parochias, a qual me assegurava que o povo exigia, para minha felicidade e d'elle, que en determinasse que de hontem em diante este meu reino do Brazil fosse regido pela constituição hespanhola, houve então por bem decretar que essa constituição regesse até á chegada da constituição que sabia e soceadamente estão fazendo as côrtes convocadas na minha muito nobre e leal cidade de Lisboa; observando-se, porém, hoje que esta representação era mandada fazer por homens mal intencionados e que queriam a anarchia, e vendo que o meu povo se conserva, como eu lhe agradeço, fiel ao juramento que eu com elle, de commum accordo, prestámos na praça do Rocio no dia 26 de fevereiro do presente anno; hei por bem determinar, decretar, e declarar por nullo todo o acto feito hontem, e que o governo provisório, que fica até á chegada da constituição portugueza, seja da fórma que determina o outro decreto e instruções que mando publicar com a mesma data d'este, e que meu filho o príncipe real ba de cumprir e sustentar até chegar a mencionada constituição portugueza.*” Câmara dos Senhores Deputados da Nação Portuguesa, (1883, p. 197-198).

América portuguesa? De que modo indica, de forma exemplar, que a *Pepa* influenciou o nascente país, a ponto de ser a primeira Constituição – da perspectiva meramente formal – destas terras?

O ocorrido no dia 21 de abril de 1821 indica que não apenas o ideário liberal, mas também o próprio texto da Constituição Espanhola era efetivamente conhecido no Brasil. Embora essa influência não seja fartamente documentada, não é de se pensar que os eleitores do Rio de Janeiro optassem pelo juramento de uma Constituição que nem mesmo conhecessem. Se não era conhecida por muitos, pode-se especular que ao menos travaram contato com ela aqueles que detinham alguma influência sobre os destinos políticos da futura nação independente.

Ademais, deve-se recordar que tanto a elaboração do Projeto de Constituição para o Brasil (1823) quanto a própria Constituição Imperial (1824) foram precedidas no tempo pela Constituição Portuguesa de 1822, a qual fora inspirada fortemente no Texto Espanhol, copiando-lhe em muitos pontos a disposição de temas e mesmo o texto de alguns artigos. Também se pode perceber que participaram nas Cortes Gerais de Lisboa, as quais elaboraram a Constituição Liberal Portuguesa de 1822, deputados brasileiros, que certamente tomaram parte nos debates parlamentares, tendo por pano de fundo a Constituição de Cádiz, então vigente até o advento da nova Carta Portuguesa.¹⁸ Como exemplo, pode-se citar a figura de Antônio Carlos Andrada e Silva, relator do Projeto de Constituição de 1823, o qual fora deputado às Cortes Gerais em Lisboa. Além disso, em Portugal circulavam livros e escritos diversos que exaltavam as virtudes da Constituição Espanhola, úteis para a reflexão portuguesa como direcionamento político de um povo irmão, bem como traduções de obras espanholas sobre a temática constitucional.¹⁹ Muitos desses homens, ao regressarem ao Brasil, traziam consigo a influência dos ideais – e mesmo do texto literal – da Constituição Espanhola.

Mas quais foram as características marcantes deste texto elaborado em Cádiz que levaram à sua aceitação em terras portuguesas e brasileiras como influência fundamental no constitucionalismo dos dois países? Identificaram-se como características principais as seguintes:

¹⁸ Basta, para tanto, consultar o volume primeiro dos *Documentos para a História das Cortes Geraes da Nação Portuguesa*, a fim de se perceber como houve influência fortíssima do liberalismo espanhol na discussão da Constituição portuguesa de 1822. Ademais, pode-se verificar que alguns deputados participantes da Constituinte brasileira de 1823 também tomaram parte nas Cortes Gerais de Lisboa, em que se desenrolaram os debates com base na Constituição Espanhola: Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva (relator do Projeto de Constituição brasileira de 1823) e José Ricardo da Costa Aguiar e Andrada, ambos pela província de São Paulo; José Martiniano de Alencar, pela província do Ceará; Francisco Moniz Tavares, pela província de Pernambuco.

¹⁹ Como Salas (1822).

- a) *Soberania nacional e representatividade;*
- b) *separação de poderes;*
- c) *monarquia constitucional;*
- d) *a religião oficial;*
- e) *o direito natural racionalista.*

Essas questões, presentes na Constituição de Cádiz, apareceram também de alguma forma na Constituição Imperial brasileira. Não se quer dizer com isto que a influência francesa não se fez sentir fortemente no Brasil (especialmente da *Charte constitutionnelle française de 1814*) e na própria Espanha: mas aqui se quer salientar o frequentemente olvidado influxo do constitucionalismo espanhol. Poder-se-ia mesmo propor uma hipótese: a de que certas ideias europeias – sobretudo francesas – podem haver chegado até nós, ao menos em sua forma exterior jurídico-constitucional, por intermédio da *Pepa*, como um meio mais acessível e pragmaticamente aplicado das abstratas conjecturas dos liberais europeus. Nesse sentido, avançando ainda mais na tese, seria possível até mesmo falar na existência de uma espécie de constitucionalismo de traços ibéricos, capaz de digerir as ideias liberais de seu tempo e adaptá-las à realidade da península ibérica, e, de certa forma, às suas colônias.

Passemos, então, a uma breve comparação dessas características em ambos os movimentos constitucionais, ressaltando suas similitudes e especificidades.

4.1 SOBERANIA NACIONAL E REPRESENTATIVIDADE

A ideia da soberania nacional foi uma das características mais marcantes e revolucionárias da Constituição de Cádiz. Esta teve o mérito de inserir na Península Ibérica a experiência constitucional, de matriz francesa, especialmente como exposta na obra *Qu'est-ce que le tiers état?* do Padre Sieyès, de uma soberania como poder originário, absoluto e perpétuo, mas que agora recaía sobre a nação e não mais sobre a figura do monarca.

O exercício primordial da soberania ocorria por meio da elaboração de uma Constituição que veiculasse a estrutura do Estado e a garantia de direitos civis básicos. E este poder estava revestido na entidade nação. Contudo, diferentemente da proposta de Rousseau, tornava-se virtualmente impraticável o exercício da soberania diretamente pelos cidadãos. Desse modo surge a necessidade de se instaurar um sistema representativo: os cidadãos elegem seus representantes, que detêm um mandato para agir em nome dos representados. Nessa situação, pode-se realizar uma distinção já clássica entre a titularidade do poder constituinte, que recaía sobre a nação, e seu exercício, que ocorria por meio de seus representantes. A nação era entendida como o conjunto dos cidadãos, mas entendidos estes enquanto associação política ou corpo social e não mera reunião física de homens.

Sendo essas as linhas-mestras do conceito de soberania assumido na península, pode-se perceber como a influência da Constituição Espanhola de 1812 foi marcante no Texto Brasileiro nesse particular. O art. 1º da Espanhola definia que “[...] la Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios”, enquanto o art. 2º expressa que “[...] *la Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.*” Seguindo-a de perto, o Texto Brasileiro afirma que “O Imperio do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia.”

Do cotejo de ambas as redações, é interessante notar que a Constituição brasileira adota a expressão “livre e independente” da mesma forma que no texto gaditano, o que nos leva a apontar uma influência direta não somente da ideia de soberania nacional, mas da própria literalidade do artigo da Constituição de Cádiz no art. 1º da Constituição brasileira.

Quanto à titularidade da soberania, o art. 3º da *Pepa* estatui de forma direta que “La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.” Por sua vez, o Texto Brasileiro o faz de forma indireta, ao dizer no art. 12 “que todos estes Poderes no Imperio do Brazil são delegações da Nação.” Em verdade, há uma comunhão de intentos, embora expressos de modo distinto: a origem de ambos encontra-se no art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que sintetiza ambas as ideias (*Le prince de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.*).

Nesta nova proposta constitucional, a soberania é uma emanção da Nação, e não da figura do monarca. Os representantes da Nação somente o são por haverem recebido desta a delegação, incluindo-se aí a própria figura real, não mais legitimada em um direito divino originário, mas em um direito derivado por delegação da nação.

As próprias Cortes, compostas de deputados com mandato conferido pela Nação, deveriam ser instituídas não mais como mero conselho consultivo e estamental, como no regime monárquico absolutista à moda do *Ancien Regime*, mas como verdadeira Assembleia Constituinte, assembleia representativa do povo que se autoconcedia direitos e um Governo.

As Cortes não representavam subservientemente o Rei, representavam antes a Nação. Com essa proposta, ocorre uma ruptura com o modelo tradicional absolutista de representação política da nação exclusivamente na figura do monarca. Embora este pudesse continuar sendo símbolo da unidade nacional, não era dele que derivavam os poderes de ordenação das coisas e pessoas do reino, mas da própria Nação.

Contudo, embora consubstanciada essa ideia no texto da Constituição brasileira de 1824, boa parte de sua força fora extirpada pela consagração, em outro artigo da Constituição, do Poder Moderador, em termos que serão expostos a seguir. Nas palavras de Pedro Calmon, havia, desde a convocação da Constituinte de 1823, uma tensão latente entre a Assembleia que se considerava delegada do povo e o Imperador, que, no íntimo, considerava-a produto de sua vontade soberana.²⁰ Esse conflito foi resolvido com a dissolução da Constituinte em novembro de 1823, seguido da outorga de uma Constituição em 1824 pelo Imperador.²¹

4.2 SEPARAÇÃO DE PODERES

Outra característica saliente da Constituição de 1812, tomada das ideias de Montesquieu e da Constituição francesa de 1791, foi a separação dos poderes. Segundo o modelo espanhol consagrado no Texto Constitucional, o poder de fazer leis residia nas Cortes com o Rei (art. 15); o poder de executá-las recaía sobre o Rei (art. 16); o poder de aplicá-las em causas civis e criminais residia nos tribunais estabelecidos pela lei (art. 17). Essa separação era rígida, de modo que a Constituição Espanhola estabelecia que o poder de executar as leis residia *exclusivamente* no monarca (art. 170) e o poder de aplicar as leis nas causas civis e criminais pertencia *exclusivamente* aos tribunais (art. 242).

No Brasil, a Constituição de 1824 também seguiu o modelo de declinar cada um dos poderes que compunham o Estado, mas trilhando mais de perto o caminho da parte inicial do art. 30²² da Constituição Portuguesa de 1822: em vez de estabelecer as funções de cada poder, simplesmente os enumerava. Estabelecia, por extenso, que os poderes políticos eram o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o Poder Judicial e o Poder Moderador (art. 10). Aqui a peculiaridade da separação de poderes brasileira: enquanto o Projeto de Constituição de 1823 somente consagrava os três poderes clássicos, o Poder Moderador fora incluído pelo Conselho de Ministros que elaborara a Constituição de 1824.

Tratava-se de construção do publicista francês Benjamin Constant, o qual sustentava a existência de um quarto poder, neutro, detido pelo Rei e de caráter supremo que pudesse estar fora da estrutura dos outros três poderes, de forma a mediar os conflitos entre cada um dos demais, fazendo-os tornar a seus devidos

²⁰ Calmon (2003).

²¹ Berbel (2008, p. 246).

²² Constituição Portuguesa de 1822 – art. 10: “Estes poderes são legislativo, executivo, e judicial. O primeiro reside nas Cortes com dependência da sanção do Rei (art. 110, 111 e 112.). O segundo está no Rei e nos Secretários de Estado, que o exercitam debaixo da autoridade do mesmo Rei. O terceiro está nos Juizes.”

limites de atuação e assim equilibrando o exercício do poder no interior do país.²³ Contudo, nem mesmo a lição do mestre francês fora seguida à risca no Brasil: em vez de um quarto poder externo aos outros três, o Poder Neutro e Supremo (denominado, no Brasil, Poder Moderador) fora fundido, na figura do Imperador, com a chefia do Poder Executivo.²⁴ Essa característica demonstra um elemento mais conservador e centralizador de poderes nas mãos do monarca que nas cortes liberais de Cádiz. A elevação do Poder Moderador à dignidade constitucional foi, certamente, um apanágio do liberalismo conservador brasileiro, não encontrado nem mesmo nas Constituições Francesas, país de onde nos veio a doutrina de Benjamin Constant.

Deve-se salientar também que, tanto na Constituição espanhola quanto na brasileira, procurou-se cercar de garantias o Poder Judiciário, a fim de salvaguardar o cumprimento de suas funções sem interferência do Executivo, como fora tão corriqueiro no Antigo Regime. Afiançava-se, por exemplo, a inamovibilidade dos juízes (art. 252 da Espanhola e art. 153 da Brasileira), com possibilidade de queixa ao Rei ou ao Imperador contra o proceder judicial, os quais deveriam ouvir seu Conselho de Estado antes de suspender um determinado magistrado. É interessante notar que o procedimento de queixa ao chefe do Executivo era muito similar em ambas as Constituições, o que indica uma influência direta da *Pepa* sobre a Constituição brasileira nesse ponto.²⁵ Também somente por sentença poderiam ser depostos (art. 252 da Espanhola e art. 155 da Brasileira), e nenhuma autoridade podia avocar as causas pendentes, nem reabrir os processos já findos (art. 243 da Espanhola e art. 179, XII da Brasileira).

4.3 MONARQUIA CONSTITUCIONAL

O movimento constitucionalista e liberal na Península Ibérica não redundou na dispensa da monarquia para a assunção de uma República. O liberalismo que vingou, na Espanha, Portugal ou Brasil, foi de cariz moderado ou conservador. A nação queria o Rei: mas este deveria jurar uma Constituição. Embora alguns grupos mais radicais e minoritários pudessem pensar em uma República, as correntes

²³ Constant (1837, p. 1).

²⁴ Na lição do mesmo Benjamin Constant, tal configuração de acúmulo do poder moderador (por ele chamado “poder real”) com o executivo, não poderia conduzir senão ao despotismo. *Ibidem*. p. 2.

²⁵ Para a comparação, reproduzimos aqui os textos de ambas as Constituições:

Artículo 253. Si al Rey llegaren quejas contra algún magistrado, y formado expediente, parecieren fundadas, podrá, oído el consejo de Estado, suspenderle, haciendo pasar inmediatamente el expediente al Supremo Tribunal de Justicia, para que juzgue con arreglo a las leyes.

Art. 154. O Imperador poderá suspender-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remetidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fôrma da Lei.

majoritárias mantinham-se em torno da monarquia (não apenas como decorrente da cultura política ibérica, mas também da eventual retaliação que a implantação de uma República poderia desencadear por parte dos demais países membros da Santa Aliança). Mas certamente se objetivava reduzir as prerrogativas da aristocracia e da casa reinante, afirmando que todo o poder, inclusive o real, provinha da Nação.

Deve-se também perceber a tendência de realizar uma harmonização entre a história das nações ibéricas e a novidade do constitucionalismo monárquico que se afirma. Intenta-se, com isso, conferir uma roupagem menos radical à proposta de um poder fundado na Nação, a qual teria delegado, desde as monarquias da Idade Média, poderes ao monarca para ser seu representante. Tratava-se de uma tentativa, por parte dos liberais, de justificar premissas estrangeiras como sendo enraizadas nas melhores tradições constitucionais ibéricas, de forma que pudesse ser mais palatável ao gosto dos conservadores presentes nas Cortes.²⁶ Percebe-se esta tentativa tanto em Espanha²⁷ quanto em Portugal,²⁸ quando intentam recorrer a situações políticas medievais, relendo-as à luz do liberalismo constitucional vigente nos albores do século XIX. Segundo estas posturas, a formação histórica do povo espanhol e português já consagraria uma espécie de monarquia constitucional *avant garde*, a qual seria apenas restaurada pelas Cortes constituintes do século XIX.

O Rei e a religião católica, em união íntima de trono e altar, continuavam a ser símbolos da unidade nacional. Por isso, essas instituições não foram rechaçadas, como se fez por ocasião da Revolução Francesa. O liberalismo ibérico foi marcado por essa peculiaridade, em oposição ao francês revolucionário: intentava ser liberal, mas com Deus e Rei.

4.4 A RELIGIÃO OFICIAL

A manutenção da religião católico-romana era uma preocupação constante do constitucionalismo ibérico, tanto na Espanha quanto em Portugal e no Brasil. Desde

²⁶ Suárez-Carpegna (1987).

²⁷ Ver, para uma síntese da tentativa de interpretar a monarquia medieval espanhola como uma escolha da soberania nacional, ou seja, uma delegação de poder da Nação ao monarca, Muñoz (1993, p. 49-52).

²⁸ Percebe-se a ênfase que o Manifesto dos Revoltosos Portuenses coloca no fato de que foram os portugueses que sempre deram o trono aos seus monarcas: “Os portugueses deram o throno em 1139 ao seu primeiro inclito monarcha e fizeram nas côrtes de Lamego as primeiras leis fundamentais da monarchia. Os portuguezes deram o throno em 1385 a el-rei D. João I, e lhe impozeram algumas condições, que elle aceitou e guardou. Os portuguezes deram o throno em 1640 ao senhor D. João IV, que também respeitou e guardou religiosamente os fóros e liberdades da nação. Os portuguezes tiveram sempre côrtes até 1698, nas quaes se tratavam os mais importantes negócios relativos á política, legislação e fazenda; e n’este período, que abrange a mais de cinco seculos, os portuguezes se elevaram ao cume da gloria e da grandeza, e se fizeram acredores do distincto logar que, a despeito da inveja e da parcialidade, hão de sempre occupar na historia dos povos europeus. O que hoje, pois, querem e desejam não é uma innovação é a restituição de suas antigas e saudaveis instituições, corrigidas e applicadas segundo as luzes do seculo e as circunstancias politicas do mundo civilizado [...]” (CÂMARA DOS SENHORES DEPUTADOS DA NAÇÃO PORTUGUESA, 1883, p. 123).

os primórdios do movimento liberal do Porto, a “sagrada religião catholica romana” figurava como programa de Governo a ser cumprido pelos revoltosos, sendo inclusive inserido no juramento da Junta Provisional do Governo Supremo do Reino.²⁹

A *Pepa* estabelecia o catolicismo romano como religião oficial do Estado, proibindo o exercício de qualquer outra religião que não a católica (art. 12). Em terras brasileiras, parece ser que a semente da tolerância religiosa caiu com mais vigor: a Constituição de 1824, embora estatuindo que a religião católica continuaria a ser a religião do Império, permitia os cultos de outras religiões, desde que domésticos ou particulares, em casas para isso destinadas e sem aparência externa de templo. Assegurava-se a hegemonia da religião da esmagadora maioria da população, mas sem impedir de forma cabal a prática de outros cultos religiosos.

Deve-se salientar essa peculiaridade do constitucionalismo ibérico: as hostes liberais avançaram um projeto que, em seu julgamento, representava um processo de modernização da Península. Contudo, nesse caminho, tiveram de fazer concessões aos conservadores. A questão religiosa talvez seja a mais emblemática delas. Não se deve imaginar que os liberais concordassem com tal restrição à liberdade religiosa (especialmente os que participavam de círculos maçons, que aceitavam em suas fileiras homens de tradições religiosas diferentes, desde que subscrevessem uma crença difusa em um ente superior).

Cederam os liberais nesse ponto para não verem suas posições derrotadas em outros temas, uma vez que não apenas as Cortes Constituintes possuíam entre seus deputados grande número de clérigos, mas também o povo era majoritariamente católico, não raro de tendência mais conservadora. Na *Pepa*, mais que na Constituição brasileira de 1824, observa-se tal fato com maior clareza na proibição do exercício de outras religiões que não o catolicismo romano.

É bem verdade que, mesmo na fórmula brasileira, não se está diante do fenômeno a que hoje denominamos, nas democracias ocidentais, direito fundamental de liberdade religiosa, em que a vivência do pluralismo religioso é vista como um valor democrático. No caso espanhol, reafirma-se a religião católica como elemento de unidade nacional, mas em detrimento do exercício de qualquer outra religião. No Brasil, ao revés, está-se diante da aplicação do conceito de tolerância religiosa: há uma única religião oficial, que participa das cerimônias públicas e recebe subvenção estatal, mas se tolera, como uma espécie de mal menor, o exercício privado de outras religiões. O pluralismo não é desejado; é, tão somente, tolerado.

Outro traço interessante em comum, quanto ao aspecto religioso, refere-se ao fato de que, embora alguns liberais tenham pugnado por um preâmbulo que se referisse a um Ser Supremo em termos mais genéricos e não confessionais (como

²⁹ (Câmara dos Senhores Deputados da Nação Portuguesa, (1883, p. 8).

o próprio Projeto brasileiro de 1823, que fala apenas em “Sabedoria Divina”), em ambas as Constituições o preâmbulo faz menção à doutrina católica da Trindade: na Espanha, “Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo autor y supremo legislador de la sociedad”; no Brasil e em Portugal, inicia-se a Constituição “Em nome da Santíssima Trindade”.

4.5 DIREITO NATURAL RACIONALISTA

Uma das características marcantes e idênticas a todos os movimentos constitucionalistas europeus foi a consagração em textos constitucionais de certos direitos civis e políticos básicos aos cidadãos, direitos estes que seriam subtraídos aos caprichos do monarca reinante. Não à toa, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão afirma, em seu art. 15, que “toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.”

Neste particular, percebe-se que a Constituição brasileira seguiu mais de perto o modelo português de 1822 de consagração de um rol de direitos e garantias básicos que deveriam ser afeiçoados a todo cidadão. A inspiração, em Portugal ou no Brasil, é inequívoca: a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Na experiência gaditana, ao contrário, essa solução não foi seguida. Uma possível explicação para isso é fornecida por Joaquín Varela Syáñez-Carpegna: o momento político vivido pelos espanhóis quando da confecção da Constituição de Cádiz de 1812 era de resistência à ocupação francesa. Assim, rechaçou-se a lista de direitos garantida pela Declaração francesa para se evitar uma acusação de “francesismo”, não obstante os direitos civis e políticos hajam sido garantidos de forma difusa ao longo do texto constitucional.³⁰

Apesar dessa característica, a Constituição de Cádiz de 1812 trazia uma espécie de cláusula geral de proteção, ao estabelecer em seu art. 4º que a Nação estava “obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.” De modo esparso, podemos encontrar garantias individuais, como o direito ao juiz natural predeterminado por lei (art. 247), o direito de *habeas corpus* (art. 287 combinado com os arts. 290, 293 e 300), o direito de ser preso somente mediante ordem escrita judicial (art. 287), o direito à fiança (art. 296), à salubridade das prisões (art. 297), à vedação aos *tormentos* y *apremios* e ao confisco de bens (arts. 303 e 304), à intranscendentalidade da pena em relação à pessoa do condenado (art. 305), o direito à inviolabilidade domiciliar (art. 306), a liberdade de expressão e imprensa (art. 371) e a igualdade dos espanhóis perante a lei (arts. 8, 248, 258 e 339).

³⁰ Suárez-Carpegna (1987).

No Brasil, o rol de garantias individuais estende-se pelos 35 incisos do art. 179, o qual se insere no Título “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis e Politicos”. Aqui ressaltamos aqueles que possuem redação muito similar àquela do texto espanhol: a necessidade de contribuir, sem distinção alguma, para os gastos do Estado em proporção a seus haveres (art. 8 da Espanhola e art. 179, XV da Brasileira); à liberdade de expressão e imprensa (art. 371 da Espanhola e art. 179, IV da Brasileira); à vedação aos juízos *ad hoc*, devendo os cidadãos ser julgados pela autoridade competente estabelecida em lei anterior ao fato (art. 247 da espanhola e art. 179, XI da brasileira); a possibilidade de prestação de fiança para soltura do acusado (arts. 295 e 296 da Espanhola e art. 179, IX da Brasileira); direito à salubridade das prisões (art. 297 da Espanhola e art. 179, XXI da Brasileira); direito a somente ser preso mediante declaração por escrito da autoridade competente, com indicação dos acusadores e testemunhas (arts. 287, 300 e 301 da Espanhola e art. 179, VIII e X da Brasileira); a abolição da tortura e tratamentos cruéis (art. 303 da Espanhola e art. 179, XIX da Brasileira); e intranscendentalidade da pena e abolição dos confiscos de bens (arts. 304 e 305 da Espanhola e art. 179, XX da Brasileira).

5 CONCLUSÃO

Como conclusão deste artigo, pode-se dizer que a Constituição de Cádiz de 1812 era conhecida no Brasil, chegando a neste ser aplicada fugazmente. Uma série de fatos históricos documentados, entre os quais um aqui foi narrado, demonstra que a influência do texto da *Pepa* foi mais direta do que uma mera comunhão de ideais. Deve-se reconhecer também um influxo da Constituição Espanhola na Constituição brasileira de 1824 por via reflexa, ou seja, por meio da Constituição Portuguesa de 1822, diretamente influenciada pelo texto gaditano e guardando ainda mais semelhanças com o Texto Espanhol.³¹

A comparação de certas características comuns, bem como de alguns textos muito similares, ressalta que, em alguns pontos, houve aproveitamento

³¹ “Qual a ressonância, na época, das Cortes de Cádiz no Portugal peninsular, não só entre liberais, como, por oposição, entre os conservadores? Este aspecto é tanto mais importante quanto depois da revolução de 24 de Agosto de 1820 a Constituição de Cádiz (1912) [sic] parece familiar a figuras lusitanas influentes e ganha predominância na mente dos legisladores portugueses filhos da revolução e logo depois deputados às Constituintes de 1821-22. [...] as primeiras eleições portuguesas em 1820 fizeram-se conforme o modelo propugnado pela Constituição de Cádiz de 1812. Além disso, a Constituição de 1822, elaborada pelos constituintes de Lisboa, é fortemente influenciada pelo mesmo texto espanhol. Basta lembrar que as duas Leis Fundamentais proclamam a soberania da nação, a separação dos poderes legislativo, executivo e judicial, e outorgam um conjunto de liberdades, entre as quais figura a liberdade de imprensa. Demais, cerceiam o poder do monarca, concentram o grosso dos poderes numa assembléia, fomentando o parlamentarismo.” (RAMOS, 2003, p. 416-417).

no Brasil do próprio texto da Constituição Espanhola, ou mesmo do modo compromissório de conjugar ideário liberal e conservador, como fica claro na questão sobre a manutenção da monarquia e do catolicismo como religião oficial. Essas duas questões apontam uma linha comum do constitucionalismo ibérico, mas é imprescindível indicar que, se podemos falar de um constitucionalismo ibérico, essa experiência iniciou sua maturação nas Cortes de Cádiz e mesmo na movimentação liberal que as precedeu. Portugal e Brasil seguiram a vaga liberal e percebe-se, tanto na Constituição Portuguesa de 1822 quanto na Constituição Brasileira de 1824, que os acontecimentos na Espanha estavam bastante presentes nas mentes dos constituintes lusos e brasileiros.

Da perspectiva das ideias que inspiraram o movimento constitucionalista brasileiro, inegável pensar que não somente as ideias francesas, mas também a leitura feita destas ideias pelos deputados constituintes em Cádiz, bem como os portugueses, diretamente influenciados pelo texto gaditano, ajudaram a plasmar uma Constituição em parte liberal, em parte conservadora. É importante perceber que o modelo constitucional adotado no Brasil seguiu de perto as diretrizes fundamentais do projeto espanhol: a elaboração de uma Constituição escrita e formal, garantia de direitos civis e políticos, separação e limitação de poderes, mas tudo isso devidamente acompanhado da manutenção de características conservadoras, como a monarquia e a religião católica. Impossível, assim, negar que a Constituição Espanhola, cuja influência é frequentemente olvidada nos livros nacionais de História e Direito, assumiu um papel fundamental no primeiro constitucionalismo brasileiro de 1820. Essa é a história que pretendemos tornar patente durante este artigo e que deve ser resgatada para a compreensão de uma teoria de constitucionalismo ibérico com caracteres comuns não apenas entre Espanha e Portugal, mas que afetou fortemente as ex-colônias espanholas e portuguesa deste lado do Atlântico.

REFERÊNCIAS

BERBEL, Márcia Regina. A Constituição Espanhola no mundo luso-americano (1820-1823). *Revista de Indias*, v. 68, n. 242, 2008.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos avançados*, v. 14, n. 40, set.dez. 2000.

_____. As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa. In: Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, 1. 2004, México, *Anais...* México: Universidad Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

CALMON, Pedro. *Introdução ao Diário da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2003.

CÂMARA DOS SENHORES DEPUTADOS DA NAÇÃO PORTUGUESA. *Documentos para a História das Cortes Geraes da Nação Portuguesa*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1883.

CARVALHO, Manuel Emílio Gomes de. *Os deputados brasileiros nas Cortes Geraes de 1821*. Porto: Chardron, 1912.

CONSTANT, Benjamin. *Cours de politique constitutionnelle*. 3. ed. Bruxelles: Sociétés Belges de Librairie, 1837.

CONSTITUIÇÃO POLITICA DA MONARQUIA HESPAÑHOLA PROMULGADA EM CÁDIZ EM 19 DE MARÇO DE 1812. Tradução. A. F. M. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1820.

FLORES, Alberto Vivar. El liberalismo constitucional en la fundación del imperio brasileño. *Historia Constitucional* (revista electrónica), n. 6, 2005.

LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brazil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

_____. Resumo das Cinco Conferências de História Constitucional do Brasil. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, 1914.

LIMA, Oliveira. *O movimento da independência (1821-1822)*. São Paulo: Melhoramentos, 1922.

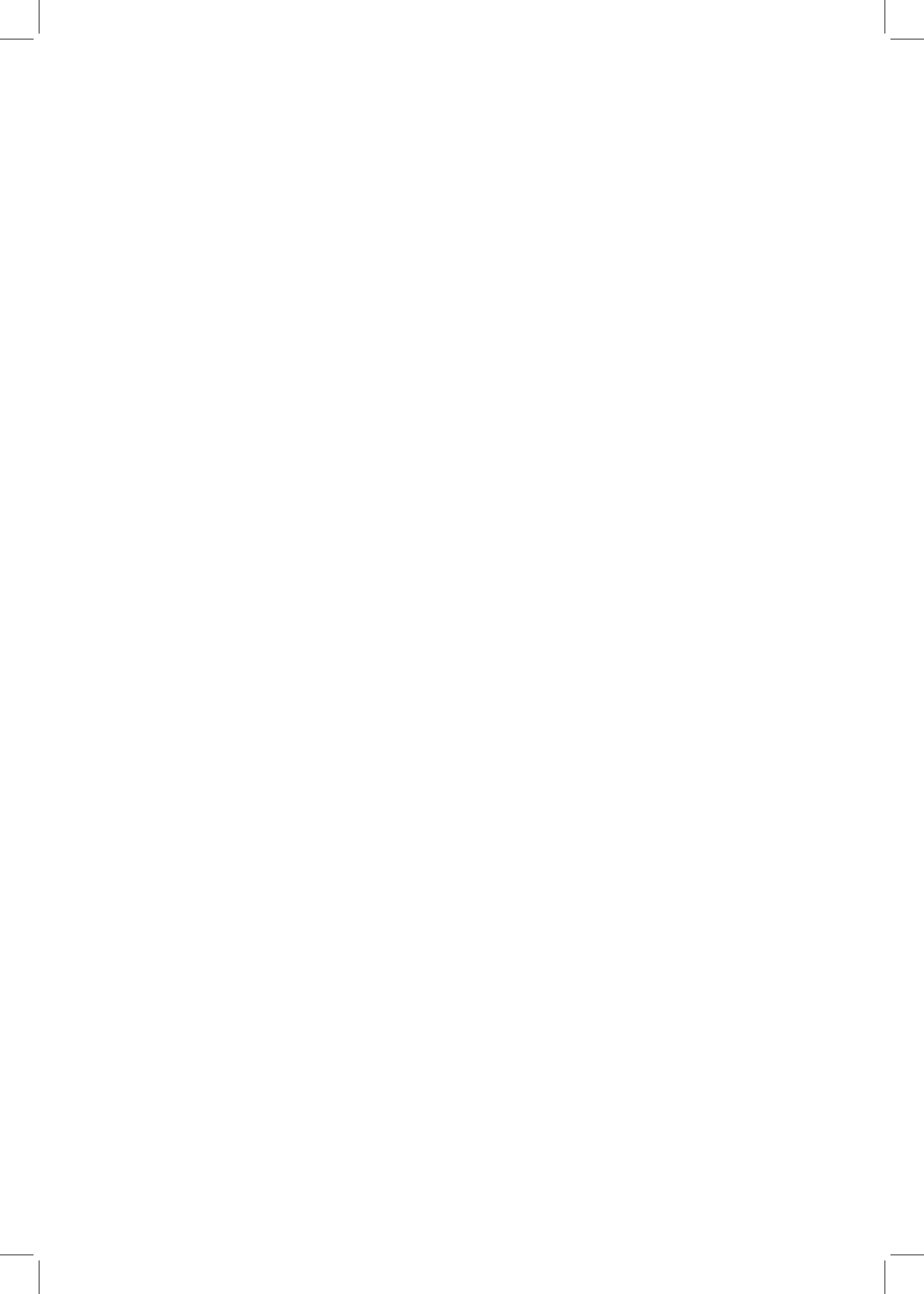
MUÑOZ, Manuel Ferrer. *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

RAMOS, Luís A. de Oliveira. A Espanha e o advento do liberalismo em Portugal: antes e depois de Cádiz. *Península: Revista de Estudos Ibéricos*, n. 0, 2003.

SALAS, Ramon. *Lições de Direito Público Constitucional traduzidas e dedicadas por D. G. L. D' Andrade*: com o mesmo objecto á Regenerada Nação Portuguesa, e offerecidas a seus dignos representantes. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1822.

SUÁREZ-CARPEGNA, Joaquín Varela. El constitucionalismo español y portugués durante la primera mitad del siglo XIX (un estudio comparado). *Estudios ibero-americanos*, PUCRS, v. 33, n. 1, p. 38-85, jun. 2007.

_____. La Constitución de Cádiz y el Liberalismo Español del Siglo XIX. *Revista de las Cortes Generales*, n. 10, 1987.



O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL: A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF

Vladmir Oliveira da Silveira*
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug**

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, verifica-se que o Direito passa por um processo de internacionalização, na mesma medida em que também se constata uma constitucionalização do Direito Internacional.¹ O fenômeno da internacionalização do Direito ocorre nas mais diversas áreas, contudo, de forma mais nítida no Direito Constitucional, Civil, Penal e Ambiental.

A internacionalização do Direito faz com que as normas jurídicas que regulam as atividades dos cidadãos não sejam mais unicamente produzidas pelo legislador nacional, mas também por documentos normativos internacionais. Há uma ampliação da cidadania, que deixa de ser unicamente estatal para ser também regional e universal.²

Nesse sentido, as fontes e a tutela de direitos também se ampliam. Não há como se negar que o processo de internacionalização do Direito se encontra em estágio mais avançado na Europa com a criação e desenvolvimento da União Europeia, contudo também é identificável na América Latina, não apenas em projetos de integração, como o Mercosul, mas também, em novas doutrinas, legislação e jurisprudência nacionais.

A adoção de um tratado por um Estado ou a sua inserção em organismos ou comunidades supranacionais e intergovernamentais implica, na maioria dos casos, a necessidade de adaptação do direito interno a essa nova realidade. Essa adaptação pode ocorrer por meio de uma revisão constitucional ou pela aplicação

* Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Uninove; Diretor do Centro de Pesquisa em Direito da Uninove; Presidente do Conselho Nacional de Pós-graduação – Compedi;

** Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Coordenadora do Curso de Direito da Uninove; Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio;

¹ Segundo Tourard (2000, p. 11): “A internacionalização das Constituições ultrapassa o contexto das relações entre o Estado e o Direito Internacional. Ela se projeta para além da problemática relação entre Direito Internacional e Direito Interno. Trata-se, na verdade, de abordar a questão das relações entre o Direito constitucional e o Direito internacional em uma perspectiva menos abstrata [...] considerada a realidade dos fenômenos políticos e das relações internacionais.”

² Ver, neste sentido: Silveira e Rocasolano (2010).

da hermenêutica e interpretação levada a efeito pelas Cortes Constitucionais.³ Há uma **nítida tendência de harmonização de conceitos que** é um processo de mão dupla, pois as constituições nacionais passam a considerar as relações do Estado com o Direito Internacional e este a sofrer uma crescente influência dos dispositivos constitucionais relevantes. Assim, pode-se dizer que o Direito Internacional tem um efeito irradiador sobre os sistemas constitucionais internos.⁴

No Brasil, o processo de internacionalização se aprofundou com a promulgação da Constituição de 1988, que conferiu especial ênfase à proteção dos direitos humanos, e outros princípios relativos às relações internacionais, além, é claro, da previsão de integração com a comunidade latino-americana, já iniciada com o Mercosul, entre outras iniciativas. No entanto, o referido processo esbarra no princípio da supremacia formal e material da Constituição brasileira sobre todas as normas nacionais. A adequação das normas internas diante da legislação supranacional se torna mais dificultosa em face desse princípio que pressupõe a existência de um controle de constitucionalidade, via de regra, repressivo e jurisdicional, com a presença de uma Corte Constitucional para interpretar e defender o Texto Constitucional. Nesse sentido, tem-se que a superação desse impasse pode ocorrer por meio da atuação tanto do Poder Judiciário, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, quanto do Poder Legislativo.

Neste cenário, objetiva-se demonstrar as consequências resultantes da evolução do debate sobre a hierarquia dos tratados conferida pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em relação àqueles de direitos humanos, com o advento da Constituição Federal de 1988, em especial, com o conteúdo dos §§ 1º e 2º do seu artigo 5º, como também as consequências provenientes da aprovação da Emenda à Constituição n. 45/04 no que se refere ao *status* normativo desses tratados e à prisão do depositário infiel. Neste particular, o artigo pretende analisar questões, como a prisão civil por dívidas no Brasil, bem como a nova posição do Supremo Tribunal Federal adotada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, entendendo que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da referida Emenda possuem *status* normativo supralegal, como o Pacto de São José da Costa Rica e sua implicação na interpretação do dispositivo constitucional que autoriza expressamente a prisão civil no caso do depositário infiel.

³ Diéz-Picazo (2002, p. 88) anota que: “[...] dá que um Estado não pode estar convencionalmente vinculado contra a sua vontade (*ex consensu advenit vinculum*). Isso é consequência da confluência do direito internacional: primeiro, o caráter inorgânico e descentralizado da sociedade internacional, que carece de uma autoridade legislativa central; segundo, o princípio da isonomia dos Estados, pelo qual a vontade de um não é juridicamente superior a vontade do outro.”

⁴ Segundo Tourard (2000, p. 6): “[...] a internacionalização do direito corresponde à influência do Direito Internacional sobre a formação e o conteúdo das espécies normativas de determinado sistema jurídico estatal.”

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o Estado Social e Democrático de Direito, como princípio estruturante da ordem jurídica brasileira, garantiu um amplo rol de direitos e garantias fundamentais e se apresentou extremamente sensível à ordem internacional e ao processo de internacionalização. Já no parágrafo único do seu art. 4º estabeleceu que: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

Trata-se de uma cláusula aberta que possibilita uma efetiva integração de uma comunidade latino-americana. Na realidade é uma norma constitucional que permite a influência direta do Direito Internacional no âmbito interno, ao prever a criação de uma comunidade supraconstitucional. Soma-se a isso o fato de o próprio art. 4º relacionar de maneira explícita os princípios que devem reger o Brasil nas relações internacionais, quais sejam: I- independência nacional; II- prevalência dos direitos humanos; III- autodeterminação dos povos; IV - não intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

Note-se que o inc. VIII do art. 4º que versa sobre o repúdio ao terrorismo e ao racismo é uma cláusula de extraterritorialidade. Portanto, percebe-se que no convívio com os demais sujeitos de Direito Internacional Público, o Brasil deverá se apresentar e priorizar determinados princípios e valores.

No que se refere à proteção conferida aos direitos humanos o texto original da Constituição de 1988 dispôs em seu art. 5º, § 2º que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Da leitura do dispositivo supracitado combinado com o artigo 60, § 4º, IV da CF poder-se-ia depreender que, em princípio, os tratados de direitos humanos no Brasil usufruem de um *status* constitucional. Contudo, não foi esse o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal que os equiparou às leis ordinárias, vez que eram originalmente internalizados pela ritualística igual a essas leis.

Todavia, parte da doutrina da qual se destacam autores, como Piovesan⁵ e Cançado Trindade⁶ sempre defenderam o reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados que versam sobre direitos humanos – antes da Emenda

⁵ Piovesan (2007).

⁶ Cançado Trindade (1991).

Constitucional n. 45/04 – com base na interpretação já mencionada, qual seja, a conferida com base no art. 5º, § 2º do Texto Constitucional, que estabelece que os direitos fundamentais estabelecidos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados – na busca de valores comuns entre os Estados – com o § 4º, IV do artigo 60, que estabelece os direitos fundamentais como cláusulas pétreas na Constituição Brasileira. Portanto, se não podem ser revogados por lei constitucional, muito menos poderão por ordinária.

Para Piovesan,⁷ o direito interno e o direito internacional estão em constante interação na realização do objetivo convergente e comum de proteção dos direitos humanos. Com efeito, a referida autora propugna pela necessidade de se conferir *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, defendendo a criação de um bloco de constitucionalidade composto pela Constituição, pelos tratados de direitos humanos e pelos princípios gerais de direito, com base na chamada cláusula de abertura brasileira, ou seja, o artigo 5º, § 2º do Texto Constitucional.

Contudo, conforme já se adiantou não foi essa a interpretação adotada pela jurisprudência brasileira, precipuamente, pelo Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição, a despeito de grande parte da doutrina nacional e internacional defender esta posição. Na realidade, tem-se que a norma constante do § 2º do art. 5º é uma cláusula aberta e, como tal, por meio da interpretação poder-se-ia ampliar ou restringir seu sentido e sua aplicação, contudo, optou a Corte Suprema por restringi-la.

Em 2004 o Congresso Nacional sensível à realidade da internacionalização do Direito e tendo em vista a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal promulgou uma emenda à Constituição a de n. 45 (Reforma do Judiciário), que acrescentou dois novos parágrafos ao referido art. 5º⁸ São eles: “3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” e “§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional e cuja criação tenha manifestado adesão.”

A introdução desses dois novos parágrafos representou uma nova fase no processo de internacionalização do Direito Brasileiro. Destarte, há de se considerar que o teor do § 3º do art. 5º acabou por restringir definitivamente a aplicação extensiva do § 2º do art. 5º, à medida que deixa expresso que os tratados de direitos

⁷ Piovesan (2007).

⁸ Nesse sentido, Torcol (2002 apud CONI, 2006, p. 85) acentua que: “a internacionalização das constituições afeta o equilíbrio institucional estatal: o Poder Executivo em sua qualidade de principal ator em matéria de relações internacionais; o Poder Legislativo na qualidade de poder normativo e de controle dos órgãos de governo; e o Poder Judiciário, em sua função de aplicação das fontes de direito às situações concretas.”

humanos para serem equiparados às emendas à Constituição devem ser aprovados com *quorum* de três quintos e votação em dois turnos. Em cada casa do Congresso Nacional impede-se que por meio da interpretação conferida ao § 2º do art. 5º da Constituição como pretendia Flávia Piovesan,⁹ fosse conferido *status* constitucional aos tratados de direitos humanos.

Nesse aspecto, importante destacar que o novo parágrafo representou um retrocesso na proteção conferida aos direitos humanos, pois o § 3º do art. 5º dificultou o processo de internalização de direitos humanos; em tese só é aplicado aos tratados aprovados após a sua promulgação, vez que se omite em relação aos tratados incorporados antes de sua existência. Assim, não compreende os tratados e convenções que lhe são anteriores e versam sobre aspectos relevantes da proteção dos direitos humanos. Por outro lado, há que se reconhecer que na prática acabou por representar um avanço à medida que possibilitou que os tratados de direitos humanos passassem a usufruir, desde que observadas certas condições, finalmente do *status* constitucional, o que não se apresentava possível até então em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Passar-se-á agora a analisar detidamente as alterações trazidas pela Emenda à Constituição n. 45/04 ao sistema constitucional pátrio.

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 45/04

A Emenda à Constituição n. 45/04 trouxe significativas alterações quanto ao *status* normativo dos tratados de direitos humanos no sistema jurídico pátrio. Note-se, contudo, que a redação do novo § 3º do art. 5º da Constituição menciona que os tratados de direitos humanos serão equiparados às Emendas à Constituição, o que significa dizer, em um primeiro momento, que serão um gênero diferenciado de norma, pois não serão considerados normas constitucionais, à medida que o texto faz referência a expressão “equivalentes às emendas constitucionais”. Será conferido, portanto, um *status* constitucional a esses tratados.

Nesse contexto, com o advento da Reforma do Judiciário (EC n. 45/04) e a introdução do § 3º do art. 5º, parte da doutrina, como Flávia Piovesan entendeu que a reforma foi prejudicial à proteção dos direitos humanos ao incluir a expressão “equivalente à emenda constitucional”, deixando claro, portanto, que os tratados de direitos humanos não são normas constitucionais. Excluiu-se a possibilidade de se conferir uma interpretação extensiva ao § 2º do art. 5º. Seguindo essa linha de raciocínio a Emenda à Constituição n. 45/04 representaria um retrocesso na proteção dos direitos humanos, o que a tornaria inclusive inconstitucional.

⁹ Piovesan (2007).

Tendo em vista o teor do § 3º do art. 5º cumpre analisar que ele não estabelece expressamente a quem caberá propor a aprovação dos tratados de direitos humanos como equivalentes às emendas à Constituição, o que implicaria a necessidade de uma regulamentação da matéria por leis ordinárias. Isso em virtude de no Brasil, a alteração da Constituição ocorrer por meio da edição de emendas que têm o seu rito expressamente previsto no art. 60 do Texto Constitucional. Segundo o disposto na Lei Maior podem apresentar propostas de emendas constitucionais (PEC) o Presidente da República, mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros e um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

Nesse contexto, surgem alguns pontos suscetíveis de discussão, tendo em vista o teor do § 3º do art. 5º da Constituição. O processo de internalização de um tratado pelo Brasil apresenta-se consoante o disposto no texto original da Constituição de 1988, primeiro com negociação pelo Executivo ou seus assessores (diplomatas) que termina com a assinatura do tratado pelo Presidente da República (Chefe de Estado). Após a assinatura do Presidente o texto deve ser encaminhado com uma mensagem ao Congresso Nacional, que a submete à aprovação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal pelo *quorum* de maioria simples e votação unicameral. A essa espécie normativa atribui-se o nome de decreto legislativo, que é assinado pelo Presidente do Senado (ratificação doméstica). Após a sua edição cabe ao Presidente da República providenciar a ratificação externa (ou depósito) e editar um Decreto com o conteúdo do tratado. Observe-se que somente após a expedição desse decreto é que o tratado é internalizado. Na maioria dos casos, há um grande lapso temporal entre a edição do Decreto legislativo pelo Congresso Nacional e a expedição do Decreto presidencial.

Na hipótese prevista pelo § 3º do art. 5º a aprovação de um tratado de direitos humanos com *quorum* de três quintos e votação bicameral, cumpre questionar a quem caberá provocar a aprovação do tratado nesta forma ou por intermédio da ritualística menos complexa da lei ordinária, portanto, norma infraconstitucional. Nesse caso, poderá ser o Presidente da República ao encaminhar a mensagem que assinou o tratado, ou também aqueles legitimados para apresentar proposta de emenda à Constituição, na qual se inclui o próprio Presidente da República, ou, ainda, qualquer parlamentar que poderá, ao apreciar a matéria, independentemente do conteúdo da mensagem presidencial enviada ao Congresso Nacional, propor a sua aprovação na forma do referido parágrafo? Note-se que nesta última hipótese estar-se-ia alterando

a ritualística da emenda à Constituição, já que atualmente é exigido o requerimento de um terço dos parlamentares para as emendas à Constituição.

De outra parte, na hipótese de o tratado ser apresentado na forma do § 3º do art. 5º, ou seja, para ser aprovado com o *quorum* de três quintos em dois turnos nas duas Casas, mas não conseguir obter esse *quorum* de votação poderá ser aprovado com apenas o *quorum* de maioria simples (necessário para se aprovar uma lei ordinária), ou seja, com *status* de lei ordinária, ou o mesmo deverá ser rejeitado? Ao nosso ver esse aspecto não se encontra definido e necessita ser regulamentado, o quanto antes, pois poderá implicar uma esquizofrenia sistêmica que permita a existência de direitos humanos de primeira classe (hierarquia constitucional), segunda classe (hierarquia supralegal) e terceira classe (hierarquia lei ordinária).

Outra questão a ser esclarecida versa sobre a alteração do próprio parâmetro de controle de constitucionalidade brasileiro. Se um tratado é aprovado na forma do § 3º do art. 5º ele passa a integrar a Constituição, portanto, será incorporado ao seu texto, ou seja, deve ser incluído no corpo da Constituição ou poderá figurar como um apêndice, formando, assim, uma espécie de “bloco de constitucionalidade”. Note-se que em ambos os casos se poderá arguir a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo interno que venha a contrariar o conteúdo do tratado de direitos humanos equivalente à emenda à Constituição, portanto, a partir da promulgação dos tratados o Brasil passou a existir o controle de convencionalidade e não apenas constitucionalidade.

E se o tratado de direitos humanos vier a ser denunciado pelo Brasil, nessa hipótese poderia ele deixar de ser matéria constitucional? Essa não parece ser a melhor solução, tendo em vista as características do direito constitucional brasileiro, quer parecer que ainda existindo a denúncia do tratado ele continuará a ter validade internamente como norma constitucional, não podendo ser alterado nem por meio de Emenda à Constituição, uma vez que o sistema brasileiro considera os direitos e garantias individuais como cláusula pétrea. Portanto, insuscetível de alteração pelo poder reformador, como coloca Silveira:¹⁰

Novamente, deve-se repetir que, sendo o princípio da anterioridade uma garantia do cidadão, obviamente está protegido pelas chamadas cláusulas pétreas. Conforme já sustentado, em capítulos anteriores, os direitos e garantias individuais – que se prefere chamar de fundamentais – abrangem não só os alocados no artigo 5º da Constituição, como também outros, dispersos no seu interior. E, certamente, o princípio da anterioridade é uma dessas garantias. Por outro lado, não há a mínima possibilidade de expansão das exceções a esse princípio, tendo em vista que o Poder constituinte assim não permitiu. O rol de exceções é taxativo, não podendo o

¹⁰ Silveira (2006).

Poder reformador inovar nesse sentido, sob pena de violação frontal da cláusula pétrea.

Nessa linha de raciocínio, consoante o disposto no art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição, os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidos por emenda à constituição. Assim, resta saber se os tratados de direitos humanos aprovados na forma do § 3º do art. 5º do Texto Constitucional são cláusulas pétreas ou não, o que se entende que seja. Se forem considerados como cláusulas pétreas não poderão sofrer qualquer modificação por emenda à Constituição, de modo que mesmo sendo denunciado o tratado, o texto aprovado permanecerá como parte integrante da Constituição.

Registre-se que a despeito de todas essas controvérsias o Congresso Nacional aprovou em 9 de julho de 2008 e, sem que houvesse qualquer regulamentação, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2000, na forma do § 3º do art. 5º. Trata-se do Decreto Legislativo n. 186 (ato infraconstitucional) com força de norma constitucional. Nesse sentido, tem-se que o Congresso Nacional acabou por fornecer efetividade direta ao referido dispositivo constitucional. Todavia, os questionamentos suscitados ainda permanecem em aberto e devem ser enfrentados. Importante observar que a denominação dada a essa espécie normativa passou a ser “decreto legislativo com força de norma constitucional”.

Por fim, resta saber se será necessária a edição do Decreto do Presidente da República para que o tratado seja internalizado, ou se a simples edição do Decreto Legislativo na forma do § 3º do art. 5º já cumpriria essa função. Registre-se que as emendas constitucionais por serem a manifestação do poder reformador dispensam a sanção do Presidente da República, sendo promulgadas pela mesa da Câmara e do Senado Federal.

Destarte, verifica-se que o referido Decreto Legislativo n. 186 foi promulgado pelo Presidente do Senado, na forma do art. 48, inc. XXVIII do Regimento Interno do Senado, que estabelece, entre suas competências, a de promulgar as resoluções e os decretos legislativos. Já as Emendas à Constituição são promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. Traçando um paralelo com essa nova hipótese, pode-se depreender que levando a efeito uma interpretação sistemática, os decretos legislativos aprovados na forma do § 3º do art. 5º dispensariam a edição do Decreto Presidencial. No entanto, essa questão permanece sem resposta.

3 O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDAS

O Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, portanto o sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. A referida convenção em seu artigo 7º que trata do direito à liberdade pessoal e dispõe em seu item 7, expressamente que:

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

A redação do dispositivo supratranscrito é clara, consiste em vedar a prisão civil por dívidas. Permite-se a prisão penal, mas proíbe-se a prisão civil, como regra. A única exceção que o dispositivo permite é a prisão decorrente do inadimplemento de obrigação alimentar, pois o direito que se está a proteger aqui é o direito da criança à subsistência.

Em outras palavras, na ponderação dos valores em conflitos, quais sejam, vedação da prisão civil e o direito ao alimento do menor, prevalece esse último, tendo em vista a proteção da dignidade da pessoa humana (núcleo essencial dos direitos humanos). Nessa hipótese há um conflito aparente entre o direito à liberdade e o direito à solidariedade, diretamente relacionado nesse caso à sobrevivência do menor. Prevalece, na hipótese o direito à solidariedade.

O Pacto de São José da Costa Rica oferece nítida prevalência ao direito à liberdade. Nesse sentido, restringe as hipóteses de prisão. Desse modo, tem-se que os países que aderirem ao Pacto devem coadunar suas normas aos preceitos nele estabelecidos. Ademais, deve-se aderir aos tratados de direitos humanos sem a imposição de reservas, sob pena de se comprometer a proteção desses direitos no âmbito interno de cada país. O Brasil ratificou o referido Pacto, sem qualquer reserva, o que em um primeiro momento levaria à conclusão de que no Brasil não seria possível a prisão civil do depositário infiel.

De outra parte, há de se considerar também nessa situação o critério da norma mais favorável à vítima em se tratando da proteção dos direitos humanos. Aplicando referido critério tem-se que restaria afastado o cabimento da possibilidade de prisão do depositário infiel, em caso de conflito entre uma norma nacional e a do tratado de direitos humanos. No caso, deve-se prevalecer a norma do tratado.

Tem-se, assim que, em um primeiro momento, em caso de aparente conflito entre uma norma nacional que permita a prisão do depositário infiel e uma norma internacional que proíba essa prisão, deve-se dar prevalência a essa última.

Trata-se de um conflito aparente entre o direito à liberdade e o direito à propriedade, no qual deve prevalecer o direito à liberdade, em conformidade com o conteúdo do Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse particular salienta Flavia Piovesan que se a situação fosse inversa, qual seja, se a norma constitucional fosse mais benéfica que a normatividade internacional, deveria ser aplicada:

[...] a norma constitucional, inobstante os aludidos tratados tivessem hierarquia constitucional e tivessem sido ratificados após o advento da Constituição. Vale dizer, as próprias regras interpretativas dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos apontam a essa direção, quando afirmam que os tratados internacionais só se aplicam se ampliarem e estenderem o alcance da proteção nacional dos direitos humanos.¹¹

Destarte, é imprescindível considerar que os direitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos visam aprimorar e fortalecer os direitos humanos, ampliando, assim, a sua proteção no âmbito interno dos países.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 dispõe no rol dos seus direitos e garantias individuais, precisamente em seu art. 5º, inc. LXVII que: “[...] não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” Em um primeiro momento da leitura de ambos os dispositivos depreende-se que há um conflito. Assim, é necessário tecer algumas considerações sobre a prisão civil para compreender o possível conflito existente.

3.1 OS CASOS DE PREVISÃO NORMATIVA DA PRISÃO CIVIL NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 5º, inc. LXVII, que: “[...] não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

Permite o Texto Constitucional a prisão civil em apenas duas hipóteses, quais sejam, o inadimplemento voluntário e inescusável da pensão alimentícia e a do depositário infiel. Interessante notar que a redação do inc. LXVII do art. 5º não se utiliza da expressão “prisão civil por dívidas”, mas sim do instituto do depositário infiel, diferentemente do que ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, como visto anteriormente.

A prisão civil é destinada a compelir alguém a realizar algo. Nesse sentido ela é decretada no caso do não cumprimento de determinada obrigação. A finalidade

¹¹ Piovesan (2007).

da prisão não é outra senão a de compelir o indivíduo a realizar determinada obrigação seja de natureza civil, seja de natureza comercial, sem *a priori* nenhum caráter de punição.¹² Portanto, não é uma pena. Pelo contrário, é um instrumento de coercibilidade, pois uma vez cumprida a obrigação ela obstaculiza ou cessa imediatamente a medida.

A despeito de o Código Civil brasileiro referir-se, em um primeiro momento, à prisão civil como pena, à medida que implica a restrição da liberdade do devedor, mediante coerção, há de se ter em vista que uma vez cumprida a obrigação não há que se falar na aplicação da prisão. Assim, verifica-se que esse não é seu principal objetivo, ou melhor, seu objetivo direto. A prisão ocorre no âmbito do Direito Civil, com vistas ao adimplemento de uma obrigação. A restrição à liberdade individual só acontece em razão da não realização de um comportamento esperado.

A prisão civil, portanto, tem caráter indireto, pois é um meio coercitivo que tem por finalidade compelir o devedor/depositário a realizar determinada obrigação. Ela apenas ocorre em face de uma obrigação não cumprida, qual seja, devolver o bem que está sob a sua guarda.

É preciso deixar claro que a prisão civil não é dotada de caráter satisfatório, pois mesmo findo o lapso temporal estabelecido pela decisão para a prisão, não fica o devedor/depositário livre do cumprimento da obrigação. Ela permanece, mesmo após a prisão somente sendo satisfeita com a realização da obrigação, ou seja, na devolução do bem que lhe foi confiado.

3.2 O DEPOSITÁRIO INFIEL

No caso do depositário infiel, a instrumentalidade do depósito, via de regra, ocorre em virtude da guarda do bem que visa assegurar a opção quanto à adjudicação ou hasta pública e não em razão da obrigação jurídica que decorre do contrato, qual seja, o pagamento da dívida. Para Queiroz:¹³ “É aquele que tendo a obrigação de restituir coisa alheia que recebeu para custódia não o fez, não cumpriu sua obrigação. E, ao colocar-se na posição de inadimplência, acaba por trair a confiança que nele depositou quem lhe entregou coisa para guardar, tornando-se com isso um devedor em mora.”

O Código de Processo Civil em seus artigos 902, § 1º e 904 expressamente estabelece que uma vez transitada em julgado a sentença e sendo expedido o mandado para que o réu entregue a coisa em vinte e quatro horas ou seu valor equivalente em dinheiro, no caso dele não tomar nenhuma das providências, o juiz decretará sua prisão, desde que tenha sido expressamente formulada na inicial, não podendo, assim, ser decretada *ex officio*.

¹² Molitor (2000, p. 12).

¹³ Queiroz (2004, p. 55).

O art. 666, § 3º do referido Código, estabelece ainda que: “A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito.” É permitido ao juiz, incidentalmente no processo de execução ou na fase de cumprimento da sentença, decretar a prisão do depositário infiel, desde que tenha sido determinada a entrega do objeto e o devedor permanecer inerte em face da ordem judicial. A justificativa da prisão não reside na dívida, mas sim na infidelidade, ou seja, na quebra de confiança.

Ademais, mesmo que o devedor cumpra o prazo de prisão estabelecido pelo juiz, ele continua com o dever de restituir a coisa ou o equivalente pecuniário para o proprietário, o que visa a confirmar a natureza coercitiva dessa prisão. Referida prisão tem caráter exaustivo, somente podendo ser aplicada uma única vez. Desse modo, não restituída a coisa, cabe ao autor ingressar com ação de busca e apreensão ou ação de execução por quantia certa.

Portanto, restaria aqui afastada a aplicação do teor do Pacto de São José da Costa Rica,¹⁴ vez que o depositário infiel não estaria preso em razão da dívida, mas sim da recusa em devolver o que lhe foi confiado, fazendo com que passe da condição de depositário fiel a infiel. Desse modo, fica evidente que a prisão civil não é uma pena, mas sim um “[...] meio de coerção processual destinado a compelir o devedor a cumprir a obrigação não satisfeita.”¹⁵

3.3 O DEPÓSITO EM RAZÃO DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A alienação fiduciária pode ser compreendida como um contrato formal e acessório, que tem como finalidade precípua assegurar o cumprimento de uma obrigação previamente estabelecida. É realizada entre um credor, denominado fiduciário e um devedor, denominado fiduciante, no qual o credor concede um crédito e o devedor o recebe.

Ela vem expressamente prevista no art. 1.361 do Código Civil, que dispõe: “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.” Na verdade, a alienação fiduciária nada mais é do que uma garantia para o credor do recebimento de seu crédito. Trata-se da transferência do domínio, sob uma condição resolutiva, feita pelo devedor do bem adquirido, na maioria dos vezes, por meio de um financiamento.

Constata-se que há uma nítida diferença entre o instituto do depositário infiel e da alienação fiduciária, uma vez que no caso do depositário infiel, não pode

¹⁴ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Recurso em *Habeas Corpus* n. 90.759, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, decisão de 15/5/2007 e Informativo STF n. 467.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 76.712, Rel. Ministro Moreira Alves, julgamento em 24-4-1998, Primeira Turma, DJ de 22-5-1998.

ele, via de regra, fazer uso do objeto que lhe foi confiado. Na alienação fiduciária o devedor exerce a posse sobre o objeto e a sua restituição é suficiente para garantir o crédito caso esse não venha a ser pago. Já no caso do depositário infiel a sua permanência com o depositário visa a manter a preservação do bem.

No caso da alienação fiduciária está-se diante de uma dívida, o que não ocorre no caso do depositário infiel. Nesse contexto, tem-se que o Pacto de São José da Costa Rica, ao vedar a prisão civil por dívidas, está na realidade, a vedar a prisão no caso da alienação fiduciária em garantia, não abrangendo o depositário infiel.

O Texto Constitucional de 1988 ao permitir expressamente a prisão do depositário infiel visa a proteger, ou melhor, a tutelar a relação de confiança entre as partes que foi violada e não assegurar o pagamento de uma dívida, como ocorre no caso da alienação fiduciária como garantia. Nesse sentido, não há nenhum conflito entre o teor do Pacto de São José da Costa Rica e da Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal inicialmente a respeito desse possível conflito entre o Pacto de São José da Costa Rica e a Constituição, no que se refere à prisão do depositário infiel, firmou jurisprudência no sentido de que em “nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do art. 7º da Convenção de São José da Costa Rica.”¹⁶ Entendia, ainda, que não caracterizava afronta ao inc. LXVII do art. 5º o fato de o devedor ter bens em condições suficientes a satisfazerem o débito, desde que fossem ofertados logo que ocorrida a citação no respectivo processo.¹⁷

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido que a conduta cabível ao devedor que “[...] descumpriu o compromisso judicial de depositário e alienou o imóvel penhorado, é a prisão civil.”¹⁸ O entendimento predominante consistia na possibilidade de decretação da prisão civil do depositário, no processo de execução, independentemente da propositura da ação de depósito.¹⁹ A infidelidade depositária é caracterizada como o “[...] desvio patrimonial dos bens penhorados, praticado pelo depositário judicial *ex voluntate* própria e sem autorização prévia do juízo da execução.”

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131, Rel. p/ o ac. Ministro Moreira Alves, julgamento em 23-11-1995, Plenário, DJ de 1-8-2003. No mesmo sentido têm-se os seguintes julgados: Agravo de Instrumento n. 403.828-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento em 5-8-2003, Segunda Turma, DJE de 19-2-2010; Habeas Corpus n. 73.044, Rel. Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 19-3-1996, Segunda Turma, DJ de 20-9-1996.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 200.475-AgR, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgamento em 17-11-1997, Segunda Turma, DJ de 6-2-1998.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 76.286, Rel. p/ o ac. Ministro Nelson Jobim, julgamento em 16-6-1998, Segunda Turma, DJ de 28-3-2003.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n. 80.035**, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento em 21-11-2000, Segunda Turma, DJ de 17-8-2001.

Com efeito, resta claro que a prisão do depositário infiel não decorre de uma relação contratual, mas do “*munus publico* assumido pelo depositário.” Ele o assume na condição de órgão auxiliar da Justiça, na exata medida em que “a ele é confiada guarda dos bens que garantirão a efetividade da decisão a ser proferida no processo judicial.”²⁰ Trata-se assim do vínculo funcional entre o Juízo e o depositário que permite, verificada a infidelidade, a decretação da prisão deste último, portanto, não é uma prisão contratual.²¹

O Supremo Tribunal Federal, portanto, permitiu a prisão civil do depositário infiel, a despeito do conteúdo do Pacto de São José da Costa Rica e conferiu, assim, aos tratados de direitos humanos *status* normativo de lei infraconstitucional, ou seja, abaixo da Constituição. Portanto, no caso de conflito entre o disposto na Constituição e o conteúdo de um tratado internacional de direitos humanos prevalecia a Constituição, muito embora para nós exista um erro conceitual na redação originária de nossa constituição, haja vista que o depósito não é uma espécie do gênero prisão civil por dívida, conforme já explicado.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, considerando as modificações trazidas pela Emenda à Constituição n. 45/04, entendeu que houve uma mudança de paradigma na proteção dos direitos humanos no sistema jurídico pátrio e tais alterações demandaram uma nova interpretação ao *status* normativo conferido aos tratados de direitos humanos.

Em face das consequências advindas da edição da Emenda à Constituição n. 45/04 e do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos, imperioso se faz analisar mais detidamente a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nessa seara.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CARÁTER SUPRALEGAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO CASO DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Fazendo uma breve análise sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao longo do tempo, pode-se observar que antes de 1977, o Supremo Tribunal Federal posicionava-se no sentido da primazia do tratado internacional quando em conflito com a norma infraconstitucional; entretanto, no notório julgado do Recurso Extraordinário n. 80.004 surgiu como divisor de águas, modificando o ponto de vista anterior da Suprema Corte. A partir de então, passou a adotar o sistema paritário ou o chamado monismo moderado, segundo o qual os tratados e convenções

²⁰ Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n. 80.035**, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento em 21-11-2000, Segunda Turma, DJ de 17-8-2001.

²¹ Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84.484, Rel. Ministro Carlos Britto, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 7-10-2005.

internacionais têm *status* de lei ordinária e, nesta condição, eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais deverá ser resolvido da mesma maneira que conflitos comuns entre leis ordinárias, ou seja, valendo-se das regras de conflitos.

Portanto, para o Supremo Tribunal Federal, após 1977 e antes da EC n. 45, a posição firmada foi no sentido de que todos os tratados (de direitos humanos ou não) seriam recebidos como lei ordinária. Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal, entendeu nos julgados dos *Habeas Corpus* 72.131-RJ, 73.044-SP e 75.306-RJ, entre outros, que a prisão civil do depositário infiel em alienação fiduciária seria constitucional, uma vez que o Pacto de São José de Costa Rica teria natureza geral em face das normas especiais previstas em lei ordinária sobre a prisão civil do depositário infiel, além de ser lei anterior que é derogada por lei posterior.

Entretanto, o antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal, sobre o Pacto de São José da Costa Rica foi superado na votação do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos aprovados antes da EC n. 45/04, ou seja, dos tratados que não foram aprovados na nova forma prevista do § 3º do art. 5º firmou entendimento de que eles possuem *status* normativo supralegal e não mais de simples lei ordinária. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal alterou a sua jurisprudência para conferir aos tratados aprovados antes da EC n. 45/05 caráter supralegal, ou seja, abaixo da Constituição Federal, mas acima das leis ordinárias. A supralegalidade é, na verdade, uma norma ordinária com uma qualidade especial: é metade constitucional (materialmente) e metade ordinária (formalmente).

Optou a Corte Suprema por criar uma nova espécie normativa que se encontra abaixo da Constituição e acima da lei ordinária. Note-se que essa espécie normativa não tem previsão expressa no texto da Constituição. O Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, afirmou que:

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes um lugar privilegiado no ordenamento jurídico. [...] a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil [...]

Ele também reconhece que:

[...] 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. Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais. Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno. Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

O Estado Constitucional Cooperativo substitui o conceito tradicional de Estado-Nação, entendido como Estado constitucional democrático internamente, mas não cooperado e não aliado no plano internacional. Frise-se que o Estado Constitucional Cooperativo não deixa de ser um Estado nacional, mas agrega a sua estrutura elementos de abertura, cooperação e integração que o descaracterizariam como unidade fechada, centrada na soberania clássica.

Este novo conceito defende que, em seu atual estágio de desenvolvimento, o Estado constitucional não se justifica por si só, mas encontra-se condicionado por circunstâncias externas – ou seja, está condicionado de fora para dentro, e desde o início até o fim. Não é por acaso que a atual Carta Magna contempla temas, como o do dualismo constitucional (Artigo 4º) e da abertura aos direitos humanos (Artigo 5º, parágrafo 2º),²² à semelhança do que ocorre nas Constituições de inúmeros países e principalmente em documentos comunitários, como no preâmbulo da Constituição da União Europeia (Maastricht), quando aborda a “solidariedade entre os povos”.

²² Artigo 5º, parágrafo 2º, da CF/1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

É uma evidência empírica de que não só o Brasil como outras nações se valem da cooperação em distintos níveis no seu cotidiano.²³

A suprallegalidade desses tratados possibilita então que estes paralisem a eficácia jurídica de qualquer ato normativo infraconstitucional com eles conflitantes. Isso significa que nenhum ato normativo infraconstitucional pode contrariar o disposto no tratado de direitos humanos, que lhe é superior em razão de sua suprallegalidade. A França, a Holanda, a Rússia (por força da reforma jurídica em 1993) e a Grécia importante observar, também adotam essa posição de suprallegalidade em relação aos tratados de direitos humanos.

Ressalte-se que o Ministro Celso de Mello em seu voto vista proferido no *Habeas Corpus* n. 87.585-8/TO conferiu aos tratados de direitos humanos natureza constitucional em face das modificações realizadas pela EC n. 45/04. Todavia, essa é a posição minoritária da Corte Suprema. Cumpre registrar que o Código Tributário Brasileiro de 1966, anterior à Constituição de 1988 e por ela recepcionado, estabelece em seu art. 98 a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional e o próprio Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência reconhecendo essa prevalência, todavia apenas em matéria tributária.

Como dito anteriormente a Constituição brasileira em seu art. 5º prevê no inc. LXVII a autorização da prisão civil no caso do depositário infiel, já o Pacto de São José da Costa Rica, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana proíbem a prisão civil por dívidas. Há, portanto, em tese um conflito entre o disposto na Constituição e o conteúdo do tratado.

A posição do Supremo Tribunal Federal sempre foi a de dar prevalência à Constituição sobre o tratado de direitos humanos; com a alteração de sua jurisprudência e a concessão de caráter suprallegal a esses tratados, passou-se a proibir a prisão do depositário infiel a despeito de sua permissão expressa no Texto Constitucional. Observe-se, todavia, que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Constituição permite essa prisão, mas como o Pacto de São José da Costa Rica proíbe e em virtude de sua suprallegalidade fica apenas impedida a regulamentação do dispositivo constitucional tornando inviável a prisão do depositário infiel. Foi uma posição intermediária adotada pelo Supremo Tribunal Federal que não confere caráter constitucional aos tratados de direitos humanos – salvo aqueles aprovados, conforme previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal – no entanto, os efeitos práticos são os mesmos, pois se impede a prisão do depositário infiel.

²³ No caso brasileiro, além da cooperação regional (Mercosul e OEA, por exemplo) e universal (ONU e OMC), ainda existe a cooperação entre os membros da Federação. “Artigo 23. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”

Passou assim a firmar entendimento no sentido que “[...] a subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.”²⁴ Para a Corte Suprema agora, desde a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem reservas, em 1992, “[...] não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.”²⁵ É o que se denomina de *status* normativo supralegal, que tem o condão de “[...] tornar inaplicável toda a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.”²⁶ Assim, não se pode mais efetuar a prisão do depositário infiel, em qualquer de suas modalidades no Brasil.

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal ao conferir *status* supralegal aos tratados de direitos humanos não aprovados na forma do §3º do art. 5º da Constituição, implica a não subsistência “[...] da prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial.”²⁷ Com fundamento nessa jurisprudência editou o Supremo Tribunal Federal a Súmula Vinculante n. 25 a qual dispõe: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” Vale dizer que a referida súmula vincula toda a Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal e todos os órgãos do Poder Judiciário federal e estadual.

No entanto, a despeito do teor da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o *status* normativo conferido aos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente à edição da Emenda à Constituição n. 45/04, que implicou a impossibilidade da prisão do depositário infiel, entende-se que o Pacto de São José da Costa Rica não se aplica à hipótese de prisão do depositário infiel, mas sim, à prisão civil por dívidas.

²⁴ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 87.585, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 26-6-2009.

²⁵ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343, Rel. Ministro Cezar Peluso, voto do Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009. No mesmo sentido: HC 98.893-MC, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 9-6-2009, DJE de 15-6-2009; RE 349.703, Rel. p/ o ac. Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009. Em sentido contrário: HC 72.131, Rel. p/ o ac. Ministro Moreira Alves, julgamento em 23-11-1995, Plenário, DJ de 1º-8-2003. Vide: HC 84.484, Rel. Ministro Carlos Britto, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 7-10-2005.

²⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343, Rel. Ministro Cezar Peluso, voto do Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009.

²⁷ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 90.450, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009.

Não há que se falar aqui em conflito entre a Constituição brasileira e o Pacto de São José da Costa Rica. Nesse sentido, a proibição da prisão civil se aplicaria somente aos contratos de alienação fiduciária em garantia. Essa hipótese sim diz respeito à prisão civil por dívidas, como visto, e não ao instituto do depositário infiel. Todavia, não foi esse o entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5 CONCLUSÃO

A constante necessidade de se conferir efetividade à proteção dos direitos humanos no âmbito interno e internacional exige uma alteração no *status* normativo conferido aos tratados de direitos humanos dentro da ordem jurídica brasileira. Faz-se imprescindível uma jurisprudência mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas principalmente à proteção da dignidade da pessoa humana e à preservação de valores comuns aos Estados.

REFERÊNCIAS

- CAÇADO TRINDADE, A. *A proteção internacional dos direitos humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Leão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DIÉZ-PICAZO, Luís Maria. *Constitucionalismo da União Européia*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2002.
- KOTZUR, Markus; HÄBERLE, Peter. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para um diálogo europeu-latinoamericano*. Tradução Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- MOLITOR, Joaquim. *Prisão Civil do Depositário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão civil e os direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

TOURARD, Héléne. *L'internationalisation des Constitutions Nationales*. Paris: L.G.D.J., 2000.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *O Poder Reformador na Constituição de 1988 e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: Rcs, 2006.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. (Org.). *Estudos e debates em direitos humanos*. Florianópolis: Editora Conceito, 2010, v. 1, p. 331.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; RIPARI, Vanessa Toqueiro. A cidadania regional americana e o ordenamento jurídico. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, v. 5, p. 23-28, 2009.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORCOL, Silvie. *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne*. Tese (Doutorado)-Universidade de Toulon-Var, Toulon, 2002.

A ATUALIDADE DO FUNDAMENTO METAFÍSICO DA MORAL DA COMPAIXÃO DE SCHOPENHAUER ENQUANTO SUPORTE ÉTICO E CRÍTICO PARA O DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS E DA INTERCULTURALIDADE

Paulo Hahn*

1 INTRODUÇÃO

Por se tratar de um trabalho de natureza complexa em sua diversidade temática, a presente reflexão seguirá quatro momentos distintos, mas todos inter-relacionados.

Inicialmente, em um primeiro momento, pretende-se fazer uma leitura crítica da situação atual como problema ético. Ou seja, na situação atual podemos ver um duplo desafio: um do lado da natureza e da técnica (desafio tecnológico-ecológico), outro do lado social surgido da globalização (desafio político).

Sabe-se que a cultura ocidental é uma cultura da razão, na qual a razão é o foco ordenador de todos os discursos. Mas desde seus primórdios, a cultura ocidental elaborou também a ciência do *ethos*, ciência do agir humano ou ciência da práxis. Essa tentativa de confrontar o agir humano com as exigências universais da razão não obteve o mesmo êxito que a ciência da natureza. Entretanto, a cultura ocidental nunca deixou de tentar uma fundamentação igualmente universal da ética.¹

E é justamente o enorme desenvolvimento atual das ciências e da técnica que nos leva a colocar, de um modo mais urgente do que nunca, o problema da responsabilidade da razão, isto é, ele nos obriga a responsabilizar-nos por tudo o que esta cultura teórica provocou, sobretudo nos últimos anos. Ou seja, se, por um lado, sabemos muito mais, por outro, sabemos também da precariedade de nossos conhecimentos. A ciência não apenas resolve, mas cria novos problemas que necessitam de um acompanhamento ético, pois “[...] nem tudo que é tecnicamente possível é eticamente justificável.”²

* Doutorado em Filosofia pela Universidade de Bremen/Alemanha; Mestrado em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Graduação em Filosofia pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; realizou estudos Teológicos no Instituto Missionário de Teologia; Atualmente é Professor e Pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unidade de Chapecó; Professor do Programa de Pós-graduação em Educação Profissional e Tecnológica (Lato Sensu – especialização) do CNEC-Gramado/CESF-Farroupilha e também Professor da FTEC-Faculdades de Caxias do Sul; tem experiência na área de Filosofia Moderna e Contemporânea, Teoria Crítica, Filosofia do Direito, Filosofia Intercultural, Direitos Humanos, Ética e Filosofia Política.

¹ Herrero (2009, p. 164).

² Junges (2003, p. 152).

Hoje vivemos em uma história que se tornou universal porque os moldes de produção e as tecnologias se universalizaram de fato. Isso significa que pela primeira vez na história, a ciência e a técnica estão dando à atividade humana um raio de ação e um alcance de dimensões planetárias. A técnica permite igualmente a comunicação simultânea de todos os acontecimentos no planeta. Assim, pela primeira vez na história do gênero humano, os homens se encontram diante do desafio de enfrentar o dever de assumir, em escala mundial, a responsabilidade dos efeitos de suas ações: escassez dos recursos da natureza, devastação do meio ambiente, manipulação genética e o biopoder, etc.

Desse modo, o primeiro desafio que a ciência e a técnica colocam ao agir humano e, portanto, para a elaboração de uma ética atual, poderia ser formulado da seguinte maneira: pela primeira vez na história, nossa civilização coloca cada ser humano, cada nação, cada cultura, em face de uma problemática ética comum. Diante de todos surge a urgente necessidade de uma ética da responsabilidade solidária, capaz de afrontar os desafios emergentes e de assegurar aos homens a capacidade de governar os efeitos do poder que eles efetivamente possuem.

É claro que, para enfrentar este desafio da situação atual, as morais fundadas no sujeito se mostram totalmente incapazes. Elas não podem assegurar um equilíbrio entre a responsabilidade moral e as crescentes capacidades técnicas que o homem atual possui. O sujeito isolado se mostra completamente impotente diante da responsabilidade em nível mundial, exigida pelas consequências universais de ações particulares. Somente uma ética capaz de fundamentar uma responsabilidade universal, solidária e intercultural poderá enfrentar este imenso desafio.

O segundo desafio ético que a situação atual nos coloca provém do lado social surgido com a globalização. Podemos chamá-lo de desafio político. É um fato que depois da derrubada do muro de Berlim, em 1989, acelerou-se o fenômeno da globalização na economia, na política e nos quadros jurídicos institucionais e seus efeitos.

Esse novo fenômeno mudou, por exemplo, a natureza do capital. Mudou também a natureza do trabalho. Antes o trabalho, o capital e a terra eram os três fatores da produção. Hoje a produção tornou-se mais “intensiva no conhecimento”, isto é, o saber se torna crucial, e este tornou-se um fator de diferenciação no trabalho. Mudou, finalmente, o papel do Estado com a globalização. Este tem agora que conciliar o nacional e o internacional, tem de criar condições estruturais de competitividade em escala global.

Surge assim, pela primeira vez na história, a tarefa de dar um sentido humano ao desenvolvimento em escala mundial, como um outro imenso desafio atual, precisamente no momento em que a idolatria do mercado gerou um vazio ético e acelerou o fim das utopias revolucionárias. Nunca foi tão urgente o desafio de

criar uma ética da solidariedade, uma ética universal da solidariedade, uma ética dos direitos humanos.

Não deixa de ser estranho que no momento em que a globalização, sobretudo econômica, torna-se um fenômeno universal, se proclame por toda parte a impossibilidade teórica de uma ética universal; muito estranho porque a situação atual, e em nível mundial, está marcada fundamentalmente por quatro vergonhas político-morais que afetam gravemente a existência de todos: a fome e miséria; a tortura e a contínua violação da dignidade humana; o crescente desemprego e disparidade na distribuição de renda e riqueza; e a ameaça de destruição da humanidade pelo perigo de uma possível guerra nuclear e pelo desequilíbrio ecológico. Tudo isso exige mais do que nunca uma resposta e atitude solidária, capaz de responsabilizar-se pelas conseqüências de nossas ações em nível planetário.³

O problema, todavia, está em como reunir interesses diferentes ou discordantes, ou seja, possibilitar um diálogo e um possível acordo consensual entre os protagonistas ou implicados com propósitos que nem sempre parecem ser conciliáveis.

Com isso, cresce a consciência de que é preciso trabalhar para construir uma ética mundial, no sentido de um cânon mínimo comum, universalizável, que prevaleça sobre as éticas particulares contidas nas diversas religiões e culturas, de modo que a humanidade possa continuar a evoluir, em busca da realização do “ideal” ou da utopia contida dentro da ideia de humanidade, respeitando-se enquanto tal.⁴

É neste contexto de incertezas quanto à conveniência em se estabelecer uma ética solidária universal, que partiremos para a fundamentação do princípio da ética da compaixão de Schopenhauer como suporte teórico e categórico para uma ética da alteridade, da interculturalidade, dos direitos humanos e da solidariedade universal.

2 O FUNDAMENTO METAFÍSICO DA MORAL DA COMPAIXÃO DE SCHOPENHAUER

Enquanto segundo momento dessa reflexão, pretende-se trazer ao centro dos estudos a fundamentação metafísica da ética da compaixão de Schopenhauer.

Schopenhauer identifica na compaixão, o fundamento da moral por meio de argumentos que ele usou em *Sobre o fundamento da moral*, ou seja, recusa o imperativo categórico e o substitui pela compaixão. Para ele, as imposições morais são incapazes de gerar no ser humano a prática das virtudes.

Para tratarmos do tema da ética, devemos partir de sua concepção metafísica que apresenta o mundo em um duplo aspecto: enquanto Vontade,

³ Herrero (2009, p. 165).

⁴ Hahn (2011, p. 124).

coisa-em-si, e enquanto Representação, ou modo como os fenômenos existem no mundo. É importante ressaltar que esta divisão é apenas teórica e ocorre no intelecto humano, pois tanto Vontade quanto Representação são aspectos de uma mesma realidade. Para Schopenhauer, a Vontade é a raiz metafísica do mundo e da conduta humana. Ela é também a fonte de todos os sofrimentos, pois a vida do homem é uma constante tentativa de satisfação dos desejos que pulsam e, uma vez que todos não podem ser satisfeitos, dão origem à dor.

Mas como o homem pode libertar-se desse sofrimento? A libertação só pode acontecer, segundo Schopenhauer, quando o homem ascende ao nível da conduta ética, a qual representa um nível mais elevado no processo de superação das “dores do mundo” a partir de um princípio de alteridade, ou seja, do reconhecimento da Vontade que há em cada sujeito e da negação do princípio de individuação.

Para Schopenhauer, toda imposição da vontade de vida de uma pessoa que invade o direito e a liberdade de outro indivíduo usufruir de suas forças, de seus bens ou de manifestar sua própria vontade é denominada de injustiça. O fundamento de todo mal advém do egoísmo e do princípio de individuação, que faz com que o homem não consiga enxergar mais que sua própria imediatez.⁵

Para ser justo e bondoso, o homem precisa perceber que a essência do mundo é a mesma e que está além das aparências fenomênicas; está na compaixão.⁶ A primeira atitude propriamente moral está em romper com o egoísmo, trazer o mundo para si e compartilhá-lo com as outras pessoas, ou seja, “[...] a compaixão é o oposto do egoísmo e da maldade. Ela é a base da ética pela qual um indivíduo reconhece sua essência imediatamente no outro. Para uma ação ter valor moral, ela não pode ter como motivo um fim egoísta.”⁷

A base da moralidade e da justiça, para Schopenhauer, traduz-se no sentimento da compaixão, que é o reconhecimento, no outro, de sua essência íntima, vontade, e a bondade, pode a partir disso, reduzir as diferenças entre o eu e o outro.

O conceito de compaixão, no idioma alemão, é *mitleid* que, traduzido literalmente, significa “sofrer-com”. Todavia, a experiência da compaixão, na filosofia schopenhaueriana, transcende a definição usual do senso comum, tornando-se uma experiência de abertura para a compreensão imediata da figura do outro, fundida ao nosso próprio ser. A compaixão, entendida pelo sentido de “paixão-com”, permite uma interpretação afirmativa dessa disposição ética e existencial, pois o “eu” e o “outro” partilham em uma relação de alteridade as suas vivências particulares, pois a raiz da palavra “paixão”, na sua raiz grega de *pathos*, possui uma diversidade semântica que não

⁵ Schopenhauer (2001, p. 351).

⁶ Aqui o termo *compaixão* é utilizado no sentido etimológico: “com” é o prefixo que traz a ideia de companhia e o verbo “*patior, pateris, passus sum*” que significa sofrer, suportar. Compaixão como o sentimento que se compartilha com o semelhante.

⁷ Staudt (2007, p. 16).

se esgota somente na ideia de dor ou sofrimento, mas também de afeto, de sentimento.

Assim, o fundamento da ação moral autêntica, origina-se da identificação do agente com o outro, da supressão do princípio de individuação aos olhos do indivíduo que age. A compaixão é o sentimento de integração interpessoal e a experiência de unidade ontológica que associa intimamente o “eu” e o “outro” homem sofredor com o homem que se compadece. Pois a compaixão se caracteriza por levar o homem ético a vivenciar no seu íntimo a realidade interior do outro.

O sentimento de integração interpessoal decorre da descoberta mística da unicidade ontológica entre os seres, contraposto ao mal-estar existencial promovido pelo egoísmo que separa violentamente os indivíduos; essa experiência faz com que vejamos o não-eu tornar-se em certa medida o eu.

Afinal, enquanto o egoísmo impulsiona as inclinações pessoais a se autoaniquilarem mediante os constantes choques entre as individualidades, a compaixão, por sua vez, aproxima por uma espécie de unificação íntima incondicional. Ou seja, a compaixão como princípio moral tem um significado altruísta e desinteressado que origina ações que não visam ao interesse próprio, mas ao bem-estar do outro.

O fundamento moral, em Schopenhauer, advém de um tipo de conhecimento que não pode ser abstrato, como nos imperativos categóricos de Kant, mas sim de um conhecimento intuitivo e imediato, portanto “[...] não se transmite, é preciso que cada um o encontre por si mesmo.”⁸

Schopenhauer diverge de Kant quanto ao fundamento exclusivamente racional da moral e introduz os afetos (sentimentos) na explicação do fenômeno e do fundamento da moral. Ele critica o formalismo do fundamento kantiano da ética. Para Kant “[...] o princípio moral deve ser puro *a priori* e puramente formal e, pois, uma proposição sintética *a priori*, não tendo, por isso mesmo, nenhum conteúdo material e não podendo se apoiar em nada empírico, isto é, nem em algo objetivo do mundo exterior, nem em algo subjetivo na consciência, seja algum sentimento, inclinação ou impulso.”⁹

Para Kant, a razão determina a vontade e para Schopenhauer a vontade é anterior à razão.¹⁰

Segundo Schopenhauer a moral manifesta-se nas ações do homem, não *a priori*, mas como o resultado da experiência do indivíduo que se reconhece nos outros indivíduos, quebrando a ilusão do princípio de individuação.

E para haver bondade no mundo, justiça, o homem deve reconhecer seu ser e a vontade em cada fenômeno do mundo, elevando-se de seu princípio

⁸ Schopenhauer (2001, p. 388).

⁹ Schopenhauer (1995, p. 25).

¹⁰ Schopenhauer (1995, p. 57).

de individuação e, a partir de si mesmo, reconhecer que o outro compartilha da mesma vontade de que lhe constitui, só assim é possível esboçar as primeiras ações desinteressadas. Pois apenas quando o conhecimento domina o impulso cego da vontade é que o homem pode tornar-se bom. Nesse sentido, o homem que deseja o bem do outro é aquele que nega a vontade, que enxerga além do “Véu de Maya”¹¹ e que, deste modo, torna-se caridoso.

Essa negação da vontade de vida atinge seu grau mais elevado na *ascese*,¹² em que o sujeito percebe que o mundo é sofrimento e dor e por isso renuncia a ele; é o mais elevado grau de caráter que dispõe o homem, pois esse é capaz de sacrificar-se em prol da vida e do bem-estar do outro. Por tal razão podemos dizer que: “[...] o ascetismo, com a vida dos místicos e santos caracterizada pela mortificação da vontade, deve ser entendido como uma ilustração para o que entende por negação da vontade.”¹³

Schopenhauer,¹⁴ expõe exemplos e narra situações, como de homens que morreram em nome de sua comunidade, negando sua vontade de vida e afirmando sua “bondade”, como Gautama Budha e São Francisco de Assis.

Nesse sentido, o único caminho possível para o homem libertar-se da dor e do sofrimento, a fim de alcançar a bondade de sua vida, é pela resignação e o reconhecimento de sua essência (Vontade).

Em Schopenhauer, o princípio de alteridade e intersubjetividade constitui a representação que um sujeito faz do outro, passando a identificar-se com ele até o momento em que a diferença inicial entre os dois é suprimida, o que ocorre na compaixão, que é o princípio da moralidade para o filósofo e que não está fundamentada em princípios abstratos a serem prescritos. Ou seja, apenas por meio do sentimento compassivo, o sujeito não cometerá danos ao outro, pois reconhece o mesmo sofrimento existente em si. Com isso, o sujeito estará disposto a ser solidário ao outro, a ajudá-lo se for preciso, desprovido de qualquer interesse.

Em suma, essa consciência de responsabilidade, solidariedade, bondade e alteridade somente pode ser adquirida na vida prática, no cotidiano das relações humanas.

¹¹ A expressão *Véu de Maya* é utilizada por Schopenhauer fazendo referência ao princípio de individuação e à ilusão de crer no conjunto de aparências e fenômenos.

¹² O termo “*Ascese, Asceia*” designa o sujeito que alcançou a mais elevada negação da vontade de forma consciente e duradoura. Não significa fechar os olhos para as dores do mundo, mas conviver com o sofrimento que há nele.

¹³ Staudt (2004, p. 165).

¹⁴ Schopenhauer (2001).

3 A ATUALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA MORAL DA COMPAIXÃO PELO PRINCÍPIO DA ALTERIDADE, DA INTERSUBJETIVIDADE E DA SOLIDARIEDADE ENQUANTO DESAFIO E PERSPECTIVA PARA O DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS NA ATUALIDADE

Neste terceiro passo, o intuito é sublinhar a plausibilidade e atualidade da fundamentação da moral da compaixão pelo princípio da alteridade, da intersubjetividade e da solidariedade enquanto desafio e perspectiva para o dilema entre o relativismo e universalismo no discurso da ética, da cultura e dos direitos humanos na atualidade.

Os Universalistas procuram proteger indivíduos e valores, independentemente do país ou do grau de desenvolvimento da sociedade onde vivem, enquanto que os Relativistas propõem o respeito às culturas e valores de cada sociedade, mesmo que seja mais distante e diferente da nossa.

O Universalismo tem a dignidade como fonte dos direitos humanos ao passo que para o relativismo, a fonte é a cultura. Esse é um debate aberto no campo dos direitos humanos: direitos humanos são universais ou não? Os direitos humanos variam de acordo com a cultura de uma sociedade?

Podemos perceber que existe grande polêmica acerca da fundamentação ética dos direitos humanos, mais especificamente pela dicotomia existente entre a universalidade e a relativização desses valores e direitos.

Uma possível proposta para o impasse e para uma aproximação entre o universalismo e o relativismo seria a construção do diálogo entre as culturas. Mas um diálogo ancorado nos princípios da alteridade, da compaixão, da intersubjetividade, do sentimento e da razão.

Para a fundamentação dessa possível proposta, parte-se do pressuposto metafísico da moral da compaixão de Schopenhauer, que funda uma ética de alteridade, de reciprocidade e de interculturalidade, que torna possível a tolerância, a solidariedade e o respeito em um contexto pluricultural, mas sempre tendo como referente regulador um certo *universalismo tendencial*.

Embora seja prudente que existam valores que devam ser considerados universais, não podemos fechar os olhos para as diferenças. Tal é a reconstrução necessária em relação ao atual paradigma de direitos humanos. Produz-se, pois, uma nova cultura de amplitude de direitos e de compreensões voltadas para afirmações das diferenças. Mas apesar do *multiversum* – de caminhos e de culturas – nós temos uma história universal comum, ou seja, o multiculturalismo, o relativismo e a não simultaneidade devem também estar unidos com o conceito de alteridade,

de interculturalidade e com o universal. Somente neste âmbito podemos pensar e discutir a cultura e a ética no sentido plural.

Trata-se, pois, de tematizar o *inter*, o espaço intermediário “utópico” que torna possível o encontro e a fecundação mútua. Os princípios da alteridade e da interculturalidade são processos abertos, polifônicos, solidários, de contínuo aprendizado e uma renúncia à hermenêutica reducionista, ou seja, nega um único paradigma de interpretação.

Como decorrência, deixa de existir um centro em que predominaria a reflexão filosófica, como o eurocentrismo ou qualquer outra centralização, e experimenta a construção de uma razão interdiscursiva, construtora de pontes. Dá-se outra ideia de universalidade, que não é justaposta à unidade. A universalidade não se realiza em ideários metafísicos unitários. Refaz a ideia de universalidade, regulada pela solidariedade em todos os universos que compõem o nosso mundo cultural.

A partir destes princípios podemos entender e confrontar os desafios e as estratégias da globalização econômica e cultural, a qual (globalização) traça um novo mapa do mundo e impõe um novo tipo de relação entre os seres humanos, tanto entre si como consigo mesmo e com a natureza. As estratégias da globalização do capitalismo neoliberal promovem, ao mesmo tempo, uma mudança de nossa geografia e de nossa antropologia. E transtornando nossas referências geográficas e antropológicas, transtorna as bases de nossas biografias, de nossa capacidade para “escrever” nossas vidas, ou de sermos autores de nossas biografias.¹⁵

Da mesma forma que Schopenhauer, também Lévinas se baseia na ideia da totalidade, opondo-se à separação cartesiana do eu, das coisas e do todo. A visão do sofrimento no rosto do outro é que nos encaminha para a ética, baseada também na responsabilidade e na caridade.¹⁶ O que eu percebo ao olhar o outro não é algo somente dele, mas a revelação da dimensão do divino, que, em lugar de me incutir o imperativo do dever, inspira-me à prática de uma compaixão que não espera nada em troca.

Os grandes erros da ética embasam-se, para Lévinas,¹⁷ em transformar o outro em um outro qualquer e centrar a relação num mesmo, perdendo, assim, o sentido de identidade com ele. O acolhimento do outro ocorre a partir da sua revelação no rosto que se apresenta ao eu, que deixa de estar fechado em si. Nesse sentido, a ética não brota de um imperativo categórico, mas em um mundo de relações, na comunicação com a coletividade.¹⁸

Também para Dussel,¹⁹ a ética nasce do contato com o outro, com o oprimido, que nos desperta para a *práxis*. Essa ética, portanto, só pode ser pensada a partir da situação existencial cotidiana.

¹⁵ Fornet-Betancourt (2003, p. 16-17).

¹⁶ Lévinas (1990) e Levinas (1993).

¹⁷ Lévinas (1990).

¹⁸ Lévinas (1993).

¹⁹ Dussel (1986).

Por isso, torna-se imperioso e urgente avançar na direção de uma concepção de ética, de cultura e de direitos humanos, não mais meramente formalista, estática, monocultural e racional. Para isso, o compromisso é com um referencial ético e crítico que una os afetos (sentimentos) e a situação existencial cotidiana na explicação do fundamento da moral.

Falamos até aqui de uma contraposição necessária ao que Schopenhauer chama de princípio de individuação, e Levinás e Dussel, de indiferença ao apelo do outro. Assim, chegamos a um ponto em que se torna necessário nos questionarmos sobre os condicionantes históricos desses obstáculos à ética da coletividade, da libertação e dos direitos humanos.

A proposta da ética intercultural e discursiva é, por sua própria essência, anti-individualista, porque se baseia em um mundo vivido compartilhado, de forma que o indivíduo somente existe em interação. A argumentação não se centra nos interesses individuais, mas é a própria comunidade que assume uma discursividade crítica em prol de um mundo vivido e compartilhado. É uma ética que parte da situação existencial cotidiana.

No sentido de complementaridade²⁰ ou convergência – além da contribuição de Tugendhat,²¹ Apel, Habermas, Levinás e Dussel – sobre a necessidade de uma união ou aproximação dos afetos (sentimentos) com a razão, da necessidade de unirmos a indiferença com a compaixão, também os ideais morais de Bloch nos oferecem um grande suporte teórico para enfrentarmos o relativismo e universalismo cultural e ético, os quais sustentam que precisamos de uma moral que una Apolo e Dionísio, símbolos de uma posição dialética e sintética ante o conflito entre os ideais de realização do impulso e da razão; entre as normas inspiradas na afirmação da vitalidade e as que perseguem o equilíbrio e a harmonia, apoiadas na capacidade reflexiva e lógica, bem como no autodomínio do homem sobre o que nele urde de primitivo e animal.

²⁰ Embora a filosofia da esperança de Ernst Bloch seja aparentemente contrária à filosofia “pessimista” de Schopenhauer, em muitos aspectos, convergem.

²¹ A aproximação de Tugendhat e Schopenhauer quanto à concepção de moral, em primeiro lugar, pode ser feita pela recusa de ambos da fundamentação tradicional, teológico-autoritária, da moral. Ernst Tugendhat, nas suas valiosas Lições sobre ética, aponta como uma das razões do interesse atual pela ética, e que remonta aos séculos XVIII e XIX, “[...] a desorientação ética que resulta do declínio da fundamentação religiosa.” (TUGENDHAT, 2009, p. 14). Schopenhauer considera obra da filosofia kantiana a eliminação do teísmo da filosofia, e justamente condena na ética kantiana os resquícios da moral teológica. Dessa forma, mesmo que alguns temas abordados pelos dois filósofos sejam comuns a tradições religiosas e místicas, a posição filosófica de ambos se mantém independente do teísmo e da teologia. O segundo ponto de aproximação é a divergência em relação ao fundamento kantiano da moral. Ambos querem interpretá-lo e corrigi-lo. Divergem de Kant quanto ao fundamento exclusivamente racional da moral e introduzem os afetos (sentimentos) na explicação do fenômeno e do fundamento da moral (STAUDT, 2004, p. 1-2).

Bloch reconhece a oposição, corriqueira na história da Ética, entre o instintivo e o natural de um lado, e a regra moral e disciplina social de outro; porém, alerta para a miopia que lhe está associada. Segundo Suzana Albornoz, o cidadão dever ser compreendido como um Apolo; e quando esse arquétipo é oposto ao do ‘bárbaro selvagem’ – com isso, evocando-se um Dionísio extremo, a questão ética fundamental toma a forma da oposição entre moralidade e sensibilidade, pulsão e moral. Diante dessa questão, os filósofos têm dado duas respostas: De um lado, situam-se aqueles que veem uma certa continuidade entre as tendências e a moralidade, como Rousseau, que se pronunciou a favor do *desenvolvimento sem entraves do bom grão em bom fruto*. De outro, estão os que se baseiam em sua ruptura, como Kant, cuja filosofia prática opta pelo caminho ascético e dualista da antítese entre a moralidade e as inclinações, em que o único sentimento moral autorizado é o respeito da lei moral; no mesmo dualismo, invertendo Kant, Nietzsche se pronunciaria por Dionísio, pela embriaguez delirante, contra Apolo.²²

Bloch repele e considera extremismos insensatos, não razoáveis, as duas formas antitéticas de dualismo representadas pelas respectivas posições de Kant e de Nietzsche: Kant eliminaria do espaço da ética, do cidadão e da cidadania, toda vontade que fosse tendência ou inclinação; e, assim, o extremo Apolo da moral que desconhece as motivações empíricas da vontade, de tanta pureza, esvaziando-se de todo conteúdo. O conteúdo do cidadão, marcado pela impureza da concreta condição humana e histórica, não pode se fundar somente sobre “boa vontade” ou sobre o “princípio de legislação universal”. Por sua vez, Nietzsche, afastando-se de Apolo, refletiria apenas os problemas de uma moral selvagememente dionisíaca, esquecendo a claridade do desejo comedido e do respeito ao natural.²³

Pode-se dizer que para Ernst Bloch, o fundamento da ética se encontra na natureza, da qual emanam tanto as inclinações corpóreo-instintivas da ordem “dionisíaca” quanto as inspirações intuitivo-rationais da ordem “apolínea”; as quais não se excluem, antes podem, e mesmo devem ser combinadas e conciliadas, compreendidas em sua interdependência e complexa capacidade de interação.

Pela união de Apolo e Dionísio, ambos se transformam em um terceiro que sintetiza o ideal moral para o homem. Este terceiro termo, utopia ética ou ética da solidariedade, pode ser indicada como uma proposta dialética, sintética, em que se superam as oposições clássicas entre moralidade e sensibilidade, entre virtudes e paixões, razão e afeto, renúncia e prazer.

A ética da solidariedade (como utopia ética) é condição e ao mesmo tempo produto de uma ordem social solidária, em que se identifiquem indivíduo e coletividade, onde se identifiquem indivíduo e natureza, em que os direitos humanos

²² Albornoz (2006, p. 4).

²³ Albornoz (2006, p. 4).

estejam presentes em sua dimensão eficaz e material, sem armadilhas ilusórias. Logo, a ética da solidariedade significa uma ética de transformação, oposta ao mundo da exploração, do egoísmo, da violência e da supremacia do capital. Desse delineamento, pode-se afirmar com Bloch de que “[...] não há verdadeira instituição dos direitos humanos sem o fim da exploração, não há fim verdadeiro da exploração sem a instituição dos direitos humanos.”

Na rubrica da fundamentação da moral da compaixão segundo Schopenhauer, conclui-se partilhando da afirmação de Tugendhat:

A ética da compaixão de Schopenhauer contém uma contribuição importante [...]. É comum a ética da compaixão a orientação exclusiva a partir dos sentimentos daqueles em relação aos quais existem obrigações morais, e com isto está relacionado que a ética também inclui os animais.²⁴

4 A ÉTICA DA COMPAIXÃO E O DIREITO DOS ANIMAIS

Por fim, veremos ainda implicações de tal perspectiva na relação do ser humano com o mundo circundante, especificamente no trato aos animais. Pois, uma vez que a multiplicidade dos seres vivos ocorre a partir de um mesmo princípio, a Vontade, torna-se uma afronta contra a própria existência a perpetração de qualquer prática pautada na supressão de um ente em favor do benefício de outro.

Conforme a metafísica da natureza de *O mundo como vontade e como representação*, exposta em sua segunda parte (que, em verdade, é uma espécie de cosmologia), o querer como a coisa-em-si una e indivisível está em todos os fenômenos do cosmo, seja na seiva da planta, etc.

É a vontade cósmica que em toda parte quer viver. Vontade de vida, *Wille zum Leben*: essência-identidade dos seres, indestrutível para além da pluralidade da representação, e da diferença percebida na efetividade pelo entendimento, cuja forma básica é o princípio de razão que separa os seres, já que este é constituído pelo espaço que permite posicionamentos diferenciados dos objetos, e pelo tempo que permite a sua sucessão.

Todavia, metafisicamente, os seres tem uma única essência. O animal inclusive possui entendimento, com o qual forma suas intuições empíricas do mundo e assim sobrevive com o conhecimento tanto quanto o homem. Ele percebe, pois, o perigo, o sofrimento possível, e consegue, assim, fugir dele. A diferença em relação ao homem é que este, a partir das representações intuitivas, forma as representações abstratas da razão, e adquire conceitos universais das coisas, uma visão de conjunto que o animal não tem.²⁵

²⁴ Tugendhat (2009, p. 177-178).

²⁵ Barboza (2008, p. 255).

Assim, é precisamente no contexto dessa metafísica da Vontade, aqui traçada em seus contornos gerais, que se deve compreender o lugar da ética dos animais no pensamento de Schopenhauer. Segundo o filósofo, o ocidente cavou um abismo entre sujeito e objeto, investigador e natureza, cuja face terrível se mostra nos experimentos inúteis em que os animais são imolados no “altar da ciência”.

Contraopondo-se a tais separações, a metafísica schopenhauereana, alicerçada na identidade da Vontade de vida como coisa-em-si una e indivisível de todos os seres, concebe os animais como partícipes de uma sensibilidade comum ao homem, logo, dispondo da mesma capacidade, no caso dos animais complexos, de perceber e sentir com consciência o sofrimento corporal. Dessa perspectiva, é um erro considerar eticamente apenas o valor da própria espécie: o que em realidade ocorreu na ciência, na medicina, na filosofia, na religião, na linguagem, enfim, na cultura ocidental. Mas a conclusão de Schopenhauer é incisiva:

Todos os sentidos precisam estar completamente cegos [...] para não perceberem que o animal é no fundamento e em essência absolutamente o mesmo que nós somos e que a diferença reside apenas no acidente, o intelecto, não na substância, que é a Vontade. O mundo não é uma obra de segunda categoria e os animais não são uma mercadoria para o nosso uso.²⁶

É no contexto dessa metafísica da Vontade que Schopenhauer insere a sua ética, trabalhada de maneira pormenorizada em *Sobre o fundamento da moral*. O tema dos animais é ali inteiramente concebido no horizonte da Mitleidsethik, da ética que aponta a compaixão como o núcleo de toda ação virtuosa. É uma ética que denuncia, com todos os termos, a violência e a crueldade advinda da ilusão separacionista entre eu não eu, investigador e mundo, sujeito e objeto; em uma palavra, trata-se de um pensamento que examina até onde leva a cegueira do egoísmo colossal do homem.

Dessa perspectiva, o filósofo, ao colocar a ética na base do direito, fala explicitamente de “direito dos animais”, *Rechte der Tiere*, ou seja, os animais como detentores imediatos de direitos naturais ao bem-estar e ao respeito, tanto quanto o homem. Disso, sintomaticamente, a sua viva atenção para as sociedades protetoras de animais que surgiram na época (séc. XIX), em razão do que os ingleses são elogiados por as terem fundado.

Portanto, podemos afirmar que a ética da compaixão de Schopenhauer, que inclui os homens e os animais, é sem dúvida ímpar inovadora na história dos grandes sistemas metafísicos do Ocidente.

Por fim, a título de conclusão, pode-se dizer que a compaixão constitui um valor intrínseco, e como tal deve integrar o rol de virtudes necessárias aos homens na

²⁶ Schopenhauer (1986, p. 443).

recuperação da noção do bem comum e do bem-estar social e no trato dos animais. Há a imperiosa necessidade de viver um comportamento solidário, mas isso não significa apenas ter a capacidade de sofrer diante das angústias alheias, ou dar esmolas a quem dela necessita, mas ser dotado de uma compaixão libertadora e altruísta que permita reencontrar o equilíbrio social e universal.

Para ajudar a encontrar esse equilíbrio social e a justa medida entre as paixões e a razão humana, os Direitos Humanos e a Filosofia Intercultural se mostram como os instrumentos mais apropriados, pois por meio deles podemos impor limites ao individualismo, atribuir responsabilidades aos indivíduos, normatizar comportamentos morais, enfim, regular toda e qualquer relação social.

REFERÊNCIAS

- ALBORNOZ, Suzana. Os Ideais Morais segundo Ernst Bloch – a união de Dionísio e Apolo. *Humanas*, Porto Alegre, v. 28, n. 2, p. 177-200, 2006.
- ALBORNOZ, Suzana. *Ética e utopia. Ensaio sobre Ernst Bloch*. Porto Alegre: Movimento, 1985.
- APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
- BARBOZA, Jair. A Mitleidsethik e os animais ou Schopenhauer como precursor da ética animal. *Ethic@*, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 253-265, dez. 2008.
- BLOCH, Ernst. *Sämtliche Werke*. Frankfurt: Suhrkamp, 1977; 1978.
- BRUM, Argemiro. *A ética como resposta ao apelo do outro*. Brasília, DF: Universa, 2002.
- BRUM, José Thomas. *O pessimismo e suas vontades – Schopenhauer e Nietzsche*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.
- CACCIOLA, Maria Lúcia Mello e Oliveira. *Schopenhauer e a questão do dogmatismo*. São Paulo: EDUSP, 1994.
- CARDOSO, Renato César. *A ideia de justiça em Schopenhauer*. Belo Horizonte: Argumentum, 2008.
- DUSSEL, Enrique D. *Ética comunitária*. Petrópolis: Vozes, 1986.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Transformación Intercultural de la Filosofía*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

Paulo Hahn

FORNET-BETANCOURT, Raúl. La filosofía intercultural frente a los desafíos de la globalización. In: SILVA, Neusa Vaz; BACK, João Miguel (Org.). *Temas de filosofía intercultural*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HAHN, Paulo. A “não-simultaneidade” e “multiversum” contra um Totum cultural: uma possível aproximação de Ernst Bloch com a filosofia intercultural In: HAHN, Paulo; SIDEKUM, Antonio. *Pontes Interculturais*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2007.

_____. *Consciência e emancipação – uma reflexão a partir de Ludwig Feuerbach*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2003.

_____. Dignidade humana na era das biotecnologias e do biopoder. In: GORCZEWSKI, Clóvis (Org.). *Direitos Humanos e Participação Política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, v. 2, p. 121-146, 2011.

_____. (Org.). *Direitos fundamentais: desafios e perspectivas*. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2010.

_____. *Ernst Bloch: die Dimension der Sozialutopie und ihr Einfluss im lateinamerikanischen Denken sowie die Konzepte Ungleichzeitigkeit und Multiversum als Grundbedingungen für das Verständnis und als Perspektive für einen interkulturellen Dialog*. Aachen: Verlag Mainz, 2008.

HAHN, Paulo; NERY, Rogério. Educação: direito fundamental universal. *Revista Espaço Jurídico*, v.12, p. 211-232, 2011.

HAHN, Paulo. Pressupostos da filosofia intercultural e teoria crítica dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (Org.). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

HAHN, Paulo; SIDEKUM, Antonio (Org.). *Pontes interculturais*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2007.

HERRERO, Javier F. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo (Org.). *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2000.

HÖFFE, Otfried. Die Menschenrechte im interkulturellen Diskurs. In: ODESKY, Walter (Org.). *Die Menschenrechte*. Herkunft, Geltung, Gefährdung. Düsseldorf: Patmos, 1994.

JANAWAY, Christopher. Willing and Acting. In: *Self and World in Schopenhauer's Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

JUNGES, José Roque. *Bioética. Perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 1990.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Martins: Fontes, 2002.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2001.

KESSELRING, Thomas. De onde provem as normas éticas? Da decisão individual ou do discurso livre? A controvérsia entre Habermas e Tugendhat. In: *Finitude e Transcendência*. Petrópolis: Vozes, 1996.

KERÉNYE, Charles. *La mythologie des grecs*. Paris: Payot, 1952.

MALIANDI, Ricardo. *Ética Convergente: Fenomenología de la Conflictividad*. Tomo I. Buenos Aires: Las cuarenta, 2010.

MARIN, Andréia Aparecida. A natureza e o outro: ética da compaixão e educação ambiental. *Pesquisa em Educação Ambiental*, v. 2, n. 2, p. 11-27, 2007.

PANIKKAR, Raimon. A dialética da razão armada. In: FORNET-BETANCOURT, Raul; GÓMEZ-MULLER, Alfredo (Org.). *Posições atuais da Filosofia Europeia*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2002.

PIOVESAN, Flavia (Coord.) *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2006.

PIRES, Cecília. *Repensar os Direitos Humanos no horizonte da Interculturalidade*. Disponível em: <http://www.corredordelasideas.org/docs/ix_encuentro/cecilia_pires.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2012.

REDYSON, Deyve. Schopenhauer e a Metafísica do Pessimismo. Princípios, *Revista de Filosofia*, v. 15, n. 23, p. 255-269, 2008.

RICOEUR, Paul. *Philosophie de la volonté*. Paris: Aubier, 1988.

SIDEKUM, Antonio. *Ética e alteridade – a subjetividade ferida*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

Paulo Hahn

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como Vontade e Representação*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

_____. *Sämtliche Werke*. Frankfurt: Suhrkamp, 1998.

_____. *Sobre o fundamento da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

STAUDT, Leo Afonso. A Descrição do Fenômeno Moral em Schopenhauer e Tugendhat. *Étic@* - *Revista de Filosofia Moral e Política*, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 163-176, dez. 2004.

_____. O Significado Moral das Ações como Negação da Vontade, para Arthur Schopenhauer. *Revista de filosofia*. v. 19, n. 25, p. 273-303, jul./dez. 2007.

TUGENDHAT, Ernst. “A Ética da Compaixão: animais, crianças, vida pré-natal” In: *Lições sobre Ética*. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. *Lições sobre Ética*. Petrópolis: Vozes, 2000.

WOLF, Jean-Claude. Willensmetaphysik und Tierethik. In: *Schopenhauer-Jahrbuch*. 79. Band. Königshausen/Neumann: Würzburg, 1998.

DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI: UMA UTOPIA POSSÍVEL OU UMA QUIMERA IRREALIZÁVEL?

José Fernando Vidal de Souza*
Orides Mezzaroba**

1 INTRODUÇÃO

Ao tratar sobre Direitos Humanos precisamos ter claro o que, de fato, estes representam, pois na atualidade ganharam uma dimensão que longe de uma explicação simples se apresentam como um grande imbróglio de difícil delimitação.

Dentro dessa ótica, Direitos Humanos servem para tratar assuntos referentes a direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, violência, miséria, além de outras concepções, sob a alegação de diretrizes para a proteção da dignidade da pessoa humana.

O fato é, no entanto, que nesta defesa da dignidade da pessoa humana, os direitos humanos adquiriram uma força extraordinária, fruto de uma linguagem consistente, instalada no mundo Ocidental, na qual a positivação dos direitos indica, por exemplo, se um Estado pode ou não ser reconhecido como democrático ou se assume ares de barbárie.

O propósito da consolidação dos direitos humanos não é outro senão o de consagrar um desejo eterno do homem na sua busca pela paz e pela realização de uma vida plena e harmônica com seus semelhantes.

Entretanto, direitos humanos se revelam e se acentuam como uma utopia em um mundo de conflitos e distinções culturais, no qual o aplanar das diversidades não se estabelece por um singelo discurso de pacificação dos povos, tal qual a ideia da *Paz Perpétua* lançada pelo projeto filosófico de Kant, em 1795, uma espécie de contrato entre os povos, no qual os conflitos são resolvidos sem violência ou guerra.

No entanto, esse projeto kantiano, escrito no final do século XVIII, sofreu um abalo significativo em sua estrutura, seja pela modificação da estrutura econômica do mundo, com a sedimentação do capitalismo sem fronteiras, culminando com o

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós-doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; Pós-doutorando pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Ciências Ambientais pela Universidade São Francisco; Bacharel em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Professor da Universidade Metodista de Piracicaba e da Universidade Paulista; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo;

** Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina; Professor colaborador do Programa de Mestrado em Direito da Uninove de São Paulo; Pesquisador de Produtividade do CNPq;

fenômeno da globalização, seja pela ineficiência e fragilidade do Direito Internacional Público, que não consegue se estabelecer como espaço adequado para as discussões dos princípios éticos e morais explicitados por Kant em sua obra.

De fato, este projeto de paz perpétua era entendido como um processo no qual todos e cada um dos indivíduos eram preparados, educados e deveriam cultivar a paz perpétua como fruto da razão, para garantir a sobrevivência da humanidade, a preservação do meio ambiente e a felicidade de todos.

Mas a ideia de paz perpétua oriunda do projeto kantiano não é um estado natural da humanidade e precisa ser constituída mediante um contrato entre os povos, diferentemente dos direitos humanos, que se fundam nas ideias iluministas de progresso, busca da felicidade, combate às várias formas de totalitarismo e ditaduras e, para tanto, necessariamente somente ganham corpo quando se unem e atrelam ao Direito Natural para combater o Positivismo Jurídico.

Contudo, jusnaturalismo e juspositivismo desembocam em um mesmo mar de confusões, que muito prometem, porém pouco cumprem, acabando por enfatizar ainda mais as diferenças entre os povos e reforçando as injustiças.

A intenção deste artigo não é outra senão a de procurar evidenciar de quão irreal é a sustentação dos direitos humanos seja no âmbito externo, seja no âmbito interno, e quais os caminhos viáveis para uma busca de alternativas que conduzam a humanidade para uma melhor visão de mundo que consiga compreender e ampliar o entendimento limitado sobre o real significado de direitos humanos.

2 DIREITOS HUMANOS: BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

2.1 GREGOS E ROMANOS DIANTE DOS DIREITOS HUMANOS

Uma das formas sob as quais se busca legitimar os Direitos Humanos é a crença de que estes possuem um valor indiscutível e universal, fruto de uma luta que remonta aos ideais gregos e romanos.

Ocorre que esta visão é falaciosa. Primeiro, porque entre os gregos não havia a figura do milagre, eis que os gregos são herdeiros de outras culturas e civilizações do mediterrâneo (persa, egípcia etc.). Depois, pelo fato do principal conceito a ser analisado na formação da pólis estar na concepção de isonomia. Expressão esta que deriva de duas outras palavras: *isegoría* e *nómos*.

Isegoría seria a liberdade de expressão ou a liberdade de falar para todos, como também o direito de falar na *Ágora*. A *isegoría*, por sua vez, seria formada pelos radicais *isos* (igualdade ou igual) e *àgora* (praça pública).

Nómos, em um primeiro sentido, seria aquilo que se entende por costume, tradição comum; com a evolução, essa palavra se transforma na opinião geral de um grupo, aceita pela maioria e como regra de conduta. Como enfatiza Villey,¹ os romanos, mais tarde, no *Digesto*, apropriam-se deste termo que passa a significar o relativo “à lei que rege a ordem e a moral da cidade”, enquanto *direito* “possui uma função própria e órgãos autônomos. É, a título principal, um produto *jurisprudencial*”.

Além disso, na Grécia Antiga não havia a noção de “eu” tal como temos hoje, um “eu” individual, fragmentado, deslocado da vida pública. O grego não se considerava senhor de sua integridade; ele sabia que existiam forças que agiam no indivíduo que independiam da vontade, por exemplo, a sua constituição biológica, a história vivida de cada um e o contexto social. Todos estes fatores seriam condicionamentos do homem que independiam dele.

Portanto, para os gregos, todos esses condicionamentos integravam o conceito de destino. Do destino, porém, nada se sabia, pois sabê-lo seria tarefa para os deuses. Desta premissa, conclui-se que entre os gregos ninguém poderia ser responsável pelo próprio ato, visto que aquilo fazia parte do destino. Com isso, despido da noção de um “eu” individual, inexistente a ideia de culpa, e sem culpa não é possível se falar em punição. A ideia de culpa ligada à punição surgirá com o advento do cristianismo.

Se não há punição, alguém pode pensar: qual seria o instrumento regulador da ordem social? Uma resposta que satisfaça um questionamento como este exigiria um estudo filológico e histórico da Grécia antiga; aqui, pretendemos apenas destacar alguns elementos de forma geral.

Dessa maneira entendemos que quando o homem grego tenta agir com temperança – *sophrosyne* –, ele, de certa forma, age na pólis. A preocupação de si, do sujeito, culminaria na harmonia da pólis. Seria na pólis que o homem grego se sentiria igual perante os outros. Podemos, então, perceber a importância de os gregos se fazerem reconhecer como iguais.

Enfim, a pólis se estrutura a partir de uma base unitária, e, nesse contexto, não há separação entre vida pública e vida privada; o homem seria parte de um todo. Um todo chamado de pólis, no qual a isonomia é fundamental para a sedimentação do modelo político que se instala no período em estudo (séculos V e IV a.C.), ou seja, para a *democracia*.

Para Ribeiro,² os cidadãos gregos não viviam em uma sociedade complexa como a atual; as discussões que os envolviam giravam em torno de temas, como guerra, paz, política e, principalmente, festas e religião, em assembleias realizadas a cada nove dias. Por esta razão, no seu entender, “[...] a política era provavelmente mais divertida, até porque era bem próxima da vida cotidiana.”

¹ Villey (2007, p. 64).

² Ribeiro (2001, p. 11-12).

Aristóteles, dentro desse contexto, escreve *Ética a Nicômaco*, na qual procura examinar o agir humano com a apresentação de conceitos éticos fundamentais. A problematização posta nesta obra se revela como compreender e fazer as escolhas verdadeiras, seguir uma justa regra e um padrão que as determinem atingindo, assim, o meio-termo entre o excesso e a falta, ambos ditados pela reta razão.

Dessa forma, a escolha é um desejo deliberado. No entanto, como o fim é aquilo que desejamos e o meio aquilo que deliberamos e escolhemos, as ações devem concordar com a escolha e serem voluntárias. Por essa razão, o exercício da virtude se apresenta como os meios para as escolhas. Logo, a virtude está em nosso poder de escolha.

Enfim, podemos escolher entre a virtude e o vício, porque podemos agir ou não agir. Assim, podemos praticar atos nobres, podemos, pois, sermos virtuosos ou viciosos. Ademais, a origem da ação é a escolha e a origem da escolha é o desejo e o raciocínio dirigido a algum fim.

Assim, a escolha não pode existir sem a razão e o intelecto, nem sem a moral, eis que as boas e as más ações não podem existir sem uma combinação de intelecto e de caráter. Contudo, o intelecto nada move, sendo necessário que exista o intelecto prático, voltado para algum fim.

O objetivo da ética aristotélica é dar atenção ao problema das relações entre os indivíduos. Contudo, a ética aristotélica é sempre pensada como uma ética na pólis. De fato, naquela ocasião, no mundo grego, inexistia a concepção de indivíduo separado de sua cidade, e nesta condição ser livre implica, necessariamente, ser racional. Ademais, na ética aristotélica, toda ação humana está orientada para a execução de algum bem, ao qual estão unidos o bem e a felicidade.

O bem possui o caráter de causa final, que age sobre o agente. Mas, como determinar em que consiste esse bem e essa felicidade? Para Aristóteles existem muitos bens: uns são preciosos, dignos de estima, como a virtude, a alma e o entendimento; outros são desejáveis, como as virtudes que servem para agir bem; uns, como a força, o poder, a riqueza e a beleza são simplesmente potências, que podem ser empenhadas para o bem ou o mal; outros, como a saúde e a ginástica, contribuem para a prática do bem; uns, como a justiça e as virtudes, são sempre desejáveis, e outros, como a força, a riqueza e o poder nem sempre o são; alguns bens possuem finalidade, como a saúde, outros são meios para consegui-la, como a medicina; alguns bens pertencem à alma, como a virtude, outros ao corpo, como a saúde e a beleza e outros são exteriores, como as riquezas.

Percebe-se, assim, que os gregos não necessitavam da noção de direitos naturais universais, muito menos tentavam explicar a existência destes e a sua derivação da razão e da natureza humana, ligando-os àquilo que se denomina de senso moral interior.

De fato, como enfatiza Villey³ “[...] a ciência do direito é invenção da *Roma* clássica”, enquanto a descoberta do conceito de direito devemos a Aristóteles e o

³ Villey (2007, p. 31,61).

filósofo francês arremata que Aristóteles, assim como os juristas romanos possuem “acesso ao direito pela *justiça*”, eis que o “[...] direito constitui um elemento (o objeto ou a causa final) dessa espécie de atividade habitual que a justiça é.”

Aristóteles,⁴ no início do Livro V da *Ética à Nicômano*, traça os vários caminhos para distinguir Justiça e Injustiça, enfatizando “[...] no que toca à Justiça e à Injustiça devemos considerar: a) com que espécie de ações se relacionam elas; b) que espécie de meio termo é a Justiça; c) entre que extremos, o ato justo é intermediário.” E conclui que Justiça é “[...] aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que os faz agir justamente e desejar o que é justo” e Injustiça é “[...] a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto.”

Em Aristóteles encontram-se, assim, os conceitos de Justiça Particular e Universal; Justiça Legal ou Universal; Justiça Total e Justiça Particular e as espécies de Justiça Particular (justiça comutativa ou corretiva e justiça distributiva).

Nesse sentido, o conceito de Justiça Universal ou Legal é diretamente ligado à figura do justo e probó; probó e justo é o homem respeitador da lei; a Justiça Particular se associa ao homem que exerce a virtude consigo mesmo e com o outro; a Justiça Total visa à construção de um bom cidadão e não se confunde com a educação do indivíduo; a Justiça Comutativa ou corretiva se dedica a regular as relações entre os particulares e, por fim, a Justiça Distributiva se opera no nível de comunidade e particular. Finalmente, conforme Souza,⁵ “[...] o objeto da justiça particular é o bem particular, ao passo que o objeto da justiça social ou legal é o bem comum.”

Estes conceitos permitem dizer que direito é algo finito, mensurável, exterior ao homem, sujeito à partilha e gerador de um ônus à comunidade. Conforme Villey,⁶ “[...] o conceito de direito pressupõe uma pluralidade de pessoas entre as quais ocorreu uma partilha de coisas exteriores.”

Para Villey⁷ a Justiça Universal ou Legal “é sempre uma atividade a serviço da ordem”, que para os gregos “coincide com o belo, com a harmonia” e, por ser assim, “é quase sinônimo de moralidade, não serve para distinguir, designar um tipo específico de comportamento.”

Assim, a maior preocupação de Aristóteles é com a Justiça Particular; esta deve ser exercida pelo homem probó, justo, honesto e bom cidadão que jamais pega algo além da sua parte, ou seja, alguém que não age com fraude e assume suas responsabilidades. Em razão destes argumentos, de forma precisa, Villey⁸ afirma:

⁴ Aristóteles (1987, 1129-a, p. 81).

⁵ Souza (1994, p. 116).

⁶ Villey (2007, p. 45).

⁷ Villey (2007, p. 38-39).

⁸ Villey (2007, p. 47).

A ideia dos “direitos humanos” é incompatível com a descrição realista que os Éticos propõem do direito. Se o direito é coisa, ou parte da coisa, ele não se confunde com uma “liberdade”; quando muito a “parte” de cada um sempre constitui uma mescla de ativo e de passivo; todas as vezes que um cidadão se vê atribuir uma propriedade, ele arca também com seus ônus.

Além disso, os direitos humanos não conseguem promover uma partilha proporcional. Para Villey⁹ os “[...] direitos humanos prometem a todos, identicamente, a liberdade e o respeito da dignidade. Mas nem a liberdade nem a dignidade estão no número dos bens exteriores partilhados; não oferecem matéria ao direito.”

O legado grego é apropriado pelos romanos, a partir do conceito de pólis e, com isso, a palavra latina “*civitas*” passa a ser empregada para denominar cidade e, desse modo, decorre a origem da palavra cidadania. *Cidadania* era a palavra que os romanos utilizavam para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer.

Com efeito, é certo que a oligarquia romana sempre se pautou, no entanto, por escândalos, homicídios, traições, corrupção, e bastante decadente, se comparada ao modelo ateniense. Todavia, como observa Funari,¹⁰ “[...] os romanos tinham um conceito de cidadania muito fluido, aberto, aproximando-se do conceito moderno de forma decisiva.”

Da mesma maneira, os romanos seguem a abordagem grega de justiça, mas a transformam em um sistema jurídico próprio, sendo certo, porém, que para eles justiça e direito possuem a mesma raiz semântica latina (*justitia* e *jus*). *Jus*, nesta concepção, significava tanto algo lícito quanto ilícito, que se buscava em uma disputa, ou seja, a justa parte cabível a um cidadão em relação aos outros; a proporção de coisas externas, que levam ao resultado justo da distribuição.

De acordo com Douzinas,¹¹ os conceitos de justiça formulados por Aristóteles “[...] sobreviveram e prosperaram em Roma, em que as ideias estoicas de Direito Natural, simplificadas e transformadas por Cícero, foram também aplicadas pela primeira vez.”

De fato, Cícero, que era advogado, após um período de guerras civis e da ditadura de Julio Cesar, auxilia no retorno do governo republicano tradicional e, mais tarde, por volta de 66 a.C. passa a racionalizar o Direito Romano, a fim de que essas normas fossem dotadas de universalidade. Nesse sentido, Bloch¹² afirma que foi Cícero “*quien reelaboró filosóficamente de esta manera a ley positiva, transmitiendo así de modo inteligible a los siglos siguientes el Derecho natural estoico.*”

Com isso, Cícero distorceu a concepção estoica de direito natural para promover construções jurídicas que sustentassem a ideologia de império romano que

⁹ Villey (2007, p. 47).

¹⁰ Funari (2003, p. 76).

¹¹ Douzinas (2009, p. 63).

¹² Bloch (2011, p. 32).

surgirá em 27 a.C., pouco depois da sua morte. Bloch¹³ complementa seu pensamento afirmando que “*todas las leyes deberían estar referidas a leyes generales humanas, divinas, o, al menos, ser acercadas a ellas lo más posible.*”

A lei natural tem sua origem em Deus e os homens possuem a capacidade de compreendê-la pela razão, observando a sua natureza e o seu estado. Assim, Jaucourt¹⁴ observa que o Direito Natural “[...] é o sistema destas mesmas leis, e a jurisprudência natural é a arte de explicar as leis da natureza e de aplicá-las às ações humanas.”

Vê-se, assim, que Cícero transforma o Direito Natural, que era uma utopia jurídica, em Direito positivado, mediante uma formulação lógica que pode ser transposta de um Direito local para um Direito das Gentes (*ius gentium*), capaz de resolver questões de ordem econômica, política e mercantil comum a todas as nações. Assim, o Direito Natural se converte em Direito do Império com base utilitária e individualista.

Por fim, podemos concluir que a discussão sobre Direitos Humanos não possui raízes na civilização grega, muito menos a partir do direito romano.

2.2 A IDADE MÉDIA E O DIREITO NATURAL

Na sequência histórica, já na Idade Média, tem-se um período de grande efervescência no âmbito econômico, político e na organização da sociedade. Trata-se de um momento histórico no qual o cristianismo avança seus domínios, estabelecendo um período de fé e razão, em que a política assume um papel secundário para a maioria da população, havendo aqui o ressurgimento do Direito Natural de origem cristã, por meio de um sistema que entrelaça o estoicismo e a jurisprudência romana. Esse período que inicia no século IV e se estende até o século XV consolida a hegemonia do pensamento defendido pela Igreja Católica.

Paulatinamente, com a decadência do Império Romano e a ocorrência das invasões bárbaras, as estruturas sociais passam por alterações, o que possibilita o aparecimento do feudalismo, organização social fundada por meio de contratos de servidão, que predomina por toda a Europa. Com isso os nobres romanos se afastam das cidades e procuram os campos, levando consigo os camponeses e estabelecendo uma relação de senhor e vassalo.

O predomínio de uma economia eminentemente agrária, com baixa circulação monetária e autossuficiente, restringe a propriedade feudal a uma pequena camada privilegiada, composta pelos senhores feudais, o clero (o alto escalão da Igreja) e alguns chefes tribais germânicos.

Dentro desse cenário, o conceito de cidadania forjado na Grécia antiga e, depois, apropriado, em parte pelos romanos, é esvaziado. Como registra Hoornaert,¹⁵

¹³ Bloch (2011, p. 45).

¹⁴ Jaucourt (2006, p. 197).

¹⁵ Hoornaert (2003, p. 85).

o direito romano aceitava com naturalidade a escravidão eis que, “[...] nada mais natural do que ver o escravo labutar a terra. Seu gesto é um gesto da própria natureza. O cidadão, no ócio da propriedade; os escravos, no negócio do trabalho.”

Essa visão se acentua durante a Idade Média, pois os servos são obrigados a pagar uma série de tributos e impostos, tais como a corveia, talha, banalidade, censo, dízimo, taxa de justiça, além de outras formas.

No entanto, aos poucos, muitas cidades europeias da época tornaram-se livres desse modelo de relações servis e do predomínio dos nobres. Tais cidades chamadas de burgos têm os seus habitantes (os “burgueses”) apoiados por reis que desejam restabelecer os seus domínios e, com frequência, estabelecem conflitos com os nobres.

O crescimento da burguesia, dos Vilões (homens livres com propriedades menores) e o surgimento das Cruzadas (movimentos militares de inspiração cristã) que visava ao domínio de terras que estavam sob o poder dos turcos muçulmanos, bem como a aliança entre a burguesia e o rei determinam a centralização do Estado. Essa mudança incentivou a vida urbana e o comércio, decretando, por fim, a queda do feudalismo.

Para se compreender o Direito Natural na Idade Média é necessário ter claro que as *Éticas Religiosas* se caracterizam por serem sistemas de valores que procuravam em uma divindade (Deus ou deuses) o motivo maior de suas ações e decisões. Estabeleciam, assim, uma relação inseparável entre ética e religião.

Desse período destacam-se as ideias de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, considerados os maiores expoentes do período patrístico.

Santo Agostinho (Tagasta, 354-Hipona, 430) será o pensador de maior expressão no período denominado de filosofia metafísica cristã. Agostinho se inspira em Platão e promove o caráter especulativo da patrística grega com o caráter prático da patrística latina e lança-se a refletir os problemas práticos e morais: o mal, a liberdade, a graça e a predestinação.

Agostinho não possui uma obra específica sobre Ética. Para ele, segundo Iskander e Oliveira,¹⁶ “[...] os padrões éticos estão ligados a um uso correto dos bens terrenos em busca da fruição (do gozo) das coisas celestes. Em outras palavras, devemos utilizar (*uti*) os bens materiais, na medida em que nos alimentam na caminhada rumo à suprema felicidade que está em Deus e a qual devemos gozar (*frui*) plenamente.”

A sua reflexão, porém, acentua o *problema gnosiológico*, que é por ele resolvido com a superação do ceticismo acadêmico, mediante o iluminismo platônico. Dessa forma, ele introduz a conquista de uma certeza, ou seja, a certeza da própria existência espiritual e, com ela, surge uma verdade superior, imutável, condição e origem de toda verdade particular. Para Agostinho tanto os sentidos quanto como o intelecto são fontes de conhecimento. Contudo, para o conhecimento intelectual seria necessário uma luz espiritual, proveniente de Deus. Com isso, ele transfere para

¹⁶ Iskander e Oliveira (2009, p. 45).

as ideias platônicas a Verdade de Deus e o Verbo de Deus. Enfim, para que se realize o conhecimento intelectual humano e as forças naturais do espírito é mister uma particular e direta iluminação de Deus.

Dessa forma, Agostinho constrói uma Metafísica na qual a existência *de Deus* é provada, fundamentalmente, *a priori*; no espírito humano há uma presença particular de Deus. Entretanto, Agostinho não nega as provas *a posteriori* da existência de Deus, em especial quando sustenta a mudança e a imperfeição de todas as coisas. Portanto, Deus é um poder racional infinito, eterno, imutável, simples, espírito, pessoa, consciência, conceitos estes excluídos pelo platonismo. Deus é ainda ser, saber, amor e é concebido exatamente como livre criador.

Constata-se, dessa maneira, que no pensamento clássico grego existe um dualismo metafísico, enquanto no pensamento cristão-agostiniano este dualismo é moral, decorrente do pecado dos espíritos livres, insurgidos orgulhosamente contra Deus e, portanto, preferindo o mundo a Deus.

De outro lado, o problema do mal sempre foi uma grande preocupação para Agostinho, desde a época do seu contato com os maniqueus.

O mal é, metafisicamente, negação, privação; moralmente, porém, há uma realidade na vontade má, aberrante de Deus. Contudo, a vontade é livre, e pode querer o mal, eis que um ser limitado pode agir de maneira desordenada, imoral ou contra a vontade de Deus. Mas a sua ação viciosa não é uma causa eficiente, pois o mal não tem realidade metafísica. Diante disso, a vontade humana é impotente sem a graça, uma vez que esta permite, pois, a conciliação entre a causalidade absoluta de Deus e o livre arbítrio do homem.

Agostinho divide o amor em duas partes: aquele voltado para as criaturas (as coisas materiais) e aquele que leva a Deus (reto e justo).

A pessoa que somente pratica o amor em relação às coisas materiais está em pecado, pois pratica a idolatria. Assim, a sua máxima se expressa como “Amar a Deus e usar equilibradamente as coisas materiais”. A partir destes conceitos Agostinho divide a *Cidade dos Homens* e a *Cidade de Deus*; esta divisão leva ao amor de si e ao desprezo de Deus. É o livre-arbítrio humano que leva à escolha por uma ou por outra opção. Optar pelo plano da cidade dos homens é amar a si próprio e às coisas terrenas, o que leva a uma constantemente discórdia.

O amor de Agostinho está refletido “a partir de um contraste fundamental entre a *caritas* e a *cupiditas*.” O primeiro visa ao bem comum e o segundo é movido pelo desejo de posse e de poder. Assim, “[...] distinção entre a cidade celestial entre a cidade terrena: a primeira baseada na *caritas* e a segunda na *cupiditas*.”¹⁷

¹⁷ Iskander e Oliveira (2009, p. 47).

Além disso, a avareza é *a raiz de todos os males*. Como explicam Iskander e Oliveira,¹⁸ “Avareza e orgulho são compreendidos como formas de deturpação do amor por representarem desejos de posse e de amor exagerados às coisas terrenas. Por isso, ela é a causa da própria preeminência e do amor às próprias possessões.”

Os contrapontos da avareza e do orgulho são a humildade e a caridade, cabendo ao homem decidir qual o caminho seguir. O mal surge em uma natureza contrária a Deus, ou seja, não há mal em si, apenas uma ausência de bem, e ele nasce da negação de Deus, que é o Ser supremo. Portanto, aproximar-se do mal, é o não ser.

Para Agostinho, a solução encontrada foi a sua libertação e a descoberta filosófico-teológica. Com isso, ele nega a realidade metafísica do mal, que não é ser, mas privação de ser, ou seja, uma obscuridade ou ausência de luz. O mal dentro da moralidade entrou no mundo humano pelo pecado original e, com isso, a humanidade é punida com o sofrimento físico e moral, além de perder os dons gratuitos de Deus. Enfim, para a doutrina agostiniana: o mal é a privação de bem (de ser); este bem pode ser não devido (mal metafísico) ou devido (mal físico e moral) a uma determinada natureza. É, pois, com o bem devido que nasce o verdadeiro problema do mal e a solução encontrada para o mal físico ou moral, parte da relação entre o pecado original e a redenção.

De outro lado, São Tomás de Aquino (1227-1274) é a expressão maior do período medieval. Nascido no sul da Itália, filho de uma nobre família de duques de Bollstädt, desde cedo ingressa para a ordem Dominicana. Adquire fama e notoriedade por ter cristianizado Aristóteles, à semelhança do que fez Agostinho com Platão.

Tomás de Aquino desenvolve um pensamento padrão aceitável pela igreja católica para a compreensão das obras de Aristóteles, harmonizando-as com a Bíblia. Além disso, sofre a influência dos padres da Igreja, Boécio e dos árabes e judeus. Foi professor e lecionou na Universidade de Paris, onde escreve comentários sobre a Sagrada Escritura. Ele demonstra que não há conflito entre a fé e a razão.

Para Tomás de Aquino o conhecimento verdadeiro é uma somatória da inteligência com o objeto a ser inteligido em si. Deus é a causa de tudo, mas ele não age diretamente nos fatos de sua criação. No entanto, a providência existe e governa o mundo, pois Ele é absoluto e necessário e a felicidade do homem somente pode ser encontrada na contemplação da verdade.

De outro lado, o conhecimento obedece a vários graus de abstração cujo objetivo é conhecer a imaterialidade. O primeiro esforço da existência abstrativa consiste em considerar as coisas independentemente dos sentidos e da noção que tiramos dele. O segundo, consiste em considerar as coisas independentes das qualidades sensíveis. No terceiro esforço é considerar as coisas independentes do seu valor material. Assim, atinge-se o objeto metafísico, que é imaterial, espiritual.

¹⁸ Iskander e Oliveira (2009, p. 48).

Percebe-se que Tomás de Aquino segue a lógica aristotélica, que é empírica e racional, sem inatismos e iluminações divinas. Dessa forma, o conhecimento humano tem dois momentos, sensível e intelectual, e o segundo pressupõe o primeiro. O conhecimento sensível do objeto é externo (está fora de nós) e realiza-se mediante a espécie *sensível* (a impressão, a imagem, a forma do objeto material na alma), assim, por exemplo, a cor do ouro é percebida pelo olho, sem a materialidade do ouro.

O conhecimento intelectual depende do conhecimento sensível, mas o transcende. O intelecto vê a natureza das coisas de forma mais profunda do que os sentidos, sobre os quais exerce a sua atividade. O inteligível é o universal e a essência das coisas é contida apenas implicitamente, potencialmente. O sensível permite que se represente o objeto material na sua individualidade, temporalidade, espacialidade, etc., mas sem a matéria. No entanto, para que tal objeto seja inteligível e se torne explícito, atual, é necessário extraí-lo, abstraí-lo, desindividualizá-lo das condições materiais. Assim, o inteligível é contido apenas potencialmente no sensível; é mister um *intelecto agente* que abstraia, desmaterialize, desindividualize o inteligível ou a representação sensível.

Já o conceito tomista de verdade é harmonizado uma concepção realista do mundo e justificado experimental e racionalmente. A verdade lógica não é encontrada nas coisas ou no intelecto, mas na adequação entre a coisa e o intelecto: *veritas est adaequatio speculativa mentis et rei*. O sinal pelo qual a verdade se manifesta em nossa mente é a evidência. De outro lado, os conhecimentos não são evidentes, intuitivos, tornam-se verdadeiros e evidentes mediante a demonstração.

Enfim, todos os conhecimentos sensíveis são evidentes, intuitivos, e todos os conhecimentos sensíveis são, por si, verdadeiros. Os erros dos sentidos são falsas interpretações dos dados sensíveis, devidas ao intelecto.

A metafísica tomista, por sua vez, divide-se em geral e especial. A metafísica geral – ou *ontologia* – tem como objeto o ser em geral e as atribuições e leis relativas. A metafísica especial estuda o ser em suas grandes especificações: Deus, o espírito, o mundo. Com isso tem-se a *teologia* racional, que se distingue da teologia revelada.

O princípio básico da *ontologia* tomista é a especificação do ser em potência e ato. *Ato* significa realidade, perfeição; *potência* quer dizer não realidade, imperfeição. Não significa, porém, irrealidade absoluta, mas imperfeição relativa de mente e capacidade de conseguir uma determinada perfeição, capacidade de concretizar-se. A passagem da potência ao ato é o *vir-a-ser*, que depende do ser que é ato puro; este não muda e faz com que tudo exista e venha-a-ser. Opõe-se ao ato puro a potência pura que, de *per si*, naturalmente é irreal, é nada, mas pode tornar-se todas as coisas, e chama-se matéria.

De acordo com Ferreira,¹⁹ Tomás de Aquino buscava “assegurar um critério de legitimidade para a ordenação prática do mundo – em especial para com o papel que ocupa a *ratio humana*.”

¹⁹Ferreira (2009, p. 59).

Para Tomás de Aquino a racionalidade justifica e legitima um *modus vivendi*. Ele busca um espaço universal que pertença ao gênero humano.

É neste sentido que surge a *Lei natural*, ou seja, “[...] um princípio que pode ser compreendido pela razão humana e que confira legitimidade para as nossas ações.”²⁰

Tomás de Aquino não desconhece, continua Ferreira²¹ “[...] o princípio das normas positivadas, mas o cerne da questão é anterior a isso e recai sobre a existência de um princípio que nos teria sido dado juntamente com a condição humana.” Assim, Tomás de Aquino chega à conclusão que Deus é o princípio primeiro de todas as coisas, tal qual Aristóteles, que sustentava a necessidade da existência de um primeiro motor.

Diante de tudo isso, o conhecimento da natureza humana é fundamental para a compreensão da ética tomista e, a par da graça, o homem deve voltar-se para si próprio, a fim de entender a condição humana, inclusive no contexto político.

Percebe-se que a Igreja, agora como poder organizado, passa a disputar com os imperadores um lugar de destaque na exploração e na dominação da sociedade.

O papel de Tomás de Aquino nesta sistematização, seguindo os passos de Aristóteles, promove uma distinção entre lei eterna, lei natural, lei divina e lei humana. A lei natural é clara, irrefutável, simples, não elaborada por normas e cânones, não possui forma rígida ou fixa; a lei divina elaborada por Deus e expressa pelos dez mandamentos também tem validade universal e é grafada na consciência humana.

Assim, Tomás de Aquino equipara o Decálogo ao Direito Natural. Para Bloch,²² ao agir assim, Tomás de Aquino “*ha hecho del Decálogo técnica-racionalmente un canon del Derecho Positivo; todo ello, en el espíritu, por así decirlo, de un patriarcalismo pró-evangélico,*” e o Direito Natural é absorvido pela teologia e pelo positivismo.

O fim do feudalismo leva à formação dos Estados nacionais, mas com uma sociedade dividida em estamentos nítidos e demarcados: nobreza, clero e povo. O poder retorna para as mãos do rei, cuja autoridade era exercida sob um território demarcado e reconhecida como legal pelo povo. Estes Estados ainda apresentavam a língua, a cultura e as ideais comuns na sua formação.

2.3 DIREITO NATURAL E A IDADE MODERNA

Com a Idade Moderna, surge uma nova forma de se conceber o Estado, levando-se em consideração o modelo de organização que o poder político estava centrado nas mãos de um único indivíduo, na crítica à autoridade papal, na ascensão da classe burguesa e no florescer do capitalismo. O Estado Moderno passa então por

²⁰ Ferreira (2009, p. 60).

²¹ Ferreira (2009, p. 60).

²² Bloch (2011, p. 90).

vários estágios, consoante o momento histórico no qual o mundo se encontrava. Desse modo, podem se enquadrar entre as formas de Estado Moderno: Estado Estamental, Estado Absoluto (presença da monarquia absoluta e regras apenas limitadas pelo Direito Natural) e Estado de Direito, no qual nasce a ideia de soberania popular, nascimento das constituições escritas, reconhecimento dos direitos fundamentais e da separação dos poderes, Estado absenteísta.

Vale lembrar que o termo “Estado”, em latim, era designado pela palavra *Status* e possuía a significação de situação, condição, bem diferente da acepção atual. Os romanos se aproximaram do atual conceito de Estado, utilizando a terminologia *status rei publicae* ou ordem permanente da coisa pública.

Contudo, a semente da cidadania e soberania plantadas por Bodin ganha força, corpo e estrutura com Hobbes (1588–1679), que inicialmente, em o *Leviatã*, enfatiza que a definição do Estado se apresenta como um *homem artificial*, separado e distinto da pessoa do governante e dos governados, formulando a origem da ideia de representação política.

Hobbes entende que todo e qualquer homem têm o poder de usar todos os instrumentos que estiverem ao seu alcance para conservar a vida. Nesse sentido, Direito equivale a poder, ou seja, a liberdade de usar os instrumentos para proteger a vida. A lei natural, por sua vez, é a obrigação que todos os homens possuem de conservar a vida. Por quê? Porque o poder da vida pertence a Deus e, aos homens, cabe a obrigação de conservar a vida.

O Direito Civil, então, visa garantir a vida e a paz. Assim, entrega-se à autoridade civil o direito natural (a liberdade), a fim de se garantir a conservação da vida.

Tem-se, portanto, um pacto entre o soberano e os subordinados, cria-se, pois a *Common Law* (direito comum) fundado em decisões dos tribunais, não mediante atos do poder legislativo ou executivo, bem como a figura do Estado e o conceito de Soberania.

Para Delacamogne,²³ o estado de natureza para Hobbes se resume “a um estado de guerra permanente e interminável, uma guerra apresentada (*Leviatã*, Livro I, cap. 13) como ‘uma guerra de todos contra todos’ (*a war of every man against every man*);” e como é impossível se viver permanentemente neste estado que se revela na fórmula do *homo homini lupus* (o homem é o lobo do homem) é que os homens estabelecem o contrato ou uma convenção e cria-se a relação Soberano/Súdito.

O contrato para Hobbes é um ato voluntário, dotado de reciprocidade no qual a vontade individual, a partir da razão (ordem demonstrativa instituidora da linguagem) nos obriga sempre a buscar a paz.

Hobbes, na condição de teórico da filosofia do direito, aprofunda a discussão sobre cidadania em sua obra *De Cive* (*Do Cidadão* de 1642), na qual tratou

²³ Delacamogne (2001, p. 94).

das questões da Filosofia Política e apresentou algo original, eis que tais questões passaram a ser tratadas de forma científica. Nesta obra, Hobbes expõe a ciência política comparando-a à geometria euclidiana. Promove uma crítica a Aristóteles, que acreditava que os homens são talhados para a vida política. No seu entender, porém, os homens não são voltados naturalmente para a vida política, pois eles pensam demasiadamente em si mesmos, preocupam-se com o presente e não conseguem prever o resultado de suas ações. Tudo isso gera o conflito que pode ir das difamações individuais às formas de violência.

Hobbes fundamenta sua concepção monarquista do poder político à medida que a legitimidade do monarca está na vontade do povo, fonte de sua soberania, e não na vontade de todos os cidadãos, que ele chama de simples habitantes da cidade, multidão, sem o necessário compromisso com a autoridade do rei e os destinos da nação. Dessa maneira, Hobbes sustenta que a Igreja e o Estado compõem um único corpo e o monarca possui o poder absoluto, o qual emana de um contrato social celebrado entre este e seus súditos, sendo, portanto, livre tanto para legislar quanto para interpretar as Sagradas Escrituras de acordo com tal legislação.

Ademais, estabelece as leis relativas ao contrato social e as próprias leis da natureza. Fundamenta a tradição da lei civil tanto no direito romano, a partir da Lei das 12 tábuas, quanto na lei mosaica da Torá judaica. Assim, Hobbes será o primeiro pensador político a falar sobre os perigos de deterioração das três formas de governo: a monarquia, que pode se transformar em tirania, a aristocracia, que pode passar a ser uma oligarquia e a democracia, que pode se deturpar para anarquia ou demagogia.

Com isso Hobbes, antes de Montesquieu, já vislumbra as tendências monárquica, oligárquica e demagógica, respectivamente dos poderes executivo, judiciário e legislativo. Dessa forma, cabe à monarquia com a força da espada, dos exércitos e da segurança dos cidadãos, como última palavra sobre a guerra. A aristocracia judiciária cabe promover a paz pela arbitragem dos conflitos, quebra de contratos e transgressões legais. Já as assembleias legislativas são responsáveis pela administração dos governos que é essencialmente a gestão da economia, a arrecadação dos impostos e a destinação das riquezas.

Finalmente, vale observar que Hobbes inaugura o iluminismo na filosofia inglesa, pois, apesar de fundamentar a lei civil à lei natural ditada pelas religiões da tradição judaico-cristã, não subordina o poder monárquico ao direito divino dos reis, mas sim na soberania do povo pela manutenção consentida do contrato social. Eis que mediante a introdução de um método científico Hobbes explica que a submissão voluntária do súdito o transforma em cidadão, com uma série de direitos em relação ao Estado, o qual passa a ter a obrigação de conservar a vida. Tem-se, assim, um *acordo de resignação*, no qual se transfere a conservação da vida para outro Ser, mediante a consolidação de um contrato. Com isso, Hobbes, tal como Maquiavel, considerava o homem essencialmente

mau e o contrato estabelecido entre os governados e o soberano teria a capacidade de redimir o surgimento da criatura má e assegurar os direitos dos cidadãos.

Contudo, a concentração de poder nas mãos do soberano passou a representar uma imensa ameaça aos súditos, tão elevada quanto a convivência no estado de natureza. Em razão desse fato é que no século XVII, o filósofo inglês Locke (1632 – 1704), pretendeu dar uma resposta a Hobbes, passando a reexaminar o estado de natureza.

Em seu *Ensaio acerca do Entendimento Humano*, de 1690, ele desenvolve sua teoria sobre a origem e a natureza de nossos conhecimentos. Enfatiza que todos os homens, ao nascerem, possuem direitos naturais: direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Esses direitos naturais deveriam ser garantidos pelos governos. Entretanto, o povo poderia se voltar contra tais governos se tais direitos não fossem respeitados, bem como contestar a existência de governos injustos, cujas decisões não deveriam ser acatadas. Conclui, assim, que o homem não era uma criatura tão má, com necessidade de controle rígido de um governo, eis que o homem dotado de racionalidade poderia manter o convívio pacífico com seu semelhante mesmo no estado de natureza. Na sua visão o papel do governante não era o de controlar os cidadãos, mas garantir os seus direitos naturais (vida, liberdade e propriedade).

Locke dedicou-se também à filosofia política, em especial nas obras *Primeiro tratado sobre o governo civil* e *Segundo tratado sobre o governo civil*, ambas datadas de 1690. Na primeira obra promove uma crítica ao direito divino dos reis, salientando que a vida política é invenção humana diversa e independente das questões divinas e na segunda obra apresenta a sua teoria do Estado liberal e da propriedade privada.

A visão de Locke será retomada no século seguinte por Jean-Jacques Rousseau (1712–1778), cuja preocupação ao elaborar o *Discurso sobre a desigualdade* (1753) foi a de demonstrar como o *direito natural* foi submetido à *lei civil* e que este tem como fundamento a violência legitimada, pois o povo iludido entrega aos ricos, poderosos e senhores parte de sua liberdade em troca de uma suposta segurança.

Na verdade esta questão tem seu início com uma proposta lançada por um concurso de Moral promovido pela *Academia de Dijon* em 1753. A pergunta fundamental era a seguinte: Qual é a fonte da desigualdade entre os homens? Ela é autorizada pela lei natural?

Esta pergunta leva Rousseau à reflexão acerca da origem da desigualdade. Visa-se, pois, descobrir qual a sua gênese nas relações sociais e em certo momento da história humana.

De fato, Rousseau no Prefácio do *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* revela que a constituição do homem e a sua degeneração na sociedade dependem do entendimento do *estado de natureza* e para entender a origem da desigualdade, necessário se faz entender a origem do homem.

Assim, perguntar pela origem da desigualdade é indagar a respeito da origem do homem. Trata-se, pois, de uma discussão sobre jusnaturalismo que se refere à origem do homem a partir do *estado de natureza*.

Dessa forma, perguntar se a desigualdade é autorizada pela lei natural implica buscar estabelecer características comuns aos homens, que estariam presentes em todas as raças humanas, por pertencerem ao seu ser e à sua natureza. No *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, Rousseau pretende responder estas questões. Para isso, ele parte do pressuposto que a natureza dos homens se perdeu ao longo do tempo e encontra-se obscurecida pelas abstrações sociais e a vida civilizada.

Nesta linha de pensar, Rousseau concebe dois tipos de desigualdade existentes na humanidade: uma natural ou física, fruto da natureza, decorrente da diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma, e a outra intitulada de desigualdade moral ou política, que se apresenta como uma espécie de convenção e que é estabelecida ou, ao menos, autorizada pelo consentimento dos homens.

Todavia, a origem do homem não se confunde com a origem da desigualdade, eis que não há duas origens do homem como há duas origens da desigualdade, não há um homem que se origina da natureza e outro, da sociedade.

Em Rousseau, a natureza é anterior à sociedade, logo, apenas há originariamente um homem, o homem natural, o qual pode degenerar para se tornar o homem civil, sem deixar de ser homem.

A desigualdade, por sua vez, pode ser natural (quando relacionada com o homem originário), ou civil (quando o homem está degenerado em sociedade).

Portanto, tem-se que só há um homem e duas desigualdades: uma própria do gênero humano que Rousseau denomina de natural e a outra, fruto da convenção social, que o filósofo denomina de desigualdade moral ou política.

Ademais, a desigualdade natural ou física, uma vez estabelecida pela natureza, não pode ser anulada ou transformada, ao passo que a desigualdade moral ou política, enquanto decorrente de convenção, pode ser anulada e transformada. Assim, a incumbência do *Discurso sobre a desigualdade* é denunciar as mazelas da desigualdade política desde sua origem, enquanto a tarefa do *Contrato* é eliminar essa desigualdade a partir de uma nova ordem civil.

Para Rousseau, a essência do homem está em seu estado primitivo, tal como o moldou a natureza. Com isso, percebe-se que o objeto de estudo de Rousseau é o estudo do homem e para identificar a sua natureza essencial deve-se buscar a identificação e construção de um estado primitivo hipotético.

Neste sentido, ele elabora a ideia do *bom selvagem* (termo este cunhado pelos iluministas, mas jamais usado por Rousseau) que contrasta à figura do homem civilizado, bem como desenvolve conceitos de Estado de Natureza e de Direito Natural.

Com efeito, no prefácio do *Discurso sobre a desigualdade*, Rousseau²⁴ revela uma interessante indicação sobre o *estado de natureza*, ao observar que “[...] um estado que não mais existe que talvez nunca tenha existido, que possivelmente nem existirá, e sobre o qual se tem, contudo, a necessidade de alcançar noções exatas para bem julgar de nosso estado presente.”

Esse pensamento já permite verificar a sua preocupação com o jusnaturalismo ao colocar o homem em um estado natural racional pré-social, com o objetivo de examinar os problemas sociais de sua época.

Além disso, tem-se que a igualdade é comum aos homens a partir da sua natureza e o principal fundamento para o conceito de liberdade. Neste sentido, Jaucourt²⁵ explica que “[...] a igualdade natural ou moral é, pois, fundada sobre a constituição da natureza humana, comum a todos os homens, que nascem, crescem, subsistem e morrem da mesma maneira.”

Percebe-se, pois, que o cerne da preocupação de Rousseau na elaboração do *Discurso sobre a desigualdade* é de demonstrar como o *direito natural* foi submetido à *lei civil* e que este tem como fundamento a violência legitimada, pois o povo iludido entrega aos ricos, poderosos e senhores parte de sua liberdade em troca de uma suposta segurança.

Enfim, para combater as hierarquias existentes na sociedade é que Rousseau cria então a teoria do *estado de natureza*. Esse conceito, no entanto, já fora tratado por outros pensadores, como Thomas Hobbes e Hugo Grotius, criador do direito natural.

Porém, Rousseau lhe dará uma ótica bastante original, valendo-se de várias fontes em seus estudos sobre política, como Platão, Aristóteles, Spinoza, Montesquieu, Grotius, Puffendorf, Hobbes e Locke. Como destaca Fortes:²⁶

Rousseau trabalhou segundo um esquema dicotômico – estado de natureza ou estado de sociedade – que o aproximou muito dos filósofos políticos do que dos metafísicos. Ele se aproximou de Hobbes e dos juristas da Escola de Direito Natural (Hugo Grotius, Samuel Puffendorf, Barbeyrac, Burlamaqui, Wolff) o filósofo pretendeu imaginar como seria o homem antes da passagem para a vida em sociedade, para saber distinguir entre aquilo que ele deve a seu próprio fundo primitivo e natural, e aquilo que ele recebeu artificialmente ou deve ao livre – e, portanto, falível uso das suas faculdades.

No século XVIII, os viajantes já haviam relatado e difundido os costumes dos povos semisselvagens das Américas e da África. Porém, estes povos não representam o *estado puro de natureza* contemplado pela teoria rousseauiana. O estudo dos costumes destes povos indígenas e africanos, no entanto, auxiliou-o

²⁴Rousseau (1983a, p. 229).

²⁵Jaucourt (2006b, p. 195).

²⁶Fortes (1989, p. 39).

a elaborar a sua teoria. Em especial, a força e independência de tais povos. Mas, mesmo esses povos estavam distantes da ideia de *estado de natureza*. De fato, para Rousseau o mínimo traço de civilização, sociabilidade, graus de hierarquia, artefatos, é indispensável no *estado de natureza*.

O ponto de partida para a localização do *estado de natureza* é a formulação de uma pergunta fundamental: A natureza do homem se perdeu no tempo ou há como identificá-la no homem contemporâneo, desvelando a civilidade?

Rousseau conclui primeiro, ao contrário de Hobbes, que a natureza humana é boa por reflexão e revelação, observando o mundo à sua volta. Em seu raciocínio hipotético não busca provas científicas de que as coisas seriam da maneira descrita, pois crê ter entendido a natureza humana e sua *intenção*, que é proveniente do fundo do coração (sensibilidade moral).

Ademais, no seu entender, a visão de mundo do homem é culturalmente determinada e seus instrumentos para conhecer o mundo não são provenientes dos instintos, mas são racionais, ensinados. Dessa forma, o homem perdeu a sua ligação com as forças telúricas e aspirações animais, instintivas que ele não sabe a verdade sobre si mesmo. O homem esqueceu-se da máxima do Templo de Delphos – “Conhece-te a ti mesmo”.

De outro lado, as noções de liberdade natural e de liberdade civil são fundamentais para a compreensão dos conceitos de propriedade e contrato apresentados por Rousseau. Assim, a liberdade natural no homem consiste em um “[...] direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar.”²⁷ Não podemos entender a liberdade natural como um direito que o homem pode usar para dominar os outros. Em Rousseau isso é praticamente impossível, porque até o rico e o senhor, na proporção em que dominam os outros, passam a ser tão escravos quanto estes. O homem não é livre para dominar, ele domina porque depende do outro.

Da mesma forma que o homem não é livre para dominar, também não é livre para obedecer. O homem que entrega a sua liberdade para ser escravo é um louco, e a loucura não faz o direito. E o que faz o homem optar pela escravidão? Rousseau é categórico na sua explicação: a obediência é fruto do *direito do mais forte*. Quando a questão é força, não há possibilidade de se extrair a moralidade, porque a força é um poder físico: “Ora, que direito é esse que perece quando cessa a força?” – pergunta Rousseau.²⁸

E é efetivamente em nome do direito do mais forte que um homem acha que pode aviltar a propriedade do outro, tomando posse de uma coisa que não é sua, legitimando a força que pretensamente faz o direito. Como evitar tamanha injustiça que ameaça a liberdade e a igualdade? A liberdade natural está ameaçada pela força e pela dominação. Ela “só conhece limites nas forças do indivíduo”.²⁹

²⁷ Rousseau (1983b, p. 36).

²⁸ Rousseau (1983b, p. 36).

²⁹ Rousseau (1983b, p. 36).

Por esse motivo a liberdade natural é infensa à coerção. Como a propriedade não pode desaparecer do estado civil é preciso que haja novas leis que garantam o uso da propriedade para assegurar a inviolabilidade da liberdade. Essa liberdade terá um novo adjetivo: liberdade civil.

O homem perde, segundo o *Contrato Social*, conforme já enfatizado, a liberdade natural ou “o direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar”, e ganha a liberdade civil “e a propriedade de tudo que possui”.³⁰

Nesse particular, Cassier³¹ salienta que o *Contrato Social* de Rousseau, publicado em 1792, objetiva assegurar regras fundamentais, pois:

Enquanto os súditos que se unem pelo contrato continuam, a despeito dessa união, existindo como vontades individuais – enquanto é sempre um individualmente, quem pactua com o outro, ou os indivíduos instalam um soberano e submetem-se a ele como uma pessoa privada –, nenhuma unidade autêntica e verdadeira foi realizada. Essa unidade jamais será alcançada pela coerção, é na liberdade que ela deve alicerçar-se. Na verdade, a liberdade não exclui de maneira nenhuma a submissão; ela não significa arbitrariedade, mas, pelo contrário, estrita necessidade de ação.

Assim, para que haja um contrato social genuíno, é necessário a cada indivíduo *alienar* sua liberdade natural para ingressar na nova ordem civil, formando uma *vontade geral* que garanta a condição de igualdade para todos. Uma vez estabelecida a vontade geral, está estabelecido o verdadeiro *Direito*. A lei é feita pelo povo, ao mesmo tempo que o próprio povo se submete a ela. O *Direito* deve então ter como objetivo a utilidade pública e o bem-estar dos cidadãos.

Na questão da propriedade, tanto o direito do primeiro ocupante (o mais legítimo) quanto o pretense direito do mais forte devem se submeter ao julgamento do *Direito de propriedade* advindo da associação civil que forma a vontade geral.

Rousseau³² descreve as condições do direito do primeiro ocupante: primeiro, exige-se que o terreno não esteja ainda habitado por ninguém; segundo, que dele só se ocupe a porção de que se tem necessidade para subsistir; terceiro, que dele se tome posse não por uma cerimônia vã, mas pelo trabalho e pela cultura, únicos sinais de propriedade que devem ser respeitados pelos outros, na ausência de títulos jurídicos.

Dessa forma, a liberdade e a igualdade civil estão asseguradas devido às leis advindas da vontade geral que soberanamente garante à propriedade o princípio da inviolabilidade na nova associação civil. Desse modo, Rousseau parece garantir a liberdade e a igualdade em uma nova ordem civil, preservando a propriedade mediante um novo direito de propriedade.

³⁰ Rousseau (1983b, p. 36).

³¹ Cassier (1992, p. 346).

³² Rousseau (1983a, p. 38).

De fato, no *Contrato Social* não há a necessidade de reconstruir a história da humanidade ou da legitimação da servidão tal como Rousseau fez no *Discurso sobre a desigualdade*; agora se busca o pacto legítimo para restituir a liberdade natural perdida e, como observa Nascimento.³⁵

O exercício da vontade geral através de representantes significa uma sobreposição de vontades. Ninguém pode querer por outro. Quando isto ocorre, a vontade de quem a delegou não mais existe ou não mais está sendo levada em consideração. Donde se segue que a soberania é inalienável. Mas Rousseau reconheceria a necessidade de representantes no nível de governo. E, se já era necessária uma grande vigilância em relação ao executivo, por sua tendência a agir contra a autoridade soberana, não se deve descuidar dos representantes, cuja tendência é a de agirem em nome de si mesmos e não em nome daqueles que representam. Para não se perpetuarem em suas funções, seria conveniente que fossem trocados com certa frequência.

Percebe-se, assim, que Rousseau exerceu profunda influência nos caminhos da democracia e dos direitos humanos. Além disso, com a ascensão da burguesia, o *Contrato Social* é um texto instrumental para a defesa da liberdade e da igualdade de todos os cidadãos, na atualidade a obra rousseuniana remete o leitor a pensar o futuro da política, da cidadania e dos direitos individuais, coletivos e transindividuais. Em Rousseau o direito de propriedade decorre de um ato individual legitimado pelo Estado com o nascimento do poder político.

3 OS DIREITOS HUMANOS POSITIVADOS

3.1 DECLARAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA AMERICANA

A Declaração dos Direitos da Virgínia elaborada por George Mason, em 12 de junho, é considerada a primeira declaração dos direitos humanos. Esta influenciou Thomas Jefferson na redação da Declaração da Independência dos Estados Unidos da América em 1776, datada de 4 de julho de 1776. A Declaração dos Direitos da Virgínia estabelecia em seu art. 1º que “Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.”

Constata-se, pela leitura do dispositivo, que há uma nítida influência do

³⁵ Nascimento (2001, p. 198).

Direito Natural. O mesmo é possível se ver na Declaração da Independência, que mais tarde se tornou base para a elaboração da Constituição Americana e foi inspirada nas ideias de John Locke e Algernon Sidney.

Esta influência foi reconhecida pelo próprio Thomas Jefferson, o responsável pela redação e preparo da Declaração da Independência, como explica Driver³⁴

Como escreveu mais tarde referindo-se à Declaração: “Toda a sua autoridade encontra-se nos sentimentos harmonizadores da época, quer expressos em conversas, cartas e ensaios, quer na bibliografia básica de domínio público Aristóteles, Cícero, Locke, Sidney.”

Na verdade, na época de Jefferson, a habilidade em fazer empréstimos e referências a outras obras e autores era uma indicação de erudição tão apreciada e respeitada como a originalidade o é hoje.

Neste contexto, a mencionada Declaração da Independência em seu preâmbulo previa que:

[...] quando no Curso dos acontecimentos humanos torna-se necessário que um povo dissolva os laços políticos que o ligam a outro e assuma entre as potências da Terra a posição separada e igual a que lhe dão direito as Leis da Natureza e do Deus Natureza, um respeito decente pelas opiniões da humanidade requer que ele declare as causas que o impedem à separação. Consideramos que estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais dotados pelo Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. – Que para assegurar esses direitos, Governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados – Que, sempre que qualquer Forma de Governo se torne destrutiva desses fins, é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la, e instituir novo Governo, assentando sua fundação nesses princípios e organizando os seus poderes que lhe pareça mais conveniente para a realização da sua Segurança e Felicidade.

Percebe-se a nítida influência do Iluminismo, da mecânica clássica (que explica os fenômenos naturais, mediante a redução das relações dos corpos em movimento) da segunda escolástica (conhecida como teo e antropocêntrica, pois busca conciliar fé e razão), de Descartes e dos filósofos britânicos John Locke e David Hume, que tentavam expandir o entendimento do conhecimento humano, a partir das experiências e sensações humanas. O ser humano ao nascer, dizia Locke, era uma tabula rasa e, ao longo da sua existência, esta passava a ser preenchida pelos costumes da família e da sociedade.

³⁴ Driver (2006, p. 32).

Driver,³⁵ esclarece que Benjamin Franklin fez uma mudança de suma importância no texto original de Jefferson cuja redação era: “Consideramos estas verdades sagradas e inegáveis”, alterando-a para a seguinte fórmula: “Consideramos estas verdades evidentes por si mesmas”.

Constata-se, assim, que Jefferson tenta apresentar um reforço linguístico para o texto, com muita habilidade retórica, a partir da sustentação clássica do conceito de Direito Natural, recuperando as ideias tomistas, ao passo que Franklin, sem se afastar da raiz do Direito Natural, adota uma posição racionalista, fundada em bases cartesianas.

O método cartesiano tem como ponto de partida a dúvida universal e amplia a maneira de enxergar o mundo, construindo um sistema que adota conceitos universais fundamentados em ideias inatas. Esses conceitos devem ser aplicados a todo e qualquer conhecimento empírico. São conceitos válidos para o mundo real e estabelecem um conhecimento *a priori* do universo, como o conceito de tempo, espaço, movimento, figuras, números, etc. Descartes buscava a identificação de verdades fundamentais pela via da autonomia do pensamento. Assim, o seu mundo funcionava com a precisão e o mecanicismo de um relógio, sem segredo, sem desejo.

No preâmbulo da Declaração de Independência, Thomas Jefferson, que era senhor de escravos, fazendeiro, advogado e cientista, apresenta uma síntese concisa, com habilidade retórica para expressar o pensamento americano da época fundado em princípios iluministas.

Hunt³⁶ faz o seguinte registro: “[...] acredito que a afirmação de autoevidência é crucial para a história dos direitos humanos” e se propõe a “explicar como ela veio a ser tão convincente no século XVIII”. Parte da ideia de que: “[...] os direitos humanos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político. Não são os direitos de humanos num estado de natureza: são os direitos humanos em sociedade.”

Esta tentativa de eliminar os ideais do Direito Natural para justificar os direitos humanos, a partir do seu conteúdo societário não encontra apoio no pensar de Driver,³⁷ para quem o preâmbulo mencionado “[...] expressa ideais políticos, em vez de realidades sociais. Nem mulheres nem negros eram partícipes dos ‘direitos inalienáveis’ desse manifesto. Na sociedade colonial atualmente estratificada, nem mesmo os católicos tinham direito a voto, embora pudessem possuir terras.”

Fica evidente que a Declaração de Independência foi redigida por um grupo majoritário de pessoas elitistas, racistas e machistas, eis que, vale lembrar, que entre os 56 autores signatários encontramos 23 advogados, 15 comerciantes, entre eles proprietários de terras e especuladores imobiliários, 4 médicos, 13 fazendeiros de terras, 1 cientista.

³⁵ Driver (2006, p. 41).

³⁶ Hunt (2009, p. 18-19).

³⁷ Driver (2006, p. 44).

Este fato não deixou de ser registrado por Stephen A. Douglas que concorreu a uma cadeira do senado americano pelo Estado de Illinois, em 1858. Seu opositor foi Abraham Lincoln, um ferrenho defensor dos princípios ditados pela Declaração de Independência. Segundo Driver,³⁸ Douglas, em sua campanha eleitoral, fez a seguinte declaração:

Eu afirmo que essa doutrina de Chicago adotada por Lincoln – de declarar que o negro e o branco são considerados iguais pela Declaração de Independência e pela Providência Divina – é uma heresia monstruosa. Os signatários da Declaração de Independência jamais consideraram o negro enquanto redigiam o documento. Referiam-se ao homem branco, ao homem de origem e ascendência europeias, quando declararam a igualdade de todos os homens [...]. Quando a Declaração foi publicada, todas as treze colônias eram escravagistas e todos os homens que assinaram aquele documento representavam um corpo de constituintes escravocratas. Lembre-se, também, que nenhum dos participantes emancipou seus escravos e muito menos os tratou como iguais, depois de terem assinado a Declaração. Ao contrário, todos mantiveram seus negros como escravos durante a guerra revolucionária [...]. Dizer que a Declaração de Independência inclui o negro é o mesmo que acusar os signatários da hipocrisia.

A sustentabilidade do lema Deus é justo e todos os homens são iguais, somente tinha validade por meio de um discurso teórico, embasado por uma ordem simbólica e linguística competentes, pois na prática, bem diferente era o comportamento dos autores e signatários da Declaração da Independência.

3.2 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Seguindo-se à declaração americana, no final do século XVIII, a França entra em colapso em razão de guerras, corrupção, gastos públicos excessivos, construções desnecessárias, ostensivas e nababescas, o que leva o reino de Luís XVI à bancarrota, com uma crise de governabilidade sem precedentes, pois conforme Trindade,³⁹ a França setecentista apresentava uma população variável entre 23 e 25 milhões de habitantes, a nobreza e seus familiares atingiam, no máximo 2,5 e o clero não devia chegar a 2%. Com isso a burguesia acaba por tomar o poder e decreta o fim do absolutismo que se torna definitivo com a queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789.

O *ancien régime* tem sua morte definitiva decretada com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um documento redigido por Mirabeau e pelo

³⁸ Driver (2006, p. 46).

³⁹ Trindade (2002, p. 46).

abade Sieyès, que foi votada e aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 26 de agosto de 1789 e entre os direitos destacam-se: a) Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundar-se na utilidade comum (art. 1º); b) O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (art. 2º); c) O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação (art. 3º); e d) a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei (art. 4º).

Percebe-se que essa Declaração assegurava, além dos princípios de igualdade e liberdade individual, outros que envolviam a igualdade civil e fiscal, a isenção de prisão arbitrária, a liberdade de expressão e de imprensa, e o direito a propriedade privada.

No entanto, é a partir dessa declaração que se tenta traduzir o império da lei como norteador das relações humanas.

Com efeito, o art. 6º foi assim redigido:

A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Assim, reconhece-se os direitos naturais e imprescritíveis do homem (liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão), mas a garantia de que estes serão observados decorre da vontade geral, que é expressa pela Lei e, pronto! Surge, pois, a figura dos Direitos Naturais positivados e, assim, como que em um toque de mágica, direitos naturais universais passam a ser positivados como vontade geral de todos os cidadãos e são assegurados por lei.

Mas não é só. A Declaração ainda estabelece que a propriedade é um direito inviolável; ninguém dela poderia ser privado, ressalvada a hipótese de necessidade pública comprovada e, evidente, mediante justa e prévia indenização (art. 17). Em 3 de setembro de 1791, dois anos após a queda da Bastilha, foi editada a primeira Constituição pós Revolução, baseada nos princípios iluministas fundadores da Declaração, a qual passa a exalar o ar da burguesia, tentando promover a conciliação entre a aristocracia e a monarquia.

Segundo Trindade⁴⁰ a França só abole a escravidão negra no Haiti, em fevereiro de 1794, “[...] depois de uma bem-sucedida insurreição de escravos que tomou o poder na ilha. Era preciso evitar que os insurretos vitoriosos se aliassem à Inglaterra.” Consagra-se, finalmente, o princípio de que todo homem é sujeito de direitos e obrigações.

Porém, o que virá na sequência será a demonstração efetiva de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apresentava um discurso liberal e uma prática autoritária, com a instalação do período de radicalização revolucionária, denominado *Terror*, entre 31 de maio de 1793 a 27 de julho de 1794.

Em 1793, o *Terror* de esquerda coloca os *sans-culottes* (a faixa mais pobre da população, composta por miseráveis, desempregados, pequenos lojistas, artesãos e profissionais de classe média) e os jacobinos (revolucionários extremistas) liderados por Robespierre, Marat, Saint-Just e outros, contra os girondinos, a nobreza e os burgueses ricos, por meio da Constituição de 1793. Este documento é marcado pela fixação da laicidade e perseguição ao clero conservador, que começa com o exótico calendário, contado a partir de setembro, com nomes ligados à natureza, em repúdio ao calendário cristão.

Instala-se uma luta de déspotas, tendo de um lado aqueles que defendiam o ideal de liberdade da Revolução e, de outro, aqueles que pretendiam fazer ressurgir o absolutismo monárquico. Nesse período, surge a guilhotina, instrumento defendido pelo médico francês Joseph-Ignace Guillotin (1738-1814) como eficaz e que substituiu o antigo método de execução de pena de morte por machado e espada, sob a alegação de que a decapitação mecânica era capaz de produzir uma morte decente e indolor. Esta invenção foi utilizada em larga escala para coibir qualquer tentativa de questionamento dos rumos adotados pela Revolução.

Na sequência, em 27 de julho de 1794, Robespierre cai do poder e é morto. Iniciando uma nova fase do *Terror*, desta feita de direita, com execuções de jacobinos, robespierristas e repressão aos movimentos populares e monarquistas emigrados.

Em 1795 surge a Constituição de 1795, que se mantém sob a égide dos direitos naturais e reconhece que a propriedade é um direito que pode ser desfrutado, assim como os bens e rendas, desde que seja oriunda do trabalho e indústria do cidadão. O voto universal previsto na constituição anterior é abolido e se reintroduz o voto censitário, de forma mais excludente da forma prevista pela Constituição de 1791.

A partir dessa fase, paulatinamente, a Constituição vai sendo desrespeitada e a burguesia francesa permitirá a ascensão do general Napoleão Bonaparte, que instalará inicialmente uma ditadura republicana, com o regime de *Consulado*, no período de 1799-1804 e, depois, o regime *Imperial Absolutista*, no período de 1804-1815. E assim, ainda fazendo uso do *Terror* e da legislação positivista, representada

⁴⁰ Trindade (2002, p. 58).

pelo Código Napoleônico de 1804, o qual conforme Trindade⁴¹ representou “um estatuto jurídico do capitalismo de grande parte das nações,” eis que “cerca de 80% dos seus dispositivos dizem respeito, direta ou indiretamente à propriedade, relações contratuais e não contratuais,” além dos institutos jurídicos dos “títulos de crédito, sociedades anônimas ou comanditárias, posse, sucessões etc.” os ideais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão são esquecidos e desrespeitados.

Por fim, é conveniente observar que no período de 1792 a 1799 aproximadamente 15 mil pessoas foram executadas na guilhotina em território francês. No decorrer de todo o período do *Terror*, calcula-se que ocorreram 40 mil mortes com a utilização da guilhotina. Estes números demonstram que em nome do direito natural, sejam os partidários de direita como aqueles de esquerda são capazes, por lutas ideológicas em busca do poder, de imprimirem uma base de sustentação teórica que permite a prática de atrocidades, o que demonstra o mero papel simbólico dos direitos humanos.

De fato, a visão liberal se consagra mediante a Constituição Americana de 1788, a qual passa a adotar as principais ideias de Locke e Montesquieu. O primeiro contribui com a ideia de um governo de consentimento e cuja função principal era proteger o indivíduo e garantir sua liberdade, seu direito à propriedade e a possibilidade de usufruir desta sem ser incomodado. O segundo participa com a ideia da separação dos poderes. Com isto os americanos, depois dos ingleses, passam a ser o segundo país no mundo a adotar a divisão da soberania em três poderes.

A Revolução Francesa passa a acentuar o crescimento de uma série de ideias liberais e, entre os seus principais expoentes, pode-se citar: a) Benjamin Constant (1767-1830), que defendia a liberdade da economia de mercado, a livre concorrência e a monarquia ao invés República; b) Alexis de Tocqueville (1805-1859), que em sua viagem para os Estados Unidos impressionou-se com a democracia e viu naquele modelo americano uma grande preocupação com a vida privada e o desinteresse para com a política; c) John Stuart Mill (1806-1873), o qual, embora simpaticante do feminismo e do socialismo, desconfiava da atuação das massas populares e, portanto, era contra o voto secreto e o sufrágio universal; d) Henry David Thoreau (1817-1862), que pregou a desobediência civil, em especial ao pagamento de tributos, pois o cidadão deveria saber como o seu dinheiro era empregado; e e) Herbert Spencer (1820-1903), para quem a intervenção do Estado na economia deveria ser mínima, uma vez que este se regularia pela sobrevivência dos mais capazes e a vida seria boa para aqueles que se dedicassem com afinco ao trabalho; os pobres não eram injustiçados, mas preguiçosos ou vagabundos.

⁴¹Trindade (2002, p. 75).

3.3 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e as reivindicações ao longo dos séculos XIV e XV em prol das liberdades alargaram o campo dos direitos humanos e passaram a definir os direitos econômicos e sociais. Contudo, a Primeira Guerra Mundial e, logo depois a Grande Depressão de 1929, levam a um recuo da concepção de democracia, com uma maior intervenção do Estado, principalmente na economia.

Diante das atrocidades constatadas durante a Segunda Guerra Mundial e da conclusão de que a proteção destes direitos não poderia ficar restrita à esfera interna de cada Estado, tem-se a criação da ONU em 1945, que vai expandir a ideia de direitos humanos como forma de universalização e importância para o direito internacional.

Em 1946, a Organização das Nações Unidas criou o Comitê de Direitos Humanos responsável pela redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que pretendia expressar uma visão de mundo desejada pelos vencedores da Segunda Guerra Mundial.

A Segunda Guerra Mundial também coloca a democracia em xeque no Ocidente, principalmente diante de constantes crises econômico-político-social que levam a um fortalecimento do Executivo. Em um primeiro momento, porém, vê-se a consagração de um modelo denominado de Estado-Providência, com a implementação de diversos direitos sociais. Depois, paulatinamente, diante de tensão internacional e crescimento do poder econômico das multinacionais e grandes corporações e o desenvolvimento do mercado financeiro, que interferem na economia e limitam a atuação do papel do Estado e o seu efetivo controle sobre sua demarcação territorial.

Em 14 de maio de 1948 foi criado o Estado de Israel e em 10 de dezembro de 1948 foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um documento aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução 217 A (III), como tentativa de sanear os males decorrentes da Segunda Guerra Mundial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos sempre teve a pretensão de se revelar como um conjunto de aspirações proclamadas como ideal comum de todos os povos, uma tentativa de universalizar o reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos.

Isso é constatado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos que reconhece “[...] a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,” sendo “essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito”, para afastar “a tirania e a opressão”, bem como “o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações” e, por isso, os

povos integrantes das Nações Unidas reafirmaram “[...] sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.”

Além disso, o artigo I da referida Carta dita que: “[...] todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

Dessa forma, os direitos humanos foram concebidos como proposta de um sistema de vida integral que abarcasse a esfera cultural, econômica, política e social, tanto em nível individual quanto coletivo, e aplicável a todos, sem qualquer discriminação (art. 2º).

O art. 3º dita que: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança”. Segundo Alves,⁴² esses direitos são criticados tanto pelos defensores dos direitos humanos que o enxergam como *direitos negativos*, pois “realizáveis pela simples abstenção do Estado – pois a segurança é obrigação estatal que requer forte investimento” quanto pelos seus detratores, que enxergam neste dispositivo a figura de *direitos de bandidos*, muito embora o combate à criminalidade seja “uma das primeiras obrigações e razões de ser do Estado.”

Nos artigos 3º a 21 são encontrados os direitos civis e políticos; o artigo 22 assegura os direitos do ser humano como ser social e detentor de direito à sua dignidade para livremente desenvolver sua personalidade; nos artigos 23 a 27 estão enumerados os direitos culturais, sociais e econômicos; o artigo 28 dita que toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional que possa assegurar os direitos e liberdades previstos na Declaração; o artigo 29 estabelece os deveres de todos para com a comunidade para livremente desenvolverem a sua personalidade e, por fim, o artigo 30 estabelece uma regra de segurança que aponta para o fato de a Declaração não ser interpretada de forma errônea ou distorcida.

No entanto, é de suma importância analisar o momento em que surgiu a referida Declaração. Conforme Keane⁴³ “o documento nasceu de mais de uma centena de reuniões que se estenderam ao longo de dezoito meses.” O grupo de redação foi comandado por Eleanor Roosevelt, viúva do presidente americano Franklin Delano Roosevelt, a partir do projeto inicial que tratava dos direitos humanos, apresentado por Ricardo Alfaro, ex-presidente do Panamá. O Grupo de trabalho integrado por John Rumphrey (Canadá), Renné Cassim (França), Pengchun Chang (China) e Charles Maliki (Líbano) sintetizou o documento a partir de questões filosóficas, religiosas, legais e políticas da mais alta complexidade.

A referida Carta recebeu críticas e sugestões de delegados de diversos países, sendo modificada ao longo de dois anos (1946-1948). No processo de

⁴² Alves (1997, p. 27).

⁴³ Keane (2010, p. 657).

elaboração da Carta prevaleceu o pensamento de Charles Maliki, em detrimento do teatrólogo chinês, Peng-chun Chang, conhecido como P.C. Chang ou Zhang Pengjun, confucionista e adepto de uma interpretação historicista, e de Charles Habib Malik, libanês, na época com quarenta anos, de religião greco-ortodoxa tomista, defensor dos direitos naturais, que defendia a aplicabilidade universal dos princípios dos direitos humanos.

Contextualizar o cenário político da época também é importante para se enxergar o surgimento dos Direitos Humanos. A começar pela figura do presidente americano democrata Franklin Delano Roosevelt (1933-1945), o único a governar por quatro mandatos, e durante seu governo enfrentar o período da Grande Depressão e da 2ª Guerra Mundial.

Harry Truman (1945-1953), que substituiu Roosevelt em agosto de 1945, após a sua morte, foi o responsável pela utilização de bombas atômicas sobre Hiroshima e Nagasaki; na ocasião foram mortos quase 200 mil civis inocentes, sob o argumento de forçar o Japão à rendição incondicional, bem como pela criação da CIA, após a autorização do Congresso, por meio da qual inaugurou a *Doutrina Truman*, com o propósito de conter a expansão do comunismo, financiar a Guerra da Coreia e colaborar para a instalação do Comitê de Investigações das Atividades antiamericanas. Sob o comando do Senador Joseph MacCarthy, a Doutrina Truman iniciou o movimento de delação e perseguição aos colaboradores e simpatizantes do comunismo.

Esse período foi marcado por fundamentos éticos duvidosos e, nesse sentido, Barreto⁴⁴ destaca a observação feita por Hayek, ao explicar que os direitos humanos como instrumento de limitação de poder, de governo, grupos sociais e pessoas se transformaram “no último século em demandas particulares e individualistas no contexto do estado do bem-estar social” e tal engenharia “foi inventada, escreve Hayek, referindo-se ao Presidente Franklin Roosevelt, ‘pelo maior dos demagogos modernos’ (sic)”.

Além disso, Barreto⁴⁵ enfatiza que as necessidades sociais e econômicas do ser humano nascem da ilusão, tal como sustenta Hayek, “[...] de que o Estado poderia atender a essas demandas e libertar o ser humano da necessidade, como proclamava o Presidente Roosevelt ao prometer a libertação do medo, da ignorância, da doença e das necessidades”.

Neste período, por exemplo, o Japão se vê obrigado a aceitar uma Constituição escrita durante a ocupação dos aliados, sob o comando do General MacArthur, que introduz um sistema parlamentar de Governo, garante direitos fundamentais e a figura do Imperador não é o Chefe de Estado, mas o povo japonês o trata como se fosse (soberania popular). Assim, ele exerce um poder meramente

⁴⁴ Barreto (2010, p. 28).

⁴⁵ Barreto (2010, p. 28).

cerimonial, sem soberania, mas representa um *símbolo do Estado e da união do povo*. Esta constituição, ironicamente intitulada *Constituição Pacifista*, em seu artigo 9º, levou o país milenar, cuja história sempre foi atrelada às lutas e guerras, a renunciar o direito de declarar guerra.

Mas a forma de governo introduzida pela Constituição não é compreendida pela maioria do povo japonês, como salienta Morikawa,⁴⁶ ao destacar que: “a *virtude* dos governantes tem na confiança do povo a relação preponderante entre *governo* e *governados*.”

Da mesma maneira há uma grande dificuldade de compreensão para o homem japonês do conceito de direitos humanos, pois continua Morikawa⁴⁷ o “[...] Japão nunca foi uma sociedade legalista em si e conheceu três vagas de ‘importação’ de sistemas jurídicos em seu território.”

De fato, o Japão sofreu ao longo de sua história a incorporação de sistemas jurídicos: a) chinês, durante a era dos *shoguns* (1192 a 1862) como forma de tentativa de centralização do poder central e combate ao banditismo, lutas por terra e poder. O *shogun* era o governante de fato e o Imperador precisava do Direito para exercício das relações burocráticas e imposição dos deveres, mas não exercia o poder judicial; b) europeu, na era *meiji* (1867 a 1912) com a introdução da noção do Estado-nação entre os japoneses, que permitiu uma acelerada modernização, a superação de um país com características feudais, o surgimento de conglomerados empresariais, rápida industrialização, fortalecimento de sua economia e obediência a tratados internacionais, que permitiram a abertura do mercado; c) anglo-americano por imposição das forças de ocupação.

Ora, diante de tais considerações Morikawa⁴⁸ faz as seguintes considerações: a) a sociedade japonesa tem na “confiança e no consenso a base para o cumprimento de deveres recíprocos”; b) a “reivindicação de direitos é uma ideia extremamente ocidental e difícil de ser inserida no homem nipônico”; c) no Japão a ideia direito público é associada à ideia de deveres, mas no sentido de *lealdade* e não de *legalidade*, em que predomina o sentido comunitário; d) os japoneses não compreendem a ideia de direito natural formulada por Locke ou ordens normativas de moral e ética, pois “nenhum tipo de lei escrita poderia ter origem divina (naturalista)”; e) a harmonia para o povo japonês não é fruto de um contrato social ou de normas transcendentais do direito natural, “[...] mas do simples fato de que toda a pessoa é parte de uma ordem cosmológica hierárquica (de origem xintoísta, de influência confucionista e budista) na qual cada um tem uma *função determinada*”; f) o *eu* deve se abster de suas vontades em favor da *harmonia social*; não há uma crença em uma universalidade moral

⁴⁶ Morikawa (2010, p. 157).

⁴⁷ Morikawa (2010, p. 159).

⁴⁸ Morikawa (2010).

(valores universais), mas em padrões sociais-culturais já estabelecidos (*giri*); g) a palavra pessoa em japonês é formada por dois caracteres: *hito* (pessoa) e *aida* (entre) o que significa: *pessoa entre pessoas*, ou seja, jamais o ser é visto de forma isolada, pois “ser livre na própria existência seria ato de puro egoísmo e demonstração de uma desvirtuação” e o medo maior para o homem japonês é do ser “excluído/afastado do seu grupo social (a censura moral do grupo) e h) para as sociedades ocidentais o Direito é o principal regulador da ordem social, “na sociedade japonesa as funções sociais correspondem ao verdadeiro instrumento primário da ordem social, regulador da harmonia social.”

Enfim, Morikawa⁴⁹ conclui que “[...] em uma sociedade construída através de uma consciência de ‘pertença ao grupo’ (*social self*), e que tem como ‘pilar’ um sistema coletivo de obrigações recíprocas (*giri*) – baseado na confiança, lealdade, preservação do entendimento mútuo, busca da harmonia social em detrimento do *self*, se for preciso –, torna-se difícil a introdução dos direitos humanos,” que são fundados no individualismo e nos direitos subjetivos, que, para a sociedade japonesa, nada mais é do que o legalismo do egoísmo.

Na sociedade japonesa a busca é pela harmonia e pelo respeito mútuo, incentivados, inclusive, pelos tribunais que influenciam as partes a buscarem um acordo comum, para que eles não sejam obrigados a intervir.

Não obstante as ponderações ora apresentadas pode-se destacar ainda o pensamento de Bobbio⁵⁰ quando em 1964, em uma comunicação de um Simpósio de Filosofia sustentou que “os direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”

Textos do jurista italiano datados de 1964 a 1989 foram colacionados no livro intitulado *L'età dei Diritti (A era dos Direitos)* no qual Bobbio formula a sua tese de defesa incondicional aos direitos humanos a partir de aceitação de que os direitos naturais são direitos históricos; que nascem na idade moderna dentro de uma concepção individualista de sociedade, mas tornam-se indicadores do progresso histórico, a partir de um consenso geral de validade, que forma um sistema de valores, a partir da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que no seu entender se revela como um *consensus omnium gentium*.

Além disso, Bobbio⁵¹ se funda em uma série de documentos internacionais sucessivos que não permitem que os direitos dos homens sejam tratados como “[...] expressão de nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos.”

⁴⁹ Morikawa (2010, p. 171).

⁵⁰ Bobbio (1992, p. 24).

⁵¹ Bobbio (1992, p. 29).

Contudo, para sustentar o seu pensamento, Bobbio⁵² se vê obrigado a promover apostas de que esses direitos são direitos do homem histórico, mutáveis no tempo e suscetíveis de alteração, mas emergem das “[...] lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.”

Vê-se nessas palavras o espírito da geração dos anos de 1968. De fato, naquela época o sonho e a esperança, após duas guerras mundiais, residiam em torno de um caminhar que levasse a humanidade para a construção de uma paz duradoura.

Bobbio,⁵³ no texto intitulado *Presente e futuro dos direitos humanos*, resultado de uma conferência pronunciada em Turim, no ano de 1967, destaca que o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado são exemplos de direitos absolutos, pois “a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada.”

Mas como é possível explicar que depois de quarenta e cinco anos da manifestação de Bobbio ainda é possível ver a exploração e a escravidão humana em diferentes partes do mundo? Como explicar a base americana na Baía de Guantánamo, espaço livre para a prática de tortura em prisioneiros considerados terroristas? Como explicar a invasão do Iraque, do Afeganistão ou bombardeios com aviões não tripulados em território paquistanês? Como se explicar que somente a atuação do George W. Bush no Iraque ou Afeganistão é aceitável e não pode jamais ser comparada à conduta de ditadores de países africanos ou de dirigentes sérvios, croatas e bósnios que participaram da Guerra do Kosovo? Como aceitar que a China, reconhecido país violador de direitos humanos continue a fazer grandes negócios comerciais com os países que se arrogam serem baluartes da defesa dos direitos humanos?

O elenco de perguntas é imenso e a promessa dos direitos humanos hoje se revela como meramente panfletário, algo como as palavras de ordem da geração de 1968.

Assim, tem-se, por exemplo, que lutas para garantir direitos políticos às mulheres, evitando-se discriminações, levou uma parte radical do movimento feminista a lutar pela imposição do direito à sexualidade com independência que, no entanto, continua a perpetuar a visão masculina de relações amorosas, pois exige que as mulheres adotem um perfil de comportamento masculino, estabelecendo regras de competição exacerbada, acentuando uma luta dos sexos, que deixa de contribuir para que todos nós possamos ser reconhecidos como *indivíduos*, indiferentemente de sermos homens e mulheres.

Da mesma forma, lutas por direitos contra a discriminação racial, em especial contra a abominável figura do *apartheid*, passaram a ser vistas como pontos de partida para introdução de políticas afirmativas, entre elas a polêmica figura do sistema de cotas raciais no serviço público ou no ensino, que longe de resolverem a

⁵² Bobbio (1992, p. 32).

⁵³ Bobbio (1992, p. 42).

discriminação ou a discrepância social geraram o reforço da tese da etiquetagem, eis que não adotam critérios de meritocracia, beneficiam apenas a cor da pele e ressaltam desigualdade de oportunidade entre os pobres.

O mundo mudou muito após a queda do Muro de Berlin em 1989, da crise do marxismo, das catástrofes do socialismo e os anseios daquela época se alteraram de tal ordem que hoje as utopias se transformaram em promessas irrealizáveis. Assim, o gosto de frustração campeia no ar e o que parecia sólido em um primeiro momento, hoje se desmancha no ar.

Não há mais tempo para romantismo ou ilusões. Os direitos humanos no mundo globalizado não conseguem se realizar enquanto universalidade possível e a sua inexequibilidade se revela pela falta de preocupação com o seu fundamento. Hoje ninguém mais o aceita como uma verdade absoluta revelada pela via de um positivismo jurídico que proclama o avanço da civilização humana. Assim, ele não se efetiva, pois não se traduz em garantia incondicional a toda a humanidade e, no entanto, ainda somos obrigados a conviver com a distinção entre direitos dos homens e dos cidadãos.

Portanto, hoje mais do que em outras ocasiões, para se evitar confusões, utopias e quimeras, os direitos humanos precisam ser definidos com clareza. Por ser assim, são um problema amplamente filosófico, estreitamente político e nada jurídico, pois a sua consagração nos textos legais não surtem efeito de ordem prática e não conseguem alterar a realidade de um mundo capitalista, globalizado e neoliberal, dominado por leis de mercado, restrições monetárias e comerciais e marcado por intensas diferenças culturais.

Nessa linha de pensar, Herrera Flores⁵⁴ destaca que os direitos humanos se convertem em uma falácia ideológica ao converterem um “*dever ser* em um *é*” que logo em seguida passam a ser para si próprio “*o que tem que ser*”.

Assim, “[...] por um lado, naturaliza-se um dever ser e, por outro, normatiza-se um ser, previamente condicionado e pré-determinado pelo dever ser”. Com isso, “a ideologia dos direitos humanos universais e descontextualizados (fundamentados no artigo 1.1 da Declaração Universal) é tão funcional aos interesses expansivos e globalizadores do modelo de relações baseado no capital.”⁵⁵ (HERRERA FLORES, 2009, p. 180).

3.4 DIGNIDADE HUMANA E DIREITOS HUMANOS

Diante de tudo isso, para sedimentar a compreensão e a construção de Direito Natural é de suma importância a distinção que se faz de direito objetivo e direito subjetivo, estabelecida a partir do século XIX, situando os direitos humanos na modernidade e a sua estreita ligação com o subjetivismo.

⁵⁴ Herrera Flores (2009, p. 178).

⁵⁵ Herrera Flores (2009, p. 180).

Assim, tem-se que o direito objetivo passa a ser denominado um conjunto de regras jurídicas obrigatórias, impostas ao homem com o fim de satisfazer aos seus interesses em um determinado país, em um momento histórico específico. Significa *norma agendi*. Em síntese, tratam-se das normas jurídicas, as leis, que devem ser obedecidas rigorosamente por todos os homens que integram uma determinada sociedade; o seu descumprimento leva à imposição de sanções.

A construção do conceito de direito subjetivo, de outro lado, exige uma atenção maior, eis que se revela como a capacidade, faculdade ou possibilidade que o homem tem de agir em defesa de seus interesses, para fazer prevalecer em juízo a sua vontade. Em síntese, trata-se do poder de exigir uma determinada conduta de outrem, conferido pelo direito objetivo expresso por uma norma jurídica.

A construção desta modalidade de direito surge no embate de três correntes jurídicas que tentam explicá-lo:

- a) *teoria da Vontade de Savigny* (1779-1861) e Windscheid (1817-1892), que entendem que o direito subjetivo se revela no poder da vontade reconhecida pelo ordenamento jurídico;
- b) *teoria do Interesse de Ihering* (1818-1892), que enxerga o direito subjetivo como o interesse protegido pela lei, mediante o reconhecimento da vontade individual, por meio de uma ação judicial.
- c) *teoria mista de Jellineck* (1851-1911), Saleilles (1855-1912) e Michoud (1855-1916), que tenta conciliar as duas teorias anteriores, definindo o direito subjetivo como o poder da vontade reconhecido pelo ordenamento jurídico, na defesa de um bem ou interesse.

É necessário enfatizar, porém, que esta guinada para o subjetivismo ocorre em várias áreas do conhecimento humano antes de se fazer presente o campo do Direito.

No âmbito religioso, por exemplo, toda a ordem sobrenatural fundante passa a ser suplantada pela ideia de livre arbítrio; no campo moral e jurídico as ideias de fim e bem comum são substituídas pela ideia de dever e acordo de vontades; no campo político as instituições não são mais sustentadas por uma lei superior às vontades individuais, mas consolidam a figura do contrato social e das liberdades individuais e, por fim, no campo econômico, a satisfação das necessidades materiais dos indivíduos foi substituída pelo liberalismo, subordinado à lei da livre concorrência.

Mas a fundamentação principal dos direitos humanos, a partir desta ótica, é o conceito de dignidade da pessoa humana que passa a ser objeto da área jurídica,

social, política ou educacional, sem a correta explicação da sua origem. A dignidade é própria das pessoas, funda-se no plano ontológico e não surge como um valor absoluto de ordem moral, passível de ser ditado por uma lei positiva.

Como explica Ayuso,⁵⁶ os direitos humanos “[...] querem fundar-se na dignidade natural do homem, necessariamente igual para todos, mas a dignidade supõe a conduta da pessoa, e só a esta podem atribuir-se direitos.”

Ayuso,⁵⁷ a partir do pensamento Alvaro d’Ors, destaca que os direitos humanos não podem se fundar na dignidade que é própria da pessoa responsável, “sujeito de direitos e deveres, não a natureza. Portanto, não pode falar-se de direitos humanos universais, mas direitos concretos de cada pessoa.”

Enfim, dignidade humana somente pode ser compreendida nas relações concretas do homem; relaciona-se diretamente com as figuras do respeito e da alteridade e não pode ser definida por nenhuma concepção normativa do Direito, pois se funda no direito natural, que impõe deveres às pessoas decorrentes de uma lei divina.

Ora, o que se pretende fazer é buscar no seio do direito natural os deveres e transformá-los em direitos humanos, como se fosse possível existir uma dignidade natural fundante de cunho universal. Por esta razão, somente é possível a compreensão dos direitos humanos sob a ótica objetiva de proteção de todos e não como direito subjetivo individualmente contemplado; do contrário, como adverte Warat,⁵⁸ “[...] sem alteridade toda a fala de Direitos Humanos termina em piada ou drama.” Portanto, os direitos humanos somente podem ser compreendidos como fruto da ética prática, jamais como uma verdade revelada.

Como destaca Ayuso⁵⁹ separar, na atualidade, os direitos humanos do direito subjetivo se tornou uma tarefa impossível, pois estão imbricadas as noções de individualismo, subjetivismo, jusnaturalismo, racionalismo e liberalismo, que “[...] consolidaram a ideia de direito subjetivo e, portanto, de direitos do homem, estas categorias não possuem somente significação técnico-jurídica, senão se apresentam também um alcance ético ou moral, político, ideológico e inclusivamente mítico e simbólico.”

4 OS DIREITOS HUMANOS E O PAPEL SIMBÓLICO

Primeiro é importante distinguir o que se entende por símbolo. No mundo grego o símbolo designava as duas metades de um objeto partido, que uma vez juntos recompunham o objeto. Assim, entre os gregos era comum cortar moedas, anéis e qualquer outro objeto e ofertar a metade a um amigo, como sinal de confiança

⁵⁶ Ayuso (2003, p. 180).

⁵⁷ Ayuso (2003, p. 181).

⁵⁸ Warat (2010, p. 118).

⁵⁹ Ayuso (2003, p. 177).

e amizade, pois quando se encontrassem, a união de cada metade tornava o sinal de reconhecimento para a outra.

Percebe-se, com isso, que o símbolo tem a capacidade de substituir a linguagem e exprime um caráter complexo que atua na profundidade da razão e explicita as atividades e reflexões internas da vida psíquica dos homens.

O símbolo, então, tem uma capacidade de ativar um mecanismo de censura, à medida que o agente não pode entendê-lo unicamente a partir da unilateralidade da consciência. A sua compreensão somente ocorre diante de uma análise da realidade interna e realidade externa, o que implica dizer que o intérprete deve vislumbrar a imagem, entender a realidade e compreender o significado da mensagem.

Nasser⁶⁰ destaca que:

O símbolo da ponte representa um belo significado, na medida em que permite a passagem de um lado para outro; ao mesmo tempo, é um mediador e faz a passagem entre dois estados diferentes. Assim será compreendida a linguagem simbólica, como uma ponte.

Ao apurar este entendimento, o homem tem a capacidade de identificar a função formadora e transformadora do símbolo por meio de um processo cognitivo.

Este processo cognitivo individual de identificação e compreensão do símbolo enseja um conhecimento coletivo, que implica, por via oblíqua, o reconhecimento de um *símbolo vivo*.

O *símbolo vivo* permite a evolução do homem no plano da consciência e possibilita uma correta análise dos objetos e da realidade, bem como uma leitura da natureza e cultura na qual se encontra inserido.

A leitura dos símbolos vivos permite a análise de quatro características fundamentais, que se ligam entre si:

- a) *indicatividade* – o símbolo indica algo que pode ser decodificável por todos os homens que compõem uma sociedade;
- b) *decomponibilidade e componibilidade* – o símbolo decompõe a realidade e passa a entendê-la e operá-la mediante a representação de algo importante mediante a força da indicatividade. Por outras palavras, a representação é a ação do significar. A realidade uma vez decomposta pode ser novamente componível por meio da leitura das diversas representações existentes na sociedade.
- c) *decisionabilidade* – o símbolo estabelece uma relação complexa na consciência, que enseja ao hermenauta uma onerosidade ao examinar o conhecimento subjetivo e o conhecimento objetivo e exercer o livre arbítrio com a tomada de uma decisão.

⁶⁰ Nasser (2003, p. 8).

- d) *transcendência*—o símbolo deve buscar a transcendência para superar as antinomias e levar o homem a ter clara compreensão do individual (particular) e do coletivo (geral).

A essência da relação simbólica é a de promover uma comparação, mas não uma comparação qualquer que deixa se desvelar por mera associação. Exige-se, pois, que esta comparação de cunho particular se faça por meio do conhecimento do significado de determinado texto, imagem ou signo.

Signo, em sentido amplo, designa aquilo que revela algo, e especificamente aquilo que designa uma coisa obscura ou que não se manifesta.

Em sentido mais estrito, o signo indica o contrário, ou seja, a possibilidade que um objeto ou evento presente se refira a um objeto ou evento que, porém não está presente ou cuja presença é indiferente.

Segundo a tradição, signo é alguma coisa que, uma vez conhecida, possibilita que conheçamos alguma outra coisa e, para tanto, é necessário se estabelecer uma “relação triádica” que envolve o signo, o seu objeto e o intérprete.

Dessa forma, um signo é um objeto que de um lado está em relação com o seu objeto e do outro está em relação com o objeto correspondente à sua própria relação com o seu objeto. Esta relação pode ser definida como *triângulo semiótico*, que é composto de três componentes fundamentais da significação.

Esta visão supera o modelo da escolástica medieval, que enxergava o signo como relação binária, de mera comparação de duas coisas distintas.

No modelo tripartido, o signo entra em relação não apenas com a coisa designada, mas também com conceito correspondente, o que equivale dizer que é alguma coisa que está para alguma outra coisa.

O triângulo é assim composto: a) símbolo, b) o pensamento ou a referência e c) o referente, que corresponde aos termos signo, conceito e denotado.

O correto entendimento do significado conceitual das formas simbólicas do homem é fundamental para a compreensão da realidade, eis que este é na sua essência um *animal symbolicum*. Nesse sentido, Longo⁶¹ explica que “[...] a possibilidade de simbolizar é praticamente inexistente nos animais. Animais não constroem (e destroem) civilizações. Não mudam nada: estão, parece, satisfeitos de ser do jeito que são.”

Por esta razão, o *signo* na acepção moderna do termo é um significado referente e mais pode ser enxergado por antigos termos como nome (*vox*), sentido (*conceptus*) e coisa (*res*) indicados na doutrina tradicional do signo.

Esta análise é importante para efeito de direitos humanos, pois à medida que se tenta impor uma linguagem universal se deixa de lado os universos cultural, social e individual dos povos envolvidos e acredita-se ser possível a criação de um

⁶¹ Longo (2011, p. 15).

instrumento de comunicação única entre os povos. Porém, Longo⁶² enfatiza que “[...] a linguagem é resultante da faculdade simbólica do homem. O símbolo é o que representa alguma coisa ausente.”

Portanto, os direitos humanos surgiram como uma bandeira empunhada pela Direita, no pós-guerra, para coibir nova disseminação das ideias nazistas, bem como uma tentativa para fechar as feridas e as atrocidades praticadas por todos os países participantes da Segunda Guerra. Assim, em busca de novas ideologias norteadas por promoção da paz e da democracia encaminharam-se para os partidários de Esquerda e hoje, como sustenta Villey⁶³ “os direitos humanos só têm amigos”.

Porém, ao prometerem muito e cumprirem pouco, eis que a sua base fundante simbólica para se firmar foi obrigada a invadir o espaço jurídico positivado, tentando ocupar um espaço vazio normativo, transformaram-se, como sustenta Barreto,⁶⁴ em fetiche e “[...] precisamente dessa necessidade de explicar-se o direito e a lei, não mais como manifestação da vontade do soberano hobbesiano, onde a lei é o direito e expressa a vontade do soberano legislador, cujas normas são ditadas não como fruto do exercício da sabedoria, mas da autoridade.”

Dessa maneira, os principais objetivos dos direitos humanos de manter a paz, a segurança internacional, desenvolver relações amigáveis entre as nações, realizar a cooperação internacional resolvendo problemas internacionais de fundo econômico, social, intelectual e humanitário e luta pelas liberdades fundamentais sem qualquer tipo de distinção, transformaram-se em mito.

Essa mitologia é explicada por Barreto⁶⁵ como surgida após o abandono da tradição clássica pelo pensamento jurídico e político do século XVII,

“[...] quando direito e lei integravam-se e a norma legal procurava atender aos valores da justiça, da equidade ou a própria vontade divina.” A partir de Hobbes, há a prevalência da lei sobre a vontade do soberano e, assim, o “[...] direito passou a ser aquilo que se encontrava estabelecido no texto legal, ou, em outras palavras, a lei é o direito.”

Falta, assim, aos direitos humanos, a percepção da realidade e a sua tentativa atual é de se sedimentar enquanto um significado; os seus defensores não conseguem visualizar que o ato de significar é bem menor que o ato de perceber. Portanto, ao cair no âmbito da significação verbal os direitos humanos encontram aquilo que Lévinas⁶⁶ denomina de “confluência de rios semânticos inumeráveis”.

⁶² Longo (2011, p. 14).

⁶³ Villey (2007, p. 11).

⁶⁴ Barreto (2010, p. 15).

⁶⁵ Barreto (2010, p. 16).

⁶⁶ Lévinas (1993, p. 24).

Além disso, os direitos humanos não são dotados de uma *responsabilidade confiada* que implica uma consciência clara, confiante, calma, serena e modesta capaz de exprimir valores humanos relevantes.

Com isso, os direitos humanos se alimentam da inocência da universalidade ditada pelo Direito Natural, regrado pela ingenuidade da possibilidade de regramento pelo positivismo, que produz uma retidão relativa, revelada pela simplicidade das regras de mercado ditadas pelo modelo capitalista reinante.

Dessa maneira, em busca de um significado dentro do mundo globalizado de trocas e acertos mercadológicos, os direitos humanos perdem o compromisso e a responsabilidade e se assim o é, vale resgatar a observação de Lévinas⁶⁷ “uma responsabilidade em que se cede a alguém não é mais responsabilidade.”

Enfim, as mudanças operadas e a realidade atual indicam que falta aos direitos humanos, nos dias atuais, submeterem-se ao crivo da ética, mas não a ética utilitarista de cunho mercadológico e parcial. Devem, pois, submeterem-se àquela ética que Lévinas⁶⁸ descreve como “o humano enquanto humano” capaz de expressar que “o único valor absoluto é a possibilidade humana de dar, em relação a si a prioridade ao outro.”

Assim, na atualidade, os direitos humanos tentam se sedimentar a partir de situações que revelam estados de exceção ou se vinculam como descreve Warat,⁶⁹ “aos estados de infelicidade do mundo”, que só podem ser superados, segundo os seus defensores pela via do exercício de uma democracia constitucional garantida por decisões exclusivamente normativas.

Para comprovar a dificuldade de tal tentativa basta examinar as bases epistemológicas do jusnaturalismo e do positivismo, a influência destas correntes filosóficas no Direito atual e como estas repercutem no âmbito dos Direitos Humanos.

5 DIREITOS HUMANOS, JUSNATURALISMO E POSITIVISMO.

Para ilustrar a discussão tomemos o exemplo do embate todo particular travado entre o jusnaturalismo e o positivismo por ocasião do fim da escravidão no Brasil.

Naquela época, os jusnaturalistas se dividiam em dois blocos: para um grupo a escravidão não era uma necessidade natural, mas uma questão de conveniência e, assim, extinguindo-se a escravidão não havia a necessidade de indenizar o proprietário, até porque no direito natural puro não se admite a figura do escravo. O outro grupo não concordava com esta forma de pensar, afirmando que se protegia a propriedade referente ao trabalho realizado pelo homem e não o homem em si mesmo e, por ser assim, a indenização se fazia necessária.

⁶⁷ Lévinas (2009, p. 149).

⁶⁸ Lévinas (2009, p. 149-150).

⁶⁹ Warat (2010, p. 114).

Por sua vez, os positivistas também se dividiam em duas formas de pensamento. Parte dos positivistas se atinha aos textos legais, em especial à Constituição do Império (art. 179 § 22), que garantia a indenização no caso de desapropriação de propriedades. Assim, havia a possibilidade de receber indenização todo proprietário de escravos, pois a Constituição não fazia qualquer distinção entre coisas e pessoas e, portanto, a mudança social em curso esbarrava nas figuras do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Outra parte, afirmava que o Estado somente poderia indenizar a coisa que fosse usar ou conservar, o que não ocorria com os escravos, pois deixariam tal condição para obterem a liberdade.

Com isto, verifica-se que os jusnaturalistas e os positivistas na maioria das vezes convergem para o mesmo ponto. O jusnaturalismo moderno parte da premissa que existem direitos fundamentais inatos e inalienáveis. Por sua vez, o positivismo normativista enxerga na lei idealizada pelo Estado a fonte única do direito.

Ambos se esquecem, no entanto, da existência das indagações políticas, culturais e econômicas, que compõem o pensamento social. Assim, ao dizerem que tais questões são metajurídicas afastam-se das reformas sociais e produzem uma gama de normas que compõem um sistema fechado, muito embora coerente de ponto de vista formal, mas sem qualquer reflexão sobre a realidade em que passa a prevalecer a figura do *dogma*.

A partir do século XX, o racionalismo cartesiano passa a ser questionado, por meio de Bachelard e o seu racionalismo dialético, surge a proposta de diálogo entre a razão e a experiência, mediante a conexão entre formulações matemáticas e experimentos práticos. Sob este olhar, a matemática não seria um mero meio de expressar leis físicas ou um sistema estático de ideias; seu compromisso estaria voltado para o desenvolvimento de um racionalismo aplicado ao mundo natural.

Dentro dessa ótica, não se tem mais a preocupação de busca da verdade absoluta, pois o cientista estaria obrigado a qualquer momento a reformular todo o seu pensar, a partir da realidade advinda dos novos fatos problemáticos que surgem com o caminhar da civilização e, por isto, não haveria espaço para um racionalismo ortodoxo.

Constata-se, pois, que o jusnaturalismo e o positivismo ainda continuam a polarizar as discussões e o modo de enxergar o fenômeno jurídico na atualidade.

O jusnaturalismo direciona sua construção ideológica na busca de uma ordem justa, ao passo que o positivismo, tem sua preocupação centrada na ordem estabelecida.

Para o positivismo, a justiça social é totalmente dispensável bastando a concretização de uma ordem social que declare o que é lícito ou ilícito. Com isso, havendo ordem, automaticamente surgiria a justiça.

O jusnaturalista, por sua vez fundamenta seu raciocínio em princípios fixos, que jamais podem ser modificados pelo legislador.

Nesse particular, Warat e Pepê,⁷⁰ ressaltam que:

[...] a teoria positivista estabelece uma forma de realismo conceitual – conceitualismo descritivo – muito próximo ao conceitualismo ético-político típico do jusnaturalismo, pois tanto o conceitualismo descritivo do positivismo como o conceitualismo ético-político das doutrinas do direito natural subestimam a natureza social das significações jurídicas, que é o produto da interação de forças sociais.

Positivismo e jusnaturalismo são efetivamente, duas formas análogas de tornar legíveis os textos legais através de expressivas construções racionais.

Desse ponto de vista, o conceitualismo descritivo não é outra coisa senão um conceitualismo ético-político encoberto. Nada mais coerente, portanto, do que colocar os juspositivistas e os jusnaturalistas no mesmo campo ideológico.

Nessa linha de raciocínio, os positivistas constroem o direito integralmente incluído na ordem social, sem questionar como esta foi estabelecida pelos grupos dominantes que constroem as leis pela via do Estado.

Os jusnaturalistas entendem que estas mesmas normas devem ser medidas por um critério de “*Justiça*” que englobe a legitimidade de quem a produz e o seu conteúdo efetivo, mas o padrão para o cálculo desta medida não é plenamente definido.

No âmbito dos direitos humanos percebe-se que a sua base fundante é o direito natural, que depois, ao longo do tempo se transformou em direito positivo, pela via do conceito de dignidade da pessoa humana e pela dicotomia direito objetivo/ direito subjetivo, para receber uma capa protetiva normativa e, assim, legitimar-se pela via da grandeza de assegurar os Direitos do homem.

Não obstante, em todo esse raciocínio, pode-se destacar as observações Bentham, em sua *Anarchical Fallacies*, publicada em 1816. Nessa obra o filósofo inglês realiza uma leitura da doutrina de Locke a respeito da lei natural e dos direitos que dela emanam. Conforme Montoya,⁷¹ “Bentham não duvidou jamais: o domínio do ‘deve ser’ é o da felicidade geral. Isso depende, mais que de considerações a respeito da autonomia humana, de sua compreensão da sociedade política.” Contudo, Bentham lembrava que o erro está em distinguir o adjetivo “*right*” (correto, desejável, apropriado etc.), do substantivo “*right*” (o direito). Assim, como pode os Direitos Humanos apresentar aquilo que “deve ser”?

Para Montoya⁷² isso somente seria possível

⁷⁰ Warat e Pepê (1996, p. 59).

⁷¹ Montoya (1998, p. 105).

⁷² Montoya (1998, p. 106).

[...] como leis fundamentais, a partir das quais poderiam ser derivadas leis válidas de pormenores, e que marcariam como inválidas as que não pudessem ser deduzidas daquelas. Isto não significa, no entanto, que não possam servir de guias para a ação; pelo contrário, como princípios de orientação são de suma importância para a elaboração tentativa das leis.

Percebe-se que as críticas de Bentham são no sentido de demonstrar o quão difícil é a conciliação entre os ideais expressos nas Declarações e a realidade posta. Com isso ele se afasta da moralidade da autonomia que sustenta os Direitos Humanos e foca sua atenção nas necessidades humanas básicas, que assegurem efetivamente os direitos e liberdades aos cidadãos, em uma análise que tem em conta o individualismo e a participação e não as figuras do egoísmo e altruísmo.

Diante disso Montoya⁷³ conclui que “[...] o conflito dentro da sociedade humana não brota da natureza humana mesma nem do egoísmo pessoal, mas sim dos arranjos sociais deficientes; e ainda que o homem seja certamente auto-interessado, pode identificar seu próprio interesse (desde que tenham sido removidos os conflitos essenciais) com a prosperidade e a felicidade da comunidade.”

Paralelo a isso, tem-se, da mesma forma, a necessidade de superação do embate, entre o positivismo e o jusnaturalismo, que deve ocorrer pela via do processo dialético que aproveite as premissas válidas das duas correntes filosóficas.

Com isso, está correta a lição de Lyra Filho⁷⁴ quando esclarece que:

[...] o ponto essencial da dialética (sem o qual ela se torna proudhonessa) é a categoria da totalidade e o reconhecimento de que não há nenhum átomo fixo. Se isolarmos cada aspecto de fato, norma e valor, para, em seguida, pô-los na interação dialética, é esta mesma que desaparece, porque só podem restar, para a oposição, os fatos de positivismo sociológico, os valores do idealismo metafísico e as normas do puro voluntarismo estatal ou da formação consuetudinária (da classe dominante) e a jurisdição do poder judiciário (que não paira acima da divisão de classes, tampouco).

Por fim, Lyra Filho⁷⁵ arremata: “o direito não é uma coisa, posta à mesa, como fato, para a refeição positivista.”

O ponto de partida para a construção desse novo modelo estaria na sociologia jurídica, pelo fato de estar preocupada com as mudanças sociais, com as diversas ordens normativas, com o direito das minorias e com a ordem ditada pelas classes dominantes.

⁷³ Montoya (1998, p. 108).

⁷⁴ Lyra Filho (1982, p. 24-25).

⁷⁵ Lyra Filho (1982, p. 25).

Nessa empreitada, pode-se contar também com os estudos da sociologia do direito, que centra o seu objeto no estudo do reflexo do direito positivado sobre a sociedade.

Entretanto, o ponto de partida para a mudança é a análise da influência do aspecto jurídico na vida em sociedade.

Com isto, Lyra Filho⁷⁶ conclui que:

[...] o caminho para corrigir as distorções das ideologias começa no exame não do que o homem pensa sobre o Direito, mas do que juridicamente ele faz. Poderemos chegar, nisto, à dialética do Direito não já como simples repercussão mental na cabeça dos ideólogos, porém como fato social, ação concreta e constante donde brota a repercussão mental. [...] Para uma concepção dialética do Direito, teremos de rever, antes de tudo, a concepção dialética da sociedade, onde o Estado e o direito estatal são, a bem dizer, um elemento não desprezível, mas secundário.

Portanto, o pensamento do jurista ou de qualquer estudioso do direito nos dias de hoje não deveria estar apegado a dogmas que venham dificultar a busca do que é o justo consciente. A dogmática quer como sistematização de conceitos ou como método de interpretação, não deve dificultar a aplicabilidade de um princípio.

Enfim, qualquer que seja a concepção adotada pelos Direitos Humanos como forma de reprodução, fundado em um núcleo rígido de comportamento legalista, de valores universais e centrados na figura da pessoa humana esconde a tentativa de persuadir a todos da vantagem do contrato social, vista por Rousseau como um acordo entre o interesse e a justiça.

Se no âmbito da visão de Rousseau a renúncia à individualidade gera uma compensação, eis que o homem deixa de ser um indivíduo naturalmente independente e passa a ser um cidadão, no âmbito dos Direitos Humanos, as sociedades que assim se comportam passam a ser reconhecidas com a chancela ocidental de democráticas.

Tem-se aqui o uso de uma retórica utilitarista que mostra a passagem do estado de natureza ao estado civil, bem como a *independência natural* e a *liberdade civil*, mediante a *insociável sociabilidade*, resgatada por Kant.

Lebrun⁷⁷ observa a dificuldade de Rousseau ao tentar interpretar o estado de independência, “[...] onde ninguém tem o direito de fazer o que a liberdade do outro proíbe” e com isso surge um dos maiores paradoxos no pensamento de Rousseau, ou seja, como compatibilizar a vontade geral com a vontade do outro e, ainda, conter a *vontade potência* de todos os indivíduos. Nesse modelo, o Soberano nunca pode tomar decisões a respeito da partícula; quando ele legisla “é todo o povo que estatui sobre todo povo”. Enfim, o Soberano só legisla acerca do universal, pois

⁷⁶ Lyra Filho (1985, p. 64-65).

⁷⁷ Lebrun (2006, p. 229).

a “a lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e nunca um homem como indivíduo ou uma ação particular.”

E a soberania como fica? Bem, Rousseau se vale de Hobbes e revela que “não é um acordo do superior com o inferior, mas do corpo com cada um de seus membros.” E, assim, Lebrun⁷⁸ diz que a Vontade Geral “é o bem de cada um, sem distinção, a perfeita autorregulação do organismo social.”

Porém, inconformado com a tese, Lebrun⁷⁹ indaga: “E a imunidade do cidadão está perfeitamente garantida no interior desse grande corpo do qual ele é um membro?”

Para Rousseau os cidadãos chamam-se a si mesmos de membros do Estado, algo como pessoas privadas que compõem a pessoa pública e dela são naturalmente independentes e, com isso, aproxima-se das ideias de Locke.

Além disso, Rousseau se vê obrigado a introduzir a palavra *independência* para designar o membro da sociedade civil, tal como faz Hegel.

Entretanto, se as vontades não são dissolvidas é necessário que o Soberano se proteja delas, pois não há certeza alguma de que o interesse geral vai prevalecer; disso decorre a importância de se garantir a fidelidade dos cidadãos, tal como ocorreu em 4 de agosto de 1789, quando foram extintos aqueles que por muitos séculos significou a opressão sobre os camponeses, ou seja, foram cancelados todos os direitos feudais que existiam e se promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Esse é um importante documento que trazia significativos avanços sociais, garantindo direitos iguais aos cidadãos, além de maior participação política para o povo. Dessa forma, o importante é a obrigação de se manter a palavra, mas quem garante que esta será mantida?

Para Rousseau,⁸⁰ a garantia do Contrato social é a força pública, ou seja, “[...] o prejuízo só pode vir dos particulares, que não estão livres de um compromisso e devem ser punidos por o terem violado”, eis que cada indivíduo pactua consigo mesmo, enquanto parte do Soberano.

Lebrun, no entanto, enxerga uma excessiva dependência do cidadão em relação à Cidade, o que leva a crer que no fundo e na forma o Contrato social não passa de um *negócio de otário*.

A tentativa dos Direitos Humanos é a mesma de Rousseau ao enfrentar os problemas do Cidadão Soberano (exigência individualista exacerbada) e a Soberania que coage (o sujeito à mercê do Príncipe).

A resolução desta díade ocorre diante do confronto entre a liberdade do sujeito perante o Estado moderno-lockiano e a liberdade do cidadão antigo, ou seja, aquele que participa diariamente da Cidade.

⁷⁸ Lebrun (2006, p. 229).

⁷⁹ Lebrun (2006, p. 229).

⁸⁰ Rousseau (1983b).

Para enfrentar este problema, Rousseau sugeriu um modelo de *Cidade-ética*, muito embora reconhecesse a dificuldade de se ter cidadãos-éticos. Por esta razão, o Soberano se vê obrigado a se valer da força para obter um comportamento igualitário. O caminho, no seu entender, seria a educação do cidadão. Os Direitos Humanos se prendem à definição de autonomia da pessoa e na dignidade da pessoa humana.

Contudo, como fazer que tudo pertença ao Estado, inclusive a vontade de seus membros e a preservação da dignidade de cada um de seus membros?

Para Rousseau a *liberdade civil* seria mais austera que o jugo dos tiranos, o que obrigaria mudanças de comportamento, sob pena de se transformar em fardo pronto a esmagar os desatentos.

Para os Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana tem a mesma relevância que o conceito de liberdade civil para Rousseau, mas não há uma quem consiga garantir a libertação do ser humano da opressão imposta pelas forças da natureza e pela vontade arbitrária do soberano.

6 CONCLUSÃO

Diante das colocações apresentadas se vê que a proposta dos Direitos Humanos é marcada por uma postura individualista diante da sociedade mundial fragmentada e heterogênea e a igualdade é impossível diante da existência de povos com religiões, crenças e culturas diversas.

Alia-se a isso o fato dos Direitos Humanos terem como base a ideia de reivindicar direitos. Esta, porém, é própria das ideias que orientam o Ocidente e não se aplicam a uma série de povos e sociedades que são orientados por um conjunto de costumes, tradições não legalistas.

Assim várias sociedades apresentam um *modus vivendi* diverso do modelo de Estado regulatório, instrumental e inspirador dos Direitos Humanos, que produz uma política capaz de impor valores.

Esta arrogância dos Direitos Humanos de ser difusor de valores se revela como uma utopia impossível e a sua tentativa de comunhão entre os povos pela via do positivismo se apresenta como um sonho irrealizável.

Não bastassem todas estas considerações, a discussão profunda da realidade revela que o norte da bússola dos Direitos Humanos ainda continua a ser orientado pelo Direito Natural, que ao longo da história se modificou e se embrenhou pelo direito positivo, construindo uma falsa realidade permeada por mito e utopia.

O Direito Natural subverte a realidade e o sonho de felicidade para todos, a partir de um discurso de valores universais. Além disso, esconde uma agenda política que protege o abuso dos governos que pregam a hegemonia, o capitalismo

liberal, a busca por novos mercados pelo processo da globalização, a tentativa de uniformização das culturas, os hábitos, as tradições e até os gestos.

Tudo isso está atrás da ideia de Direitos Humanos não revelada. Ideia essa que se alimenta e é garantida pelo direito positivo, revelando uma capa protetiva hipócrita e uma bandeira que permite abrigo a todas as aspirações legítimas, ilegítimas, de Esquerda ou de Direita, no Norte ou no Sul, utópicas ou provenientes de quimeras, na qual tanto o político quanto o jurídico podem se legitimar enquanto promessa irrealizável.

O produto final se revela como uma prática que colabora com a dominação e a opressão das atuais potências mundiais, que sob o argumento de uma ética civilizatória, fundada em valores ditos universais buscam, no fundo e na forma, a expansão de um modelo capitalista, alcunhado de democrático.

O fato é que a promessa emancipatória inicial dos Direitos Humanos hoje é uma grande farsa, que se alimenta de uma força simbólica do passado, demonstrativa dos sofrimentos humanos e de injustiças do presente, que não são solucionáveis, pois a garantia é ofertada pelos países hegemônicos.

Assim, a vivência atual dos Direitos Humanos é um jogo no qual se encontram aqueles que não querem esquecer e aqueles que não querem lembrar, alimentado por ódio, rancor, dor, sofrimento e vitimização.

Dentro desta base existe um campo fértil para a atuação do Direito Natural e para o direito positivo, que não se preocupam com a dor e o sentimento das pessoas que integram os Estados. O discurso é sempre feito no sentido *lato* de desrespeito a valores ditos universais, que torna impossível uma reivindicação da justiça pela via legislativa.

Desse modo, a necessidade de se buscar a definição da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito subjetivo. De fato, é esta ideia moderna subjetivista do direito que sustenta a ideia de liberdade para os Direitos Humanos.

Contudo, a liberdade aqui não é vista dentro de uma concepção comunitária, ela é enxergada dentro da ótica da individualidade, do egoísmo ditado pelos países Ocidentais dominantes e dentro de uma estrutura legalista que possa garantir um modelo próprio denominado de democrático. Prega-se, por meio desta liberdade individual, o surgimento da igualdade universal que será hegemônica e controlada pelo direito positivo, que prevê os diversos tratados internacionais.

Os Direitos Humanos deixaram de ser um modelo de resistência e utopia possível e passaram a ser representantes de governos, instituições e políticas liberais, norteados por contratos sociais de baixa intensidade, grandes negócios comerciais e econômicos e de pessoas fundadas na autonomia à moda kantiana, que se desvinculam de suas realidades próprias, de suas vivências, dores, alegrias e deixam de compreender o seu entorno e somente se preocupam com o *si mesmo* ditado por supostos valores universais.

Devemos superar esta ideia de que os Direitos Humanos irão salvar o mundo, ou de que uma lei universal, sem contradição, pode permitir a supressão dos conflitos e, portanto, a codificação é a salvação da humanidade.

Está demonstrado que os Direitos Humanos não discutem e não promovem uma crítica da lei, pois a sua legitimação ocorre por meio da positivação, que assegura a liberdade e a igualdade.

Então qual a alternativa existente para a superação da banalização dos Direitos Humanos?

A única saída que se apresenta como viável é uma leitura dos valores humanos. A compreensão exata destes valores permitirá um diálogo possível, pautado pela não violência, uma linguagem que estabelece conexões emocionais capazes de ampliar o conhecimento e o entendimento.

A compreensão dos valores humanos das diversas sociedades permite a construção de uma linguagem que não seja marcada por uma ideologia dominante, que reconheça as diferenças e os sofrimentos, mas que respeite a intimidade do outro, a sua memória, as suas tradições, a sua cultura, livre de uma base normativa divina e positivada, pautada pela compreensão da diferença.

Além disso, deve-se ter em conta a possibilidade da mudança no tempo e a identificação dos valores permanentes.

Nesse processo de diálogo é preciso respeitar e ser respeitado, ouvir e ser ouvido, saber que a reivindicação de direitos pode ser própria para alguns, mas não é para outros, entender que nesta reivindicação há ínsito, também, o cumprimento de obrigações.

Deve-se ter em conta que a liberdade está dentro de cada ser humano e o seu exercício só ocorre na relação com o outro. A liberdade do outro tem a capacidade de elevar a minha liberdade ao infinito se temos claro o limite do nosso agir.

É só no cultivo do amor pelo outro, pelo respeito àquilo diferente da minha realidade é que poderemos avançar. Esta capacidade de reinventar é própria do homem. Só o homem tem esta capacidade de inventar e de se abrir para uma nova realidade.

Portanto, devemos buscar uma nova linguagem que nos permita colocar o que trazemos em nossa bagagem interna (valores) para o convívio de todos. Assim, compreendendo os valores humanos temos condições de entender as diversas culturas, sem tentar sobrepor uma a outra ou depreciar uma em relação à outra.

Dessa maneira, o papel atual dos Direitos Humanos deveria ser o de buscar as diversas formas de conhecimento para explicar como as estruturas e a organização do mundo se encontra, permitindo uma análise da transformação do homem e da realidade que o circunda. A identificação das regras e valores permitiria a escolha mais adequada da solução de possíveis conflitos.

Os valores humanos são os princípios que fundamentam a consciência humana e estão presentes em todas as culturas, religiões, credos, grupos, sociedades e filosofias, não se importando com cor, raça ou sexo. É uma energia que pulsa em cada ser humano, pois orientam o comportamento, a inteligência e a criatividade de cada homem.

Não há espaço neste texto para aprofundamento sobre os valores humanos, mas podemos afirmar que a compreensão de conceitos, como verdade, paz, amor, ação, violência, podem nos levar à compreensão de outros valores, como justiça, honestidade, paciência, tolerância, amizade, igualdade, dever, ética, dignidade, fraternidade e solidariedade, por exemplo.

O importante é se ter claro que se há algo no homem que permite uma leitura universal é a leitura dos seus valores e não a universalização de valores. Por outras palavras, o que seria possível dentro do campo da universalidade é a compreensão dos diversos valores humanos, a sua correta conceituação, o respeito pelas diferenças encontradas e a abertura para o diálogo.

Enfim, somente essa análise das circunstâncias da vida, da compreensão dos limites planetários, que nos obriga ao convívio na Terra, da pluralidade de culturas e das diversidades humanas é capaz de ampliar nossas consciências, permitindo uma construção ética e estética do bem, no qual os valores humanos deixam de ser algo abstrato para se tornarem virtudes libertárias que livram o homem da ignorância e do convívio com o outro, permitindo que todos juntos possamos promover um salto civilizatório.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vallandro; Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

AYUSO, Miguel. Liberdades e Direitos Humanos. In: FERREIRA, Paulo (Org.). *Direitos Humanos – teorias e práticas*. Coimbra: Almedina, 2003.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BLOCH, Ernst. *Derecho Natural y Dignidad Humana*. Madrid: Dykinson, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- CASSIER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Campinas: Ed. da Unicamp, 1992.
- DELACAMPAGNE, Christian. *A filosofia política hoje: ideias, debates, questões*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DRIVER, Stephanie Schwartz. *A declaração de Independência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.
- FERREIRA, Jivago S. G. Tomás de Aquino: Lei Natural e Racionalidade Ética In: SGANZERLA, Anor; FALABRETTI, Ericson Sávio; BOCCA, Francisco Verardi (Org.). *Ética em Movimento*. São Paulo, Paulus, 2009.
- FORTES, Luiz Roberto Salinas. *Rousseau: o bom selvagem*. São Paulo: FTD, 1989.
- FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos – os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- HOORNAERT, Eduardo, As comunidades cristãs dos primeiros séculos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ISKANDER, Jamil Ibraim; OLIVEIRA, Jelson Roberto. Agostinho: Amor como princípio Ético. In: SGANZERLA, Anor; FALABRETTI, Ericson Sávio; BOCCA, Francisco Verardi (Org.). *Ética em Movimento*. São Paulo: Paulus, 2009.
- JAUCOURT, Chevalier de. Igualdade Natural. In: DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean Le Rond. *Verbetes Políticos da Enciclopédia*. São Paulo: Discurso Editorial: Ed. da Unesp, 2006b.
- _____. Lei Natural. In: DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean Le Rond. *Verbetes Políticos da Enciclopédia*. São Paulo: Discurso Editorial: Ed. da Unesp, 2006.
- KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. São Paulo: Edições 70, 2010.
- LEBRUN, Gérard. Contrato social ou negócio de otário? In: *A filosofia e sua história*. São Paulo: Cosac Naif, 2006.

José Fernando Vidal de Souza, Orides Mezzaroba

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: Ensaios sobre a alteridade*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. *Humanismo do outro homem*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

LONGO, Leyla. *Linguagem e Psicanálise*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

LYRA FILHO, Roberto. *Carta aberta a um jovem criminólogo*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982.

_____. *O que é direito?* 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

_____. A. (Org.). *Ética e Utilitarismo*. Campinas: Aléna, 1998.

MORIKAWA, Márcia Mieko. A “Estranha” Ideia dos Direitos Humanos – O caso do Japão. In: BOCHENEK, Antônio César; TAVARES NETO, José Querino; MEZZAROBA, Orides. *Diálogo entre Culturas – Direito a ter Direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2001.

NASSER, Maria Celina de Q. Carrera. *O que dizem os símbolos?* São Paulo: Paulus, 2003.

RIBEIRO, Renato Janine. *A Democracia*. São Paulo: Publifolha, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983a.

_____. *Do Contrato Social*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983b.

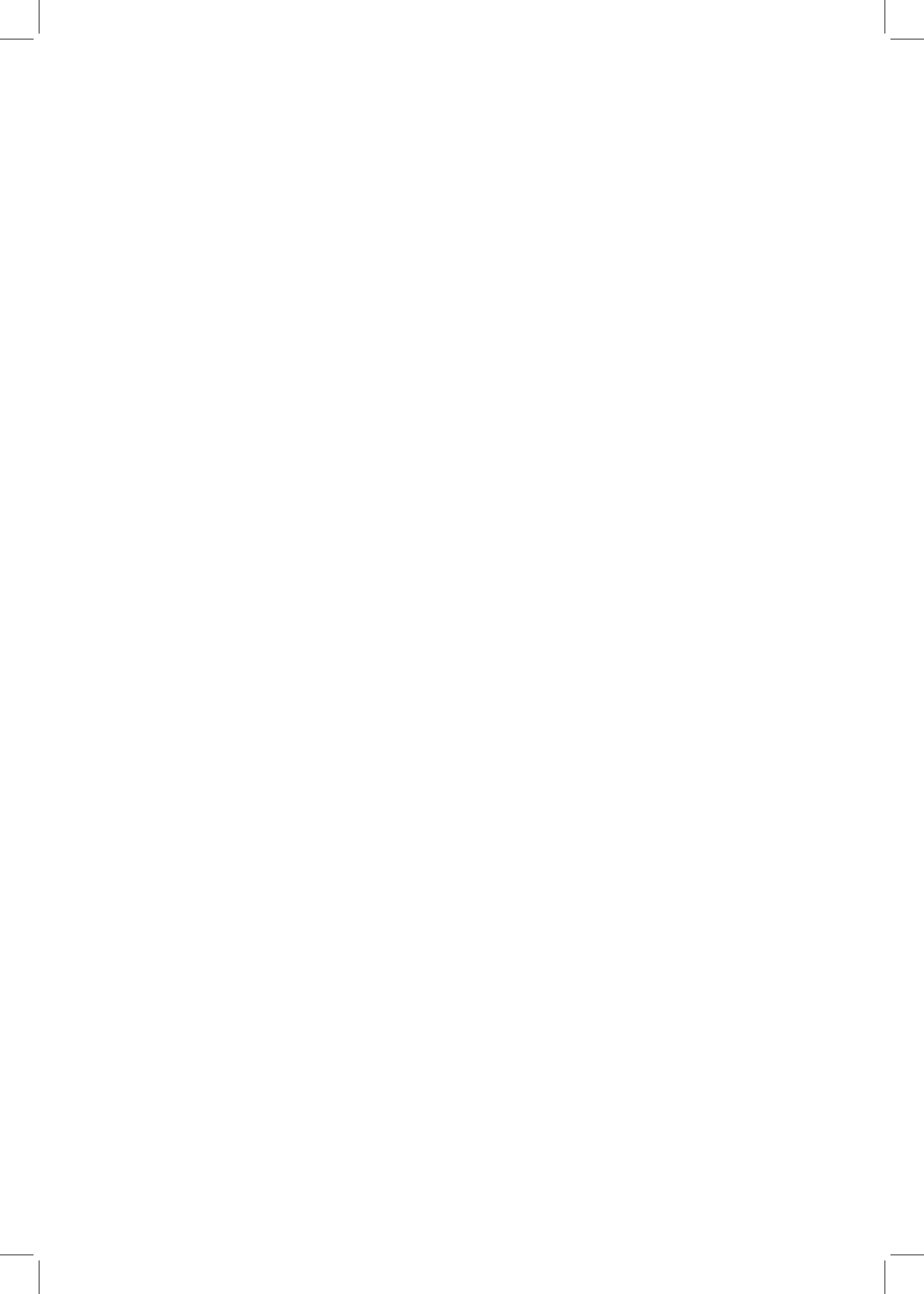
SOUZA, José Fernando Vidal de. Justiça e equidade. In: CHAGAS, Silvio Donizete (Org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2002.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WARAT, Luís Alberto. *A rua grita Dionísio! – Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano M. Bastos. *Filosofia do Direito uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.



Capítulo I I

Desafios na Implementação dos Direitos Fundamentais Civis - Doutrina e Estudos de Casos Concretos



LAICITÀ E LIBERTÀ NELLE AULE SCOLASTICHE: DEL CROCIFISSO E DI ALTRI SIMBOLI

Simone Pajno*

1 PREMESSA

Come è risaputo, la questione della affissione del crocifisso (o di altri simboli religiosi) nelle aule scolastiche è di grande attualità. Essa è inoltre di grande interesse, tra le altre ragioni anche perché si presta ad essere affrontata in modo sostanzialmente sovrapponibile in molti ordinamenti costituzionali occidentali (almeno europei), nonché, per certi versi (ma con alcuni necessari distinguo) nell'ordinamento CEDU. Le disposizioni costituzionali (o convenzionali) rilevanti sono poche e tutto sommato abbastanza simili, di talché le soluzioni che di volta in volta si propongono sono sovente declinabili per diversi ordinamenti, anche se per l'ordinamento CEDU bisogna ovviamente tener conto della dottrina del margine di apprezzamento.¹ Il dibattito che si è sviluppato al riguardo ha dunque per lunghi tratti carattere sostanzialmente transnazionale, e ciò consente di prendere in considerazione argomenti che sono stati sviluppati anche nell'ambito di esperienze giuridiche diverse.

Una ulteriore precisazione può essere opportuna. Come non di rado avviene nei gangli dei processi interpretativi del diritto costituzionale contemporaneo, anche in alcune delle questioni che si affrontano in questa sede un ruolo significativo è ricoperto dalla prospettiva di moralità politica preferita in relazione ad alcuni nodi molto importanti, di talché è possibile che talune delle conclusioni cui si giungerà non siano condivise da chi non condivide tale prospettiva (in particolare, ad esempio, in relazione alla concezione della libertà della persona).² Per approfondire il discorso giuridico sul punto, dunque, sarebbe necessario confrontarsi su tali prospettive valutandole criticamente, il che, evidentemente, esula dalle possibilità di questo scritto.³

*Associate Professor of Constitutional Law, University of Sassari.

¹ Una recente disamina di alcuni dei problemi connessi al tema del margine di apprezzamento è contenuta in I. Anrò, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, Napoli, Esi, 2010, 7 ss. In relazione alla specifica questione di cui qui ci si occupa cfr. I. Ruggiu, *Il ricorso al "margine di apprezzamento" nella decisione Lautsi v. Italia, 18 marzo 2011: una scelta davvero obbligata?*, in S. Pajno, P. Pinna (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche, la libertà religiosa e il principio di laicità*, Napoli, Jovene 2012.

² Si vedano, soprattutto, le considerazioni proposte al par. 5.2.

³ Mi occupo degli aspetti teorici di questo problema nel mio *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Perché non possiamo fare a meno del punto di vista interno*, in lavorazione, destinato alla pubblicazione per i tipi di Giappichelli.

Procedo senza ulteriori indugi ad entrare *in medias res*, provando innanzi tutto a tracciare una topografia delle questioni sul tappeto, che sono numerose, e che spesso vengono intrecciate l'una all'altra quando, invece, converrebbe distinguerle.

2. I (MOLTEPLICI) TERMINI DELLA QUESTIONE

Se in un'aula scolastica sia possibile la affissione di un crocifisso (o se, come nel noto caso *Lautsi* sia giuridicamente consentito imporne la doverosità), o di altri simboli religiosi ci interroga innanzi tutto in relazione alla libertà religiosa. Al riguardo, però, deve essere considerata sia la libertà religiosa di chi si riconosce nel simbolo (o nei simboli) affissi, che la libertà religiosa di chi *non* si riconosce nel simbolo (o nei simboli) affissi. La prima si esplica *mediante* la affissione del simbolo. La seconda tramite una *resistenza* alla affissione (o almeno la possibilità di una resistenza: ma su questo si vedano le considerazioni esposte in seguito). Inoltre deve essere considerato che – a prescindere dalla circostanza che un individuo si riconosca o meno in un simbolo – non pochi considerano rientrante nella libertà religiosa negativa anche la possibilità di evitare di esplicitare la propria posizione al riguardo. Evocare la libertà religiosa, dunque, significa evocare un mondo complesso, nel quale è necessario muoversi con cautela.⁴

In secondo luogo, rileva la questione della conformazione (da un punto di vista dell'orientamento *anche* religioso) dell'istruzione pubblica. Anche questo secondo aspetto ha molte facce, poiché se da un lato non si esita a riconoscere ai genitori il diritto a fornire l'educazione che ritengono preferibile, mediante il ricorso ad istituzioni private e ad organizzazioni di tendenza, dall'altro si afferma la necessità di preservare il carattere di *neutralità* della scuola pubblica. Per di più non è possibile qui non richiamare anche la questione della possibile compressione di tale carattere

⁴ O. Chessa, *La laicità come uguale rispetto e considerazione*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, 27 ss., part. 37-39, ritiene «un errore» impostare il problema facendo riferimento alle pretese che in questa vicenda potrebbe avanzare la libertà religiosa. Questo A. ritiene preferibile non impostare la questione del crocifisso alla luce della libertà religiosa (positiva e negativa) perché altrimenti sorgerebbero problemi difficilmente risolvibili. In particolare, ci si troverebbe a dover «ponderare [...] due differenti profili di un medesimo diritto fondamentale, senza che soccorrano criteri certi di bilanciamento». Per questa ragione sarebbe preferibile limitarsi ad impostare la questione facendo riferimento soltanto al principio di laicità (costruito, nella ricostruzione dell'A., anche facendo leva sulla libertà religiosa). Queste considerazioni non sono condivisibili. Che, dal punto di vista del diritto costituzionale, si debbano affrontare questioni spinose, ove si prendano in considerazione i profili legati alla libertà religiosa, è senza dubbio vero. Ma ciò non è una buona ragione per non affrontare il problema. Bisognerebbe sostenere che la libertà religiosa, nel nostro ordinamento costituzionale *non riguarda* anche la libertà dal proselitismo altrui, e dunque la libertà dall'esposizione dal simbolo, e *non comprende* altre pretese, come quella a *non rivelare* la propria posizione religiosa. Ma che sia *questa* la concezione della libertà religiosa preferibile, e non quella più generale di *assenza di costrizioni* in materia religiosa, deve essere dimostrato. Ad ogni modo – nei ristretti limiti di questo scritto – nelle pagine seguenti si proverà a mostrare come i problemi che sorgono impostando la questione in termini di libertà religiosa siano risolvibili.

di neutralità da parte dei comportamenti di quegli insegnanti che portano *sul proprio corpo*, ma in modo visibile, simboli religiosi. Come è noto, si tratta di una questione che si è in concreto posta più volte, e che è arrivata in svariate occasioni anche all'attenzione della Corte di Strasburgo.

In terzo luogo, il problema della possibilità di affiggere simboli religiosi alle pareti di un'aula scolastica deve essere affrontato anche alla luce del principio di laicità dello Stato e delle istituzioni pubbliche in generale. È necessario capire cosa comporta questo principio per il caso concreto. Se esso sia compatibile addirittura con la affissione di *un solo* simbolo – il crocifisso – come è stato sostenuto in alcune circostanze,⁵ se esso richieda semplicemente la *uguaglianza* rispetto alla fedi (quantomeno in relazione alla libertà religiosa), ovvero se esso sia soddisfatto solo dalla soluzione più “radicale” della esclusione della possibilità di affiggere *qualunque* simbolo religioso.

Infine, una questione che deve essere affrontata, è quella della *valenza* del simbolo. In svariate occasioni, infatti, la affissione del crocifisso alle pareti di una scuola è stata giustificata in ragione della significato *anche* non religioso del simbolo stesso, ed in particolar modo del suo valore identitario. Conviene affrontare subito tale questione, per sgombrare il campo dall'argomento menzionato, a mio modo di vedere davvero fuori bersaglio, in modo da potersi poi dedicare a problemi di più difficile soluzione.

3 LA VALENZA NON RELIGIOSA DEL CROCIFISSO

L'argomento della valenza ultrareligiosa del crocifisso è presente nel dibattito pubblico in due differenti versioni, non necessariamente alternative. Secondo la prima versione, il crocifisso avrebbe ormai generalmente assunto il significato di un simbolo – non solo religioso, ma anche laico – di pace e fratellanza tra gli uomini. La seconda versione afferma, invece, che il crocifisso rappresenterebbe oggi, dopo secoli di storia, un simbolo proprio del popolo italiano. La valenza ultrareligiosa non sarebbe data dalla sua generalità, ma, al contrario, dalla circostanza che in esso si riconoscerebbe ormai un popolo – in particolare il nostro – con la sua storia. Dall'una e dall'altra prospettiva sovente si muove per fondare la legittimità di una affissione del simbolo nelle aule scolastiche.⁶ Conviene affrontarle singolarmente.

⁵ Così, ad esempio, F. Paterniti, *Tutelare il crocifisso quale simbolo del patrimonio storico e dell'identità culturale della nazione*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa*, Torino, Giappichelli, 2004, 265 ss.

⁶ A partire almeno da Cons. Stato, sez. II, par. 27 aprile 1988, n. 63, ove si legge che il crocifisso «rappresenta il simbolo della civiltà e della cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendente da una specifica confessione religiosa», e inoltre fa parte del «patrimonio storico» del Paese. Si vedano anche la sent. n. 56 del 2004 della sez. I del TAR Veneto, la quale giunge addirittura ad affermare che il crocifisso sarebbe ormai divenuto simbolo della stessa laicità, nonché TAR Veneto, sez. III, sent. n. 1110 del 2005, e Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 556 del 2006 (anche se in questi ultimi

Che il crocifisso sia ormai un simbolo universale di pace e fratellanza tra gli uomini è una affermazione falsa in fatto. Mi spiego meglio, sperando di non urtare la sensibilità di nessuno. Il significato di un simbolo non è, evidentemente, una sua proprietà ontologica. Un simbolo ha il significato che gli viene attribuito. Ora, non c'è dubbio che, ormai, la tradizione cristiana attribuisce al crocifisso il significato in questione, e probabilmente è vera anche l'affermazione secondo la quale molte persone che non aderiscono alla religione cattolica sono disposte a riconoscerglielo. Il fatto è, però, che la storia e la attuale percezione di questo simbolo sono complesse, sfaccettate e stratificate. La storia del crocifisso è anche una storia di imposizione e violenza. Per secoli il crocifisso è stato per gli ebrei un segno di tutto ciò. È difficile negare che – per *quella* tradizione – il significato del crocifisso sia stato quanto di più lontano dalla pace e dalla fratellanza tra gli uomini ci possa essere.⁷ In modo non dissimile, probabilmente, è possibile ragionare per i musulmani, e certo sarebbe interessante prendere in considerazioni studi antropologici sul modo in cui il simbolo in questione è stato percepito dagli originari abitanti del nuovo mondo. Non è certo possibile affermare che *questa* tradizionale attribuzione di significato al crocifisso sia giunta inalterata fino a noi. Però non ci dovrebbe stupire che un musulmano o un ebreo oggi in Italia percepiscano il crocifisso come qualcosa di molto lontano dalla pace e dalla fratellanza che la tesi qui discussa gli attribuisce, se non come qualcosa di addirittura opposto. Certo, il significato dei simboli si evolve, e ora non possiamo sapere se, in futuro, tale attribuzione di significato avrà davvero quella generalità che oggi alcuni sostengono. Può darsi che anche chi è portatore di una tradizione diversa,

casì l'accennato ruolo simbolico del crocifisso è predicato soprattutto in relazione al contesto italiano). Cfr. anche P. Cavana, *La questione del crocifisso in Italia*, in *www.oler.it*, secondo cui «nei paesi cattolici [...] il crocifisso è percepito come simbolo di valori universali» (6).

⁷ Cfr. al riguardo quanto osserva lo storico S. Luzzato, *Il crocifisso di Stato*, Torino, Einaudi, 2011, 17 ss. Sul punto si vedano le icastiche ed efficaci considerazioni di R. Bin, *Inammissibile, ma inevitabile*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa*, cit., 37 ss., part. 39-40: «Non voglio neppure controbattere alla tesi per cui il crocifisso sia, non già un simbolo religioso, ma un simbolo di valori universali dell'umanità. Qualsiasi tifoso della Juventus o del Milan è spontaneamente indotto a credere che i suoi colori (e valori) trascendano la propria fede e rappresentino un faro per tutti: tifosi sono, e questo basta. I tifosi, si sa, leggono poco, se non le gesta dei propri eroi: un po' di letteratura yiddish forse basterebbe a far loro capire che cosa provavano gli ebrei russi o polacchi quando vedevano avanzare la croce, preannuncio del pogrom, non mille, ma cent'anni fa, sin poco prima che si affacciasse Hitler, anch'egli sotto le insegne di una croce». Non va dimenticato tra l'altro che solo con la *Nostra Aetate*, adottata nell'ambito del Concilio Vaticano II nel 1965, la Chiesa cattolica prende esplicitamente le distanze dalla accusa di «deicidio» a carico del popolo ebraico, e che solo pochi anni prima, nel 1959, papa Giovanni XXIII determinò la eliminazione della espressione «perfidì giudei» nelle formule liturgiche del Venerdì santo (cfr. V. Mancuso, *Io e Dio. Una guida dei perplessi*, Milano, Garzanti, 2011, 240-241). Si veda inoltre J. Luther, *Istruire la storia del crocifisso*, nel medesimo volume appena citato, 192, il quale richiama l'attenzione anche sul valore che il *crocifisso* ha per l'esperienza protestante: è un «simbolo cattolico, tendenzialmente monocoessionale», mentre la *croce* è un simbolo «cristiano e condiviso da più religioni».

come un ebreo o un musulmano, in futuro si lasci convincere in tal senso. Ma certo il peggior modo di ottenere questo risultato è pretendere che *già oggi* il crocifisso abbia questo significato universale solo perché noi lo interpretiamo così. Insomma, niente vieta di affermare che per me, per te e per tante altre persone il crocifisso significhi pace e fratellanza tra gli uomini. Ma ciò non consente di sostenere che sia un simbolo *generale* di pace e fratellanza, finché tante altre persone lo considereranno alla luce della storia della violenza che purtroppo è stata perpetrata in suo nome. Se si vuol conseguire questo risultato il primo passo sarebbe proprio a rinunciare ad affermare *oggi* questa universalità e la ostensione del simbolo nelle istituzioni di tutti.⁸

La tesi secondo la quale il crocifisso sarebbe ormai un simbolo proprio della storia del popolo italiano potrebbe forse anche essere vera.⁹ Non intendo confrontarmi con il merito di questa affermazione.¹⁰ Intendo invece mostrare come essa, anche se fosse vera, è irrilevante per il problema che qui ci occupa.

Possiamo senz'altro affermare che è giusto – costituzionalmente legittimo – imporre nelle aule di una scuola pubblica, connotandola di conseguenza, un

⁸ In senso contrario rispetto a quanto sostenuto nel testo non vale l'argomento per assurdo secondo cui se si togliesse il crocifisso dalle aule scolastiche italiane, allora bisognerebbe eliminare dai programmi di studio opere come la *Divina Commedia*, il *Beato Angelico* e i dipinti di Raffaello e Michelangelo (così. G. Savagnone, *Dibattito sulla laicità. Alla ricerca di una identità*, Torino, Elledici, 2006, 40). Ciò in quanto appare davvero poco convincente mettere sullo stesso piano l'affissione di un simbolo alle mura di una istituzione pubblica e l'oggetto degli studi scolastici. Il primo – ma sul punto si tornerà nelle pagine che seguono – comporta la accettazione, da parte della istituzione, del simbolo e del suo significato, e, in una certa misura, la disponibilità di quella a farsi connotare da questo. Lo studio di un fenomeno, invece, non pregiudica in alcun modo la presa di posizione – anche di tipo valutativo – sul fenomeno stesso: nel senso che tale presa di posizione potrà esserci come non esserci, e potrà essere positiva come negativa. E, ovviamente, nei programmi scolastici non potranno non essere presenti tutti quei fenomeni che hanno caratterizzato, nel bene e nel male, la nostra storia e la nostra cultura. Ma ciò non comporta una *adesione* al fenomeno, né tantomeno la rinuncia alla sua comprensione critica. Con questo modo di ragionare dai programmi scolastici andrebbe espulso il fascismo, perché il nostro sistema costituzionale è programmaticamente costruito su un suo rifiuto (basti pensare alla XII delle *Disposizioni transitorie e finali*). Insomma, non studiamo solo ciò che riteniamo esprima valori in cui tutti si riconoscono. Anzi, studiamo anche fenomeni in cui il nostro ordinamento, per espressa disposizione costituzionale, non si riconosce. La circostanza secondo la quale «da quasi totalità delle opere d'arte prodotte nel corso della nostra civiltà (...) sono impregnate di una visione religiosa» (G. Savagnone, *op. cit.*, 40) è dunque del tutto indifferente in relazione alla decisione se studiarle nelle scuole oppure no. Ciò che conta è che esse siano o meno importanti (e quanto lo siano) per la formazione culturale degli studenti, in base al loro valore artistico. Argomenti del genere di quelli sviluppati in questa nota sono proposti anche da M. Bignami, *Il crocifisso nelle aule scolastiche dopo Strasburgo: una questione ancora aperta*, in S. Pajno, P. Pinna (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche, la libertà religiosa e il principio di laicità*, cit., par. 2.

⁹ T. De Mauro, *Scuola e cultura laica*, in G. Preterossi (c cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 97 ss., part. 102, riporta il dato secondo il quale 84 per cento della popolazione italiana ritiene il crocifisso «un tratto della tradizione culturale nazionale».

¹⁰ Una sua critica è invece contenuta in C. Fusaro, *Pluralismo e laicità. Lo Stato non può ridurre la fede a cultura, né costruire sul fatto religioso identità partigiane*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa*, cit., 151-152.

simbolo sol perché esso rappresenta la *storia* del popolo italiano? A mio modo di vedere la risposta è negativa. Non c'è dubbio che – da un punto di vista sociologico – il popolo italiano sia caratterizzato da alcuni simboli, credenze, tradizioni, che lo coinvolgono complessivamente. Da un punto di vista giuridico, però, non è così. Per il diritto costituzionale il popolo italiano è formato dall'insieme dei suoi cittadini in un determinato momento storico, e ciò che lo unisce non è un insieme di tradizioni, credenze e simboli, ma i valori, le istituzioni e i principi della Carta costituzionale, e il simbolo – l'unico simbolo – riconosciuto da questa, ossia il tricolore italiano. Il crocifisso appeso alle mura di un'aula scolastica non si limiterebbe a dire “ciò che siamo”, ma si spingerebbe a dire “ciò che dobbiamo essere”. Questo è il fine (almeno, uno dei fini) dei simboli identitari, dei vessilli: non si limitano a illustrare da dove veniamo, ma ci dicono anche dove dobbiamo andare. E, per la nostra Costituzione, “ciò che *dobbiamo* essere” è indicato dalle norme della Costituzione stessa, e limitato ad esse: oltre c'è il regno delle libertà di ciascuno.

Tra i valori e i principi della Costituzione, del resto, uno tra i più importanti è quello del pluralismo: pluralismo politico, sociale, religioso. Ed è quello che consente oggi di accogliere anche i c.d. “nuovi italiani”. Un simbolo storico-culturale anche molto importante, invece, potrebbe non “unire” affatto l'insieme dei cittadini italiani, e potrebbe non farlo per nulla nella concreta comunità che si ritrova in una singola classe. Anche ove in esso si riconoscesse la maggior parte dei cittadini italiani, le cose non cambierebbero, perché legittimamente la minoranza negherebbe a quel simbolo l'idoneità a rappresentare un *popolo* di cui anch'essa fa parte.¹¹ Una cosa è rappresentare una *storia*, un'altra è rappresentare un popolo, ossia un *insieme di cittadini*, in un determinato momento storico.

Per di più, nella questione rileva un ulteriore, importante, elemento. Non è detto che la esposizione di un simbolo storico-culturale arrechi qualche danno o sofferenza alle persone che non vi si riconoscono né che queste ultime siano, per il solo fatto della esposizione, lese nei loro diritti costituzionalmente garantiti. È necessario capire di che simbolo si tratta. Per quel che qui interessa, soccorre allora un'ultima considerazione. Il crocifisso potrebbe avere anche un significato storico-culturale ben preciso per il popolo italiano. E magari pure un significato *universale* di pace e fratellanza (anche se più sopra si è argomentato in senso contrario). Il fatto è che – nonostante ciò – mantiene *anche* il significato religioso. E al fenomeno religioso, nelle sue varie vesti, le costituzioni contemporanee, e tra queste quella italiana,

¹¹ C'è da dire, peraltro, che l'argomento della tradizione culturale non è risolutivo neanche nei confronti di chi di quella tradizione fa parte a pieno titolo. Come è stato osservato, infatti, è necessario «riconoscere al singolo individuo l'autonomia dalla propria stessa tradizionale comunità di appartenenza» (G. Brunelli, *Neutralità dello spazio pubblico e «patto repubblicano»*. Un possibile modello d'integrazione sociale, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa*, cit., 52).

dedicano norme di grande importanza, prime tra tutte le libertà di fede e di culto, in senso negativo e in senso positivo. La ragione è nota, ed è stata efficacemente indicata, nel seminario da cui questo volume trae spunto, da Marco Bignami: «Fin troppo violenta è stata l'invasione della religione quale arma di terribile conformismo sociale», a tal punto che, secondo una autorevole corrente di pensiero, la «riflessione moderna sulle libertà» nasce dall'esperienza delle persecuzioni religiose.¹² L'eventuale valenza storico-sociale del simbolo, dunque, non fonda la possibilità di imporre la sua affissione alle mura di un'aula scolastica, e non esclude che questa evenienza debba essere valutata alla luce delle norme sulla libertà religiosa e del principio di laicità dello Stato.¹³

4. IL PROBLEMA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA

4.1 IL VERSANTE NEGATIVO: LA LIBERTÀ DAL SIMBOLO

Quanto alla libertà religiosa, il primo punto di vista dal quale la questione è stata portata all'attenzione della sfera pubblica è quello delle persone che ritenevano leso l'aspetto negativo di tale propria libertà dall'essere costretti a *subire* la presenza di un simbolo nel quale non ci si riconosceva.

Questo è un primo punto che è necessario mettere a fuoco bene. La libertà religiosa è innanzi tutto, in generale, *libertà da*, assenza di costrizioni in materia religiosa, e dunque non solo diritto di non essere costretti a compiere riti religiosi, ma anche diritto di *non essere costretti a subire l'attività religiosa altrui*, ad es. l'attività di proselitismo.

¹² M. Bignami, *Il crocifisso nelle aule scolastiche*, cit., rispettivamente par. 3 e par. 4. Il riferimento è a J.S. Mill, *La libertà*, trad. it. Milano, BUR, 2009. Cfr. anche V. Mancuso, *Io e Dio*, cit., 216 ss.

¹³ Mi pare che a queste conclusioni si debba giungere ove si prendano le mosse, nell'interpretazione del simbolo, dal «principio di massima inclusione di significato», come suggerito da A. Morelli, *I simboli presi sul serio. Riflessioni sulla "simbolica di Stato" nelle democrazie pluraliste*, in www.forumcostituzionale.it, 4 novembre 2003, e da O. Chessa, *Laicità come uguale rispetto e considerazione*, cit., 44 ss. Talvolta, peraltro, l'argomento del «diritto» del popolo «ad essere se stesso» (G. Savagnone, *Dibattito sulla laicità*, cit., 40), è utilizzato in una prospettiva che non lo disgiunge affatto dal suo valore religioso. In questi casi l'argomento suona così: siccome in Italia (nel nostro caso) la maggior parte delle persone è di fede cattolica, allora il «diritto del popolo ad essere se stesso» comporta la possibilità che si decida di appendere il crocifisso alle pareti delle aule scolastiche. Come si mostrerà più diffusamente nelle pagine che seguono, l'idea secondo la quale la affissione del simbolo in questione rappresenta una importante manifestazione positiva della identità religiosa di persone in carne ed ossa, e per questo deve ritenersi «coperta» dalle norme costituzionali sulla libertà religiosa merita di essere presa sul serio. Tuttavia il modo in cui l'Autore appena citato declina questa idea, legandola non a singoli individui, ma ad un «popolo», è del tutto inaccettabile dal punto di vista del diritto costituzionale, poiché la libertà religiosa, anche positiva, è comunque una libertà degli individui, magari raccolti nelle «formazioni sociali» di cui discorre l'art. 2 Cost., ma non certo del «popolo» considerato nel suo complesso, il quale peraltro non ha altra via di far sentire la propria voce che per il tramite dei poteri pubblici (restando da canto la questione del *referendum*).

È diritto di «*professare liberamente la propria fede religiosa*»: liberamente, in assenza di qualunque costrizione, restrizione, vincolo o influenza proveniente terzi, il “diritto ad essere lasciati soli in materia religiosa.”¹⁴ Questa libertà è compressa quando non ci possiamo liberamente sottrarre, tramite l’esercizio della nostra volontà, da questi vincoli o da queste influenze. E, se si deve frequentare una aula scolastica nella quale sta affisso un crocifisso, non si è del tutto liberi di professare la propria religione in assenza di influenza di terzi, poiché a questa influenza non ci si può sottrarre. Quindi, chi è costretto a subire la presenza di un simbolo religioso nel quale non si riconosce vede compressa la propria libertà religiosa negativa, intesa come libertà *dalla religione*.¹⁵ Ora, è possibile ritenere che si tratti di una compressione di scarso peso, ovvero che, tutto considerato, è necessario, in virtù del riconoscimento dovuto ad *altre* libertà costituzionali, in determinate circostanze è necessario accettare una tale limitazione. Mi pare però davvero difficile negare che tale limitazione vi sia: chi, in un’aula scolastica, si ritrova a dover stare dinanzi ad un simbolo religioso in cui non si riconosce, con la sola alternativa di accettare la situazione o di uscire dall’aula per sottrarsi al simbolo, subisce una imposizione, una piccola violenza. Poi potremo forse arrivare alla conclusione secondo la quale nonostante l’esistenza *prima facie* di una compressione della libertà religiosa di alcuni, è però costituzionalmente necessario, *tutto considerato* e almeno in talune circostanze, che tale piccola violenza sia sopportata. Però mi pare davvero difficile non riconoscere quest’ultima, e l’onere argomentativo grava su coloro che ritengono necessaria questa piccola imposizione, non su chi afferma le ragioni contrarie.

4.2 IL VERSANTE POSITIVO: LA LIBERTÀ NEL SIMBOLO

Alcuni hanno cercato di assolvere a quest’onere argomentativo evocando un secondo punto di vista dal quale la libertà religiosa rileva. Si tratta del punto di vista di colui il quale si riconosce nel simbolo affisso. Qui, come è evidente, rileva

¹⁴ Non si tratta certo di una posizione originale. In tal senso, ad es., cfr. F. Finocchiaro, *Art. 19*, in *Commentario della Costituzione*, iniziato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli-il Foro italiano, 1977, 259.

¹⁵ Questa impostazione parrebbe contraddetta dalla tesi, accolta come si sa anche dalla Corte di Strasburgo in *Lautsi II*, secondo la quale il crocifisso sarebbe un “simbolo passivo”, in quanto tale non in grado di arrecar danno alcuno (parr. 72-74 della sentenza). Per una convincente critica della utilizzazione di questo argomento da parte della Corte cfr. F.M. Palombino, *La decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Lautsi: un uso incongruo della nozione di “simbolo passivo”*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, 463. Al riguardo – anche per riferimenti alla giurisprudenza statunitense, nel cui contesto comincia ad essere adoperata l’espressione in questione – cfr. A. Sciortino, *Simboli religiosi, spazio pubblico e società plurali: un approccio costituzionalmente orientato*, in S. Pajno, P. Pinna (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche, la libertà religiosa e il principio di laicità*, cit. Contesta la tesi del “simbolo passivo” anche M. Bignami, *Il crocifisso nelle aule scolastiche*, cit., par. 2.

il versante positivo della libertà in questione. Chi professa un credo religioso può legittimamente vedere come manifestazione della sua libertà positiva la affissione alle pareti della propria aula scolastica del simbolo di quel credo. L'Autore che, nel dibattito dottrinale, ha di recente posto con maggior veemenza e convinzione l'accento sul questo aspetto del problema è stato Joseph Weiler.¹⁶ Si tratta di un contributo molto importante, poiché troppo spesso non ci si è accorti come le ragioni della libertà di culto, nella vicenda di cui qui si tratta, non spingono solo e soltanto in una direzione. Anche in questo caso, peraltro, è necessaria la precisazione già compiuta più sopra: il riconoscimento che la affissione di un simbolo religioso può rappresentare la manifestazione di una libertà costituzionale positiva non conduce, comunque e da solo, alla conclusione secondo la quale il diritto costituzionale vigente consente tale esposizione. È viceversa possibile che la considerazione di altre e diverse ragioni spinga a concludere diversamente.

Mi pare inoltre il caso di evidenziare come quello della libertà religiosa positiva non sia un argomento spendibile in tutte le circostanze in cui un crocifisso, o un altro simbolo, viene appeso alle mura di un edificio scolastico pubblico. Bisogna capire, infatti, *chi* ha deciso quella affissione. Se a decidere è stata la pubblica amministrazione, lo Stato, o financo la legge parlamentare, mi pare infatti che tale argomento non possa essere invocato. La libertà religiosa, per quanto *positiva*, è una posizione giuridica soggettiva degli individui, magari raccolti in formazioni sociali, ma non può certo spacciarsi per esercizio di quella libertà una decisione del potere pubblico. Né si può ritenere che mutino i termini della questione per il solo fatto che la decisione è adottata mediante le vie della democrazia rappresentativa. Per quanto democratica, tale decisione è pur sempre manifestazione di potere pubblico nei cui confronti la libertà, se del caso, vanno difese, e non invece esercizio di quelle libertà. Per il nostro caso particolare, dunque, la affissione del crocifisso ad una aula scolastica potrà dirsi manifestazione della libertà religiosa positiva soltanto quando la relativa decisione proviene dall'*interno* della singola classe, e cioè quando in tal senso si siano espressi uno studente o un gruppo di studenti. Non è dunque possibile affermare che «un popolo ha diritto a essere se stesso»,¹⁷ se con ciò si vuol sostenere che, per il tramite delle istituzioni democratiche, è possibile imporre l'affissione del crocifisso alle pareti delle scuole pubbliche. Sarebbe, infatti, non una esplicazione della libertà religiosa positiva, ma una decisione dei poteri pubblici che *comprime* la libertà religiosa, nella sua valenza negativa, di coloro che nel simbolo non si riconoscono (o che comunque non desiderano subirne la esposizione).

¹⁶ Cfr. J. Weiler, *Lautsi: Crucifix in the Classroom Reduc* in *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), n. 1; Id., *Corte europea dei diritti: una precisazione lessicale in margine al caso Lautsi*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 153. Si vedano però già le considerazioni di P. Cavana, *La questione del crocifisso*, cit., 12 ss., e O. Chessa, *La laicità come uguale rispetto e considerazione*, cit., 37 ss.

¹⁷ G. Savagnone, *Dibattito sulla laicità*, cit., 40.

Alla luce di queste considerazioni è dunque agevole concludere che l'argomento della libertà religiosa positiva non può valere a giustificare né il caso italiano, né la c.d. "soluzione bavarese",¹⁸ né, infine, la recente legge della Regione Lombardia 21 novembre 2011, n. 18 (*Esposizione del crocifisso negli immobili regionali*).¹⁹ In tutte queste circostanze, infatti, ci troviamo dinanzi ad atti dei pubblici poteri che, in vario modo e, nel caso bavarese, con qualche temperamento, stabiliscono che il crocifisso debba essere appeso alle pareti delle aule scolastiche. Nessuna manifestazione di libertà religiosa positiva può dunque essere individuata in tali vicende. Né, d'altra parte, l'eventuale valenza "ultrareligiosa" del simbolo può valere a giustificare la sua affissione. Oltre alla contestabilità dell'esistenza di questa valenza, infatti, qui siamo davanti a pretese (quelle di chi *non vuole* essere esposto al simbolo) basate su libertà costituzionali, che non possono certo cedere dinanzi alla affermazione di (asserite) identità collettive extracostituzionali.

4.3 LIBERTÀ IN CONFLITTO: IL CASO DI MARCO E LEONARDO

Certamente la questione si fa più complessa, invece, quando la affissione del simbolo non è imposta dai poteri pubblici, ma deliberata all'interno della comunità della classe. In tal caso, infatti, non possono esserci dubbi: si tratta della manifestazione della libertà religiosa positiva. Un modo estremamente efficace di richiamare l'attenzione su

¹⁸ Come è noto, la "soluzione bavarese" è stata quella di *disporre* con legge la affissione del crocifisso, «in considerazione della connotazione storica e culturale della Baviera», in «ogni aula scolastica», esprimendo in tal modo «la volontà di realizzare i supremi scopi educativi della costituzione sulla base di valori cristiani e occidentali in armonia con la tutela della libertà religiosa». Al contempo, però, ove la presenza del crocifisso venga «contestata da chi ha diritto all'istruzione per seri e comprensibili motivi religiosi o ideologici», si è previsto che il direttore didattico deve cercare «un accordo amichevole», e che «se l'accordo non si raggiunge, egli deve adottare, dopo aver informato il provveditorato agli studi, una regola *ad hoc* (per il caso singolo) che rispetti la libertà di religione del dissenziente e operi un giusto contemperamento delle convinzioni religiose e ideologiche di tutti gli alunni della classe», tenendo anche in considerazione, «per quanto possibile» anche «la volontà della maggioranza». La traduzione alla quale ho fatto riferimento è quella reperibile in S. Ceccanti, *La legge bavarese sul crocifisso*, in www.forumcostituzionale.it. In Italia si sono espressi in favore di questa ipotesi, anche se talvolta con qualche distinguo, M. Cartabia, *Il crocifisso e il calamaio*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa*, cit., 63 ss., part. 68 ss.; S. Ceccanti, *Il problema del crocifisso: elogio del pragmatismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 137 ss.; Id., *E se la Corte andasse in Baviera?*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa*, cit., 1 ss., part. 21-22. Come si proverà a mostrare nelle pagine che seguono, oltre a quello appena evocato, sono anche altri gli argomenti che militano contro la legittimità costituzionale della "soluzione bavarese".

¹⁹ Si tratta di una legge che però non disciplina direttamente il caso delle scuole. Il suo art. 2, comma 1, prevede infatti che «la Regione espone il crocifisso nelle sale istituzionali e all'ingresso degli immobili regionali e di quelli in uso all'amministrazione regionale». Per quel che più immediatamente riguarda il tema di questo scritto, dunque, essa si applicherebbe solo nel caso in cui una scuola si trovasse ad operare in un immobile di proprietà della Regione Lombardia, a causa del riferimento agli "immobili regionali".

questo aspetto si deve, come si diceva, a Joseph Weiler, che, a questo fine, ha proposto un apologo di grande interesse: il caso di Marco e Leonardo.

Weiler immagina due compagni di classe, Marco e Leonardo, amici tra loro, appartenenti rispettivamente ad una famiglia religiosa e ad una famiglia non religiosa. Quando il secondo si reca a casa del primo, si stupisce della presenza di un oggetto che non conosce appeso alla parete. «È un crocifisso – gli vien detto – ogni casa dovrebbe averne uno!». Leonardo torna a casa piuttosto colpito, e chiede spiegazioni alla madre. Lei gli risponde: «Loro sono cattolici. Noi rispettiamo loro e le loro credenze». Alla richiesta del figlio di appenderne uno anche al muro della loro casa, però, la madre risponde con cortesia ma in modo fermamente negativo. E giustamente – chiosa Weiler – poiché «questa è la visione secolarizzata del mondo che vuole trasmettere ai suoi figli».

Arriva poi il momento in cui è Marco ad essere ospitato a casa dell'amico. Anche in questo caso l'ospite rimane colpito dal muro della casa del proprio anfitrione. È “stranamente” spoglio. Non c'è alcun crocifisso appeso. Anche Marco chiede spiegazioni, ed anche sua madre risponde in modo non dissimile da quella di Leonardo: «Loro sono una famiglia fantastica, ma essi non condividono il nostro credere nel Salvatore. Noi però li rispettiamo». Infine, anche in questo caso, alla richiesta del figlio di adeguare il proprio muro a quello della casa dell'amico, la madre risponde negativamente: “Noi li rispettiamo, ma per noi è impensabile una casa senza crocifisso”.

Fin qui, tutto bene. I problemi cominciano il primo giorno di scuola. Immaginiamo prima una scuola con il crocifisso. Lì Leonardo si agita: la scuola è come casa di Marco! Torna a casa dalla madre tormentato e pieno di dubbi. Weiler ci spinge a immaginare, poi, ciò che accadrebbe a scuola nell'ipotesi opposta. Questa volta è Marco ad agitarsi. La scuola è come casa di Leonardo, non come la propria: non c'è un crocifisso appeso alla parete! Torna a casa piangendo dalla madre, sconvolto, e convinto che c'è qualcosa che non va nella posizione della propria famiglia. Peraltro – aggiunge Weiler – la situazione sarebbe stata ancor più allarmante se il crocifisso, prima presente nell'aula scolastica, fosse stato tolto.

Da questo breve apologo l'Autore ritiene di poter trarre le seguenti conclusioni. Nella società contemporanea, «nella quale la “cleavage” principale [...] è tra osservanti e laici/atei, l'assenza di religione non è un'opzione neutrale». Ciò sarebbe dimostrato dallo sgomento di Marco nel riscontrare la corrispondenza della situazione della scuola a quella della casa di Leonardo. E ancora: «Lo spazio pubblico senza simboli, un muro bianco nella scuola, non è di certo quella posizione neutrale che sembra essere alla base del ragionamento della Corte [di Strasburgo]: non è certo più neutrale che avere un crocifisso sul muro». È questo il nodo dell'argomentazione proposta da Weiler: la assoluta corrispondenza, la perfetta simmetria tra le posizioni di Marco e Leonardo.

La negazione di questa simmetria sarebbe, in definitiva, «uno scaltro inganno della laicità, l'opposto esatto del pluralismo, da smascherare una volta e per tutte se vogliamo insegnare davvero ai nostri figli, credenti o meno, Cristiani, Musulmani o Ebrei, a vivere in una società armoniosa nel mutuo rispetto l'uno dell'altro».

Le questioni che Weiler legge nel suo apologo non sono limitate a quelle concernenti la limitazione della libertà religiosa positiva di Marco, ma coinvolgono anche il problema della libertà per i genitori di scegliere il tipo di insegnamento che preferiscono per i loro figli e quello della laicità dello Stato. Evidentemente si tratta di problemi connessi. Affrontiamoli, però, uno per uno. Qui cominciamo dal tema della libertà religiosa.

Io credo che l'insegnamento più importante che dobbiamo trarre dall'apologo di Marco e Leonardo è che l'opzione per il "muro bianco" – dallo specifico punto di vista della libertà religiosa – non è una opzione neutra, ma privilegia una delle parti.²⁰ A mio modo di vedere non ci sono dubbi che le cose stiano così. Il caso che stiamo studiando è evidentemente un caso di libertà in conflitto. Da un lato la libertà negativa di *non* essere esposti al simbolo, dall'altro la libertà positiva *di esporre* il simbolo, la libertà *nel simbolo*. Il "muro bianco" tutela la prima e sacrifica la seconda.

Il problema, però, non ha affatto la soluzione che sostiene Weiler.

Quest'ultimo assume che le posizioni di Marco e Leonardo siano perfettamente simmetriche, uguali e contrarie, conformate in modo tale che qualunque decisione configuri un gioco a somma zero: o privilegiamo la posizione di Marco, facendo esplicitare in pieno la sua libertà religiosa positiva mediante l'esposizione del crocifisso, e sacrificando in pieno la posizione di Leonardo e la sua libertà religiosa negativa di non subire questa esposizione. Ovvero, al contrario, tuteliamo la libertà negativa di Leonardo e sacrifichiamo del tutto la libertà positiva di Marco. Weiler ritiene di dover uscire da questa situazione di stallo utilizzando un argomento molto simile a quello già richiamato più sopra: "un popolo ha diritto ad essere se stesso". Ciascuno (ciascun popolo) ha la sua storia, la sua identità e i suoi simboli. Per questa ragione chi, in Italia, non gradisce il crocifisso deve rassegnarsi. È evidente, però, che in questo modo Weiler si pone completamente fuori dal discorso sui diritti, che pure ha contribuito ad impostare. La decisione di appendere il crocifisso viene ricondotta in ultima istanza non alle persone in carne ed ossa che ne richiedono l'esposizione in una singola e specifica aula scolastica, ma alla collettività generale, ad un popolo dotato di una tradizione, e dunque in definitiva al potere pubblico che se ne rende interprete. È un pugno sul tavolo di chi dispone di questo potere. E si è già

²⁰ Ove invece si osservi la questione dal punto di vista del principio di laicità dello Stato, la conclusione è diversa, poiché si richiede una *interpretazione* del *significato* del "muro bianco": e non è affatto detto che tale interpretazione conduca a leggere nell'assenza di simboli religiosi una manifestazione di "laicità militante". Cfr., al riguardo, quanto si osserva *infra*, al par. 6.3.

mostrato per quale ragione questo modo di ragionare non è conducente. Qui merita di essere ribadito che questo argomento è privo di pregio non solo nei confronti di chi è estraneo alla tradizione considerata, ma persino nei confronti di chi ne fa parte, poiché la nostra Costituzione riconosce i diritti di libertà dei singoli anche nei riguardi delle comunità tradizionali di appartenenza.²¹

È il presupposto dello “stallo”, del gioco a somma zero, invece, che merita di essere contestato. La posizione di Marco non è per nulla simmetrica, uguale e contraria, a quella di Leonardo, come ci dice Weiler. Certamente, ove si decidesse di appendere il crocifisso la libertà negativa di Leonardo verrebbe sacrificata del tutto. All'interno dell'aula non avrebbe alcun modo di esplicitarsi. Le cose stanno in modo significativamente differente per Marco. Costui, infatti, dovrebbe senz'altro sopportare un sacrificio nel caso in cui si decidesse di non appendere il crocifisso. Ma non per questo vedrebbe sacrificata completamente la propria libertà religiosa positiva, che potrebbe serenamente esplicitarsi anche mediante la esposizione di simboli sulla propria persona, che potrebbe avvenire pure in forma evidente, se Marco ritenesse di voler esercitare la propria libertà tramite la manifestazione *agli altri* del proprio credo religioso.²²

È evidente, dunque, che il presupposto sul quale di basa la conclusione di Weiler è del tutto fallace. Adottare una decisione nel caso in questione non equivale a un gioco a somma zero. La somma, in un caso, è negativa. È il caso in cui si decide di esporre il crocifisso, poiché si sacrifica integralmente un aspetto (quello negativo) della libertà religiosa per garantire *una esplicazione* di un altro aspetto (quello positivo) della medesima libertà. Viceversa, il gioco è a somma positiva nel caso opposto, poiché Leonardo dispone comunque di un modo per esplicitare la propria libertà religiosa positiva mediante la esposizione di simboli.²³

4.4 LA LIBERTÀ DI NON ESPORSI

Un terzo aspetto sul quale conviene spendere qualche considerazione riguarda la posizione di coloro che – non importa se si riconoscono o meno nel simbolo (o *nei* simboli) in questione – non desiderano però *esporsi*, e manifestare

²¹ Ha richiamato l'attenzione su questo aspetto G. Brunelli, *Neutralità dello spazio pubblico*, cit., 52-54, che ha invocato a sostegno di questa affermazione anche la giurisprudenza costituzionale, ed in part. la sent. n. 239 del 1984, che ha dichiarato costituzionalmente illegittime quelle norme che disponevano l'automatica appartenenza alla Comunità israelitica di chi è israelita secondo le tradizioni ebraiche e risiede nel “territorio” di pertinenza della Comunità.

²² In questo paragrafo si è mostrato come la posizione di Marco e di Leonardo non sia simmetrica per ragioni inerenti al modo in cui i due studenti intendono esercitare la propria libertà religiosa. Nel prossimo par. 6.3 si proporrà una seconda ragione, a prova di questa “non equivalenza”, legata invece al principio di laicità dello Stato e delle istituzioni pubbliche.

²³ Questo argomento è reperibile anche in M. Bignami, *Il crocifisso nelle aule scolastiche*, cit., par. 4.

pubblicamente i loro convincimenti sul tema. Anche in questo caso, come è stato evidenziato in dottrina, siamo davanti ad una posizione tutelata dalla libertà negativa di culto.²⁴ Ciò è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale²⁵ e della Corte di Strasburgo.²⁶ Ed anche in questa circostanza si potrà forse giungere a riconoscere che, in taluni casi, è necessario chiedere un sacrificio a tale posizione. Ma allo stesso modo bisogna tener fermo che una situazione che obblighi chi desidera opporsi alla affissione di un simbolo a manifestare in pubblico tale opposizione lo costringa ad un disvelamento che può comportare un sacrificio, comprimendo la sua libertà religiosa negativa.

Ora, lasciando da canto se e in che termini questo aspetto della libertà religiosa possa incidere in modo determinante sulla considerazione di *altre* situazioni, in questa sede può essere sufficiente evidenziare come la “libertà di non esporsi” risulti certamente compromessa dalla “soluzione bavarese”. Ai sensi della legge in questione, infatti, chi non desidera che il crocifisso sia appeso alle mura dell’aula deve proporre le sue contestazioni alle istituzioni scolastiche.

Anche da questo punto di vista, dunque, la legge approvata in Baviera non può ritenersi soddisfacente. Come è stato efficacemente osservato, infatti, «il singolo [...] non deve essere messo nella condizione di doversi fare parte diligente per tutelare una propria situazione giuridica soggettiva perfetta: questa, nell’ordinamento prima e nella prassi applicativa poi da parte delle pubbliche autorità, deve trovare tutela automatica, per essere eventualmente invocata solo in casi eccezionali».²⁷

²⁴ A partire già da A.C. Jemolo, *Premesse ai rapporti tra Chiesa e Stato*, Milano, Giuffrè, 1969, 175 (anche se questo Autore fa riferimento soprattutto all’art. 3 Cost., e a discriminazioni che potrebbero derivare a seguito della manifestazione della propria religiosità). Cfr. sul punto anche S. Fois, *Garanzia costituzionale delle manifestazioni di pensiero in materia religiosa*, AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1973, 1213 ss., anche in relazione all’art. 21 Cost. Più di recente, e con specifico riferimento alla vicenda del crocifisso, si vedano: M. Bignami, *Il crocifisso nelle aule scolastiche dopo Strasburgo*, cit.; G. Brunelli, *Neutralità dello spazio pubblico*, cit., 54-55; R. Tosi, *I simboli religiosi e i paradigmi della libertà religiosa come libertà negativa*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa*, cit., 306-307; P. Veronesi, *Abrogazione “indiretta” o quaestio? Il crocifisso, i luoghi pubblici e la laicità sotto la lente della Corte*, ivi, 317.

²⁵ Cfr. le sentt. n. 12 del 1972 (par. 2 del *Considerato in diritto*) e n. 117 del 1979 (par. 4 del *Considerato in diritto*).

²⁶ La Corte di Strasburgo ha ritenuto compreso nella tutela di cui all’art. 9 della Convenzione il diritto a non essere obbligato a palesare il proprio convincimento religioso nei casi *Alexandris* (parr. 32 e 35) e *Sinan Isikem*. In quest’ultimo la Corte è particolarmente chiara: «En revanche, elle considère que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction comporte également un aspect négatif, à savoir le droit pour l’individu de ne pas être obligé de manifester sa religion ou sa conviction et de ne pas être obligé d’agir en sorte qu’on puisse tirer comme conclusion qu’il a – ou n’a pas – de telles convictions. Par conséquent, les autorités étatiques n’ont pas le droit d’intervenir dans le domaine de la liberté de conscience de l’individu et de rechercher ses convictions religieuses ni de l’obliger à manifester ses convictions concernant la divinité» (par. 41).

²⁷ C. Fusaro, *Pluralismo e laicità*, cit., 149.

5 NEUTRALITÀ E LIBERTÀ DELL'INSEGNAMENTO

5.1 LA LIBERTÀ DEI GENITORI DI SCEGLIERE LE CARATTERISTICHE DELL'INSEGNAMENTO PER I PROPRI FIGLI

Come si accennava, un ulteriore fattore che deve essere preso in considerazione per sciogliere il nodo intricato che abbiamo davanti è quello del principio della neutralità dell'insegnamento. Si tratta di un principio che ha avuto una importante considerazione anche in alcuni ben noti casi decisi dalla Corte di Strasburgo,²⁸ e che è certamente rilevante anche per l'ordinamento costituzionale italiano, ove è strettamente connesso al ruolo della scuola pubblica, nonché esplicitazione particolare del più generale principio di laicità dello Stato (sul quale ci si concentrerà più avanti), operando anche come limite alla stessa libertà di insegnamento dei singoli docenti, non potendo questi ultimi, nell'ambito della scuola statale, svolgere attività di propaganda o di proselitismo confessionale.²⁹ Più in generale, come è stato osservato, il «carattere necessario e doveroso della scuola statale» è legato alla circostanza che essa «rimane la più forte garanzia non solo per la libertà dell'insegnamento ma anche per un sistema scolastico che corrisponda ai principi costituzionali di socialità, laicità e pluralismo».³⁰

Al riguardo, innanzi tutto, deve essere messo in luce come sia davvero difficile negare che la connotazione delle pareti di una aula scolastica abbia quale effetto di conferire a quel simbolo una particolare autorevolezza proprio in virtù della sua connessione con l'istituzione incaricata di assolvere al compito della istruzione

²⁸ Si vedano ad es. i casi *Folgero* (par. 84), *Hasan ed Eylem Zengin* (secondo cui «the second sentence of Article 2 implies [...] that the State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner, enabling pupils to develop a critical mind with regard to religion [...] in a calm atmosphere which is free of any misplaced proselytism [...]. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions. That is the limit that must not be exceeded»), e *Lautsi I e II* (come è noto, però, nell'ultima decisione concernente il caso *Lautsi* la Corte di Strasburgo ha ritenuto non contrastante con il principio della neutralità dell'insegnamento la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche). Sulla compatibilità di tale sentenza con la pregressa giurisprudenza si veda, criticamente, E. Nicosia, *Libertà religiosa e istruzione pubblica in uno Stato laico*, in S. Pajno, P. Pinna (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche, la libertà religiosa e il principio di laicità*, cit., par. 7.

²⁹ V. Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 67 ss., part. 70 ss. Il principio di neutralità delle istituzioni scolastiche è invocato, ad es., da Trib. l'Aquila, ord. 23 ottobre 2003, in *Corr. giur.*, 2004, 219 ss.; Cass. pen., sez. IV, 1 marzo 2000, n. 439, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 2000, 846 ss., invece, si riferisce più in generale al principio di imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. (si tenga presente che la decisione è stata resa in relazione al noto «caso Montagnana», riguardante la affissione del crocifisso nei seggi elettorali).

³⁰ G. Fontana, *Art. 33*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Milano, Wolter-Kluwer Italia Giuridica-S.r.l.-UTET giuridica, 2006, 689.

degli studenti. Non è dunque possibile negare che la affissione di un simbolo religioso alle pareti di una classe abbia un certo effetto di “indottrinamento” nei confronti di questi ultimi, per quanto blando possa essere.

Non si può negare, peraltro, che l'insegnamento sia anche oggetto di un diritto da parte dei genitori degli studenti, i quali legittimamente possono aspirare per questi ultimi ad una formazione che tenga conto (anche) della particolare visione religiosa da loro preferita. Per quel che riguarda l'ordinamento italiano ciò risulta, per comune riconoscimento, dal tenore degli artt. 30, primo comma, e 33, terzo comma, Cost., considerati sistematicamente.³¹ Da questo punto di vista è possibile immaginare che genitori cattolici potrebbero ritenere di esercitare questo loro diritto richiedendo la affissione di un crocifisso. C'è da dire, però, che proprio la disposizione costituzionale citata offre la possibilità di svolgere alcune considerazioni in senso opposto.³²

Come è noto, secondo l'art. 33, comma terzo, Cost., «enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, *senza oneri per lo Stato*». Prescindendo qui per un attimo dalla complessa questione se la disposizione in esame *escluda* o *consenta* allo Stato di prevedere la concessione di assegni o borse destinati a studenti che vogliano iscriversi a scuole non statali, da essa è innanzi tutto possibile muovere per sostenere che, almeno nella Costituzione italiana, il principio della neutralità dell'istruzione pubblica si trova in una posizione privilegiata rispetto al diritto dei genitori di conformare come preferiscono (anche dal punto di vista religioso) l'istruzione dei propri figli.³³

In quest'ottica è allora possibile sostenere che il terzo comma dell'art. 33 rappresenta una norma che specifica l'art. 30, primo comma, sotto il profilo qui considerato, e ne individua una limitazione. Dalle due disposizioni costituzionali in questione pare dunque necessario desumere (per quel che qui più specificamente interessa) la seguente norma: “*I genitori hanno diritto a conformare come ritengono preferibile l'istruzione e l'educazione dei propri figli, anche per quel che riguarda la formazione scolastica, ma – quanto a tale ultimo aspetto – questo diritto non può essere oggetto di una pretesa costituzionalmente garantita volta ad ottenere un facere dallo Stato*”. Lo strumento immaginato dalla Costituzione per tutelare il diritto dei genitori che non si ritengono soddisfatti dalle scuole pubbliche è infatti quello delle scuole non statali, eventualmente anche nell'ambito delle c.d. “organizzazioni di tendenza”³⁴, della libertà di istituirle e di iscriverci gli alunni.

³¹ Così già V. Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, cit., 61-62, nonché 73-74.

³² Senza considerare che, altrettanto legittimamente, genitori non cattolici per ragioni analoghe potrebbero chiedere la rimozione del simbolo. Da questo punto di vista appare significativo che, nei casi *Folgero* e *Hasan ed Eylem Zengin*, citati più sopra, la Corte di Strasburgo abbia ritenuto il principio di neutralità dell'insegnamento legato da un forte nesso di strumentalità proprio con il diritto dei genitori a veder rispettate le proprie convinzioni, nell'ambito dell'esperienza formativa dei propri figli. Se questo diritto deve essere garantito per tutti i genitori, non c'è altra strada oltre quella del principio di neutralità dell'istruzione.

³³ In senso analogo già P. Calamandrei, *Difendiamo la scuola democratica*, in Id., *Scritti e discorsi politici*, I, 1, Firenze, 1966, 388 ss., part. 392-393. Più recentemente, cfr. G. Fontana, *Art. 33*, cit., 689 ss.

³⁴ Tornando per un attimo alla questione di provvidenze dirette agli studenti che vogliono iscriversi a scuole

5.2 SIMBOLI APPESSI E SIMBOLI INDOSSATI DAGLI INSEGNANTI

Esiste un ulteriore problema che deve essere affrontato in relazione alla questione dell'insegnamento. Un argomento per escludere la "valenza indottrinante" del crocifisso nelle aule scolastiche, o almeno per affermare l'irrilevanza di tale valenza, è stato quello del riferimento ai simboli portati dagli insegnanti. Si è sostenuto che se esiste questa "valenza indottrinante" per i simboli appesi alle pareti, non si può non ritenerla esistente anche per i simboli portati in modo evidente sulla propria persona dagli insegnanti. E ove non si ritenga di giungere alla conclusione di imporre, in virtù del principio di neutralità dell'istruzione, la rimozione dei simboli personali, allo stesso modo non si dovrebbe giungere alla conclusione della rimozione del simbolo affisso alle pareti.

Al riguardo sono necessarie alcune precisazioni.

Innanzitutto, deve essere ricordato che la Corte di Strasburgo ha ritenuto non contrastante con la CEDU alcuni atti dei poteri pubblici che impedivano agli insegnanti di portare sulla propria persona simboli religiosi proprio in virtù del principio di neutralità della scuola (anche) dalla religione³⁵. E da questo punto di vista

non statali, del tipo di quelle sopra accennate, è evidente che se si ritenesse la disposizione costituzionale preclusiva di politiche di questo tipo il ragionamento sopra accennato ne ricaverebbe ulteriore forza, poiché il *favor* costituzionale per la scuola pubblica, rispetto al diritto dei genitori di accedere a un insegnamento scolastico conforme ai propri convincimenti religiosi ne uscirebbe corroborato. Del resto, anche ove si ritenesse di rispondere affermativamente al quesito concernente le provvidenze agli studenti – valorizzando la differenza tra queste ultime e forme di finanziamento diretto alle scuole, in conformità anche ad alcuni spunti desumibili dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. soprattutto la sent. n. 454 del 1994, al par. 5 del *Considerato in diritto*) – e ove tali provvidenze fossero effettivamente esistenti, ci sarebbe un ulteriore argomento per escludere che il diritto dei genitori a conformare l'educazione scolastica del proprio figlio si possa tradurre nella pretesa alla affissione del crocifisso nelle aule della scuola pubblica. Risulterebbe evidente, infatti, che i genitori che intendessero assicurare ai propri figli una istruzione che tenga conto anche del punto di vista cattolico dovrebbero infatti percorrere la strada della iscrizione a una scuola non statale, che abbia le caratteristiche desiderate. Si tratterebbe evidentemente, infatti, della soluzione che riesce al contempo a tener conto della legittima pretesa dei genitori ad assicurare ai figli una istruzione avente le caratteristiche che preferiscono, senza comprimere in alcun modo il principio della neutralità dell'insegnamento nelle scuole pubbliche. L'argomento della percorribilità della strada delle scuole non statali (utilizzato anche da F. Cortese, *Dialogando con Weiler: il crocifisso e gli «imbarazzi» del giurista*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 877 ss., part. 880) sarebbe invece meno forte ove le provvidenze agli alunni non fossero possibili in virtù dell'art. 33 Cost. o non fossero in concreto previste dalla legislazione ordinaria.

³⁵ Cfr. soprattutto il caso *Dahlab*. «The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant's pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a

non si può non notare uno stridente contrasto con la decisione della *Grand Chambre* sul caso *Lautsi*. Come è stato notato, muta la interpretazione del simbolo e (soprattutto) del suo peso nelle vicende educative, ma ad essere sacrificate sono sempre le posizioni giuridiche soggettive, a beneficio delle decisioni dei poteri pubblici.³⁶

A mio modo di vedere, inoltre, è criticabile l'idea che la soluzione debba essere la medesima nel caso in cui i simboli sono portati sulla persona e nel caso in cui i medesimi sono appesi alle pareti di una classe. Questa idea infatti tralascia di considerare una differenza davvero notevole tra le situazioni prese in esame. Al riguardo, è necessario prendere le mosse dal presupposto che il simbolo abbia *comunque* una valenza "indottrinante", sia che venga indossato da un insegnante, sia che venga appeso alla parete di un'aula e ciò in virtù della connessione che si produce in tal modo, agli occhi dello studente, tra il medesimo e un soggetto o una istituzione investiti di una particolare e specifica funzione educativa nei suoi confronti. La mera "espressione di identità" acquista dunque un particolare rilievo quando caratterizza una persona o una istituzione qualificata in tal senso. Una compressione *prima facie* del principio di neutralità dell'insegnamento, dunque, si verifica nell'uno come nell'altro caso. Non è però valutando solo questo aspetto che la questione può giungere ad una soluzione.

Come si è detto più sopra, la esposizione di un simbolo sovente (ma non sempre) rappresenta la manifestazione della libertà religiosa positiva. In tali circostanze si verifica un conflitto tra principi non dissimile a quello studiato al precedente par. 4.3, e come tale la questione deve essere risolta. Chiediamoci dunque se e in che termini il principio di neutralità dell'insegnamento deve cedere dinanzi a queste manifestazioni

democratic society must convey to their pupils. Accordingly, weighing the right of a teacher to manifest her religion against the need to protect pupils by preserving religious harmony, the Court considers that, in the circumstances of the case and having regard, above all, to the tender age of the children for whom the applicant was responsible as a representative of the State, the Geneva authorities did not exceed their margin of appreciation and that the measure they took was therefore not unreasonable. In the light of the above considerations and those set out by the Federal Court in its judgment of 12 November 1997, the Court is of the opinion that the impugned measure may be considered justified in principle and proportionate to the stated aim of protecting the rights and freedoms of others, public order and public safety. The Court accordingly considers that the measure prohibiting the applicant from wearing a headscarf while teaching was "necessary in a democratic society"». Su questa giurisprudenza vedi la ricostruzione di E. Nicosia, *Libertà religiosa e istruzione pubblica in uno Stato laico*, cit., par. 4. Per la giurisprudenza CEDU relativa al tema studiato in questo scritto si vedano anche i contributi di M. Odoni, *Il crocifisso esposto a scuola e il principio della pari dignità del rispetto di tutte le espressioni culturali: un'occasione persa per la Corte europea dei diritti umani*, e S. Sanna, *Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, dovere di neutralità dello Stato e divieto di indottrinamento nel campo dell'educazione alla luce della sentenza Lautsi e altri c. Italia*, ambedue in S. Pajno, P. Pinna (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche, la libertà religiosa e il principio di laicità*, cit., nonché di D. Tega, *La libertà religiosa e il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa*, cit., 298 ss.

³⁶ E. Nicosia, *Libertà religiosa e istruzione pubblica in uno Stato laico*, cit., par. 8.

di libertà religiosa. Prima, però, è necessario distinguere i casi in cui la esposizione del simbolo è una manifestazione di libertà religiosa positiva da quelli in cui non lo è.

Certamente la esposizione di un simbolo è manifestazione di libertà religiosa quando avviene sulla persona. Quando avviene in un'aula scolastica, come si è visto, non lo è ove ciò sia frutto di una deliberazione dei pubblici poteri. In tali casi, dunque, l'argomento della libertà religiosa positiva non può essere speso per motivare la compressione del principio di neutralità dell'insegnamento. Dunque, dal punto di vista qui specificamente preso in considerazione, la affissione di un simbolo religioso per decisione dei pubblici poteri deve essere ritenuta una strada giuridicamente impraticabile.

Andiamo ora ai casi in cui l'esibizione del simbolo è manifestazione della libertà religiosa positiva. In tali circostanze è evidente che la "salvezza" integrale di tale libertà comporterebbe la compressione del principio di neutralità, e che, d'altra parte, il rigoroso rispetto di quest'ultimo determinerebbe il sacrificio di questo specifico aspetto della libertà religiosa. Per uscire da questa situazione di stallo è necessario guardare più da vicino i casi sopra presi in considerazione. Quando si discorre di simboli portati su se stessi, ci si riferisce ad un aspetto particolarmente importante della libertà religiosa positiva, poiché si tratta di un aspetto che attiene al governo di se stessi e della propria persona. E d'altra parte se si toglie alla persona, per il solo fatto di essere un insegnante, il diritto a manifestare la propria religiosità in pubblico, o lo si limita in modo significativo, la compressione del diritto di libertà in questione è particolarmente invasiva, e lascia ben poco spazio agli aspetti positivi di quest'ultima. Le cose stanno in modo ben differente ove si prenda in considerazione quella manifestazione di libertà positiva che è la affissione, per decisione di uno o più membri di una classe, di un simbolo religioso alle pareti dell'aula. In tale circostanza, infatti, la compressione di *questa* particolare forma di manifestazione della religiosità da parte delle persone in questione è certamente molto meno invasiva di quella più sopra presa in esame. Essa, infatti, non attiene affatto al governo di se stessi e della propria persona, e lascia un ampio spazio a numerose e varie forme alternative di espressione della propria religiosità, prima tra tutte proprio quella che consiste nell'indossare il simbolo. A questo punto la conclusione è agevole: non sarà possibile alla legge vietare di portare sulla propria persona simboli evidenti, quand'anche il soggetto interessato sia un insegnante, mentre – almeno dallo specifico punto di vista qui considerato – il simbolo non potrà trovare spazio nelle aule scolastiche³⁷.

³⁷ Si potrebbe rilevare, dinanzi alle considerazioni espone nel testo, che in tal modo la libertà *dal* simbolo, tutelata nei confronti della manifestazione di libertà religiosa positiva che si estrinseca nella affissione alla parete di una icona, sia invece soccombente dinanzi alla manifestazione di libertà religiosa positiva che prende forma nell'indossare il simbolo. A mio modo di vedere, però, non c'è alcuna contraddizione in tutto ciò, poiché se è vero che nel secondo dei casi presi in considerazione la libertà religiosa negativa risulta del

6 IL PROBLEMA DELLA LAICITÀ DELLO STATO E DELLE ISTITUZIONI PUBBLICHE

6.1 CONCEZIONI DELLA LAICITÀ

Un ulteriore aspetto della questione che deve essere preso in considerazione riguarda il principio di laicità dello Stato e delle istituzioni pubbliche. È necessario fornire una interpretazione di questo principio, al fine di risolvere il caso che abbiamo di fronte. Cosa intendiamo con l'espressione "principio di laicità"? Che richieste avanziamo a questo principio?

È noto che le sue varianti, le concezioni che sono proposte nel dibattito pubblico sono numerose. Dalla laicità come "indifferenza" al fenomeno religioso, ad una concezione "militante", caratterizzata dalla accettazione di una specifica visione del mondo (o quanto meno dalla esclusione della visione del mondo di tipo religioso dalla sfera pubblica), alla laicità come «eguale rispetto e considerazione» delle diverse fedi religiose o «areligiose»,³⁸ che implica il dovere, gravante sulla Repubblica, «di equità e imparzialità nei confronti del fenomeno religioso»,³⁹ alla laicità come *non indifferenza* nei confronti del fenomeno religioso e anzi come assetto che accoglie il principio del *favor religionis*, fino ad una concezione che non solo consente, ma addirittura vede come sua propria esplicitazione l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole. La stessa giurisprudenza costituzionale – pur senza orientarsi verso le prime tra le ipotesi accennate – ha proposto più di una visione di questo principio.⁴⁰

Qui non è certo possibile ripercorrere analiticamente questo dibattito, e studiare nel dettaglio come ciascuna concezione della laicità si inserisce nel sistema costituzionale italiano. Mi limiterò invece a proporre la lettura del principio di laicità

tutto soccombente di fronte alla libertà positiva, l'ipotesi alternativa condannerebbe alla soccombenza, invece, una manifestazione del sé che sta al cuore della libertà della persona, in quanto inerente al governo di se stessi e della propria persona. Ma – come si accennava nel par. 1 – per approfondire compiutamente questo punto sarebbe necessario confrontarsi sulle diverse concezioni della libertà della persona che potrebbero essere proposte, e argomentare sulla maggiore o minore coerenza con la Costituzione, nonché sulla preferibilità di quella sottesa alle soluzioni proposte in questa sede rispetto alle altre. Come si diceva, però, non è evidentemente questa la sede nella quale un simile compito può essere affrontato. Altre argomentazioni che depongono nel senso appena indicato possono poi essere reperite nella concezione della laicità come *apertura* al pluralismo, sulla quale ci si soffermerà più avanti.

³⁸ O. Chessa, *La laicità come eguale rispetto e considerazione*, cit., 27 ss. La precisazione sulle fedi «areligiose» è alla nt. 9.

³⁹ O. Chessa, *La laicità*, cit., 32.

⁴⁰ Le sentenze – del resto ben note – che compongono la catena di precedenti della Corte circa il principio di laicità sono le seguenti: n. 203 del 1989; n. 13 del 1991; n. 259 del 1990; n. 195 del 1993; n. 421 del 1993; n. 334 del 1996; n. 508 del 2000; n. 327 del 2002. Si veda pure l'interessante Cass. pen., sez. IV, 1 marzo 2000, n. 439, cit.

che mi sembra preferibile in quanto maggiormente sintonica con il sistema dei principi costituzionali che caratterizzano il nostro ordinamento.

6.2 LAICITÀ COME APERTURA

A questo fine è utile prendere le mosse innanzi tutto, dal legame tra laicità e pluralismo, evidenziato anche dalla giurisprudenza costituzionale e sotteso a ricostruzioni, quale quella accennata più sopra, della laicità come “eguale rispetto e considerazione”.⁴¹ Il principio di laicità nel nostro ordinamento costituzionale è innanzi tutto ciò che consente al pluralismo di esplicarsi in pieno, o quantomeno nella maniera più intensa possibile. Quale concezione di laicità è più idonea a questo fine?

A questo proposito può essere utile citare il rilievo di Giuseppe Savagnone secondo cui il pluralismo «ben lungi dall'esigere la rinuncia alla propria identità storica, culturale, religiosa, da parte dei soggetti che si confrontano, la suppone». ⁴² Si tratta di una affermazione che è davvero difficile non condividere. Non c'è autentico pluralismo se si costringono le persone ad una omologazione. Il pluralismo comporta innanzi tutto il rispetto delle differenze e delle peculiarità di ciascuno. Bisogna «rispettare i volti» delle persone.⁴³

Queste considerazioni ci conducono innanzi tutto ad alcune prime conclusioni circa il trattamento che l'ordinamento costituzionale riserva alle persone e ai loro comportamenti. Se laicità è pluralismo, infatti, non è possibile che uno Stato laico proibisca che i comportamenti con cui gli individui manifestino, anche mediante simboli portati sulla propria persona, il proprio sentimento religioso e la propria concezione della vita buona. L'effetto sarebbe infatti quello di *ridurre* il pluralismo. Quali suggerimenti ci consegna invece questa prima riflessione sulla laicità e sul pluralismo in relazione alla conformazione delle istituzioni pubbliche? Anche in questo caso può essere utile riferirsi al contributo di Savagnone, che prende le mosse da chi ha notato come il concetto di laicità faccia riferimento, nelle sue diverse concezioni, alla *mancanza* di qualcosa:⁴⁴ «è il “non essere”, il “non avere” – per condizione o per scelta – ciò che caratterizza la laicità»; e ancora: si è laici rispetto a coloro i quali dispongono di qualcosa “in più”.⁴⁵ A questo Savagnone aggiunge che un atteggiamento laico – conformemente alla sua “mancanza di certezze” – comporta «il senso del limite e un atteggiamento di onesta ricerca, che non può

⁴¹ O. Chessa, *La laicità come uguale rispetto e considerazione*, cit.

⁴² G. Savagnone, *Dibattito sulla laicità*, cit., 31.

⁴³ G. Savagnone, *Dibattito sulla laicità*, cit., 38.

⁴⁴ Remotti, *Il pregio di ciò che manca e la laicità degli altri*, in G. Preterossi (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 43.

⁴⁵ G. Savagnone, *Dibattito sulla laicità*, cit., 14.

non tradursi, a sua volta, in un'intima disponibilità alla cooperazione e all'ascolto».⁴⁶ La conclusione è che «laicità significa [...] attitudine alla riflessione personale, ma anche apertura al confronto».⁴⁷ Laicità come “assenza” e laicità come “apertura” sono strettamente legate: solo se si dispone di uno spazio in cui non ci sono certezze assolute, “principi non negoziabili”, come si usa dire oggi, si può essere aperti al contributo che viene dal dialogo con gli altri.⁴⁸

Queste riflessioni sono significative perché la laicità come “uguale rispetto e considerazione” delle diverse concezioni religiose, e in generale della vita buona, può aspirare a realizzare la vocazione pluralista che la caratterizza solo se si incarica di predisporre uno spazio pubblico in cui la apertura al confronto dei suoi protagonisti si può esplicare nella misura massima. Da questo punto di vista, le istituzioni pubbliche non devono in alcun modo determinare “restrizioni al dibattito”, limitazioni al libero fluire delle identità personali che compongono il pluralismo. Lo spazio pubblico, in questa concezione, sarà laico solo se davvero “aperto” ai contributi di tutte le sensibilità religiose e non religiose della vita buona. Come è conformato uno spazio pubblico davvero “aperto”? Con questa domanda torniamo a occuparci più da vicino del problema del quale questo scritto specificamente si occupa: è compatibile con uno spazio pubblico “aperto”, nel senso che si è detto, la esposizione nelle mura di un'aula scolastica pubblica di un crocifisso? A mio modo di vedere la risposta negativa si impone. Per utilizzare le parole di Tullio De Mauro, una scuola “aperta”, e dunque “laica”, è una scuola che «garantisca per insegnanti e alunni uno spazio di espressione e di crescita libero da vincoli di qualunque fede religiosa o di qualunque particolare ideologia».⁴⁹ La affissione del (solo) crocifisso comporta una particolare connotazione dell'istituzione pubblica da un lato, e dall'altro il conferimento di una particolare autorevolezza al simbolo stesso e al messaggio che il medesimo rappresenta proprio per la connessione con l'istituzione. Istituzione e simbolo si rafforzano vicendevolmente, determinando così automaticamente una “restrizione del dibattito” mediante la concessione di un “privilegio” ad una delle concezioni che si contendono il campo. Uno spazio pubblico con il crocifisso non è spazio pubblico davvero “aperto”, e non è dunque uno spazio pubblico laico.⁵⁰ Allo stesso modo – ma qui si ritorna a quanto evidenziato prima – non è “aperto” e “laico” uno spazio pubblico che accoglia *la concezione non religiosa* della vita buona (la c.d. “laicità

⁴⁶ G. Savagnone, *Dibattito sulla laicità*, cit., 15.

⁴⁷ G. Savagnone, *Dibattito sulla laicità*, cit., 15.

⁴⁸ Cfr. anche A. Morelli, A. Porciello, *Verità, potere e simboli religiosi*, in www.forumcostituzionale.it, 7-8.

⁴⁹ T. De Mauro, *Scuola e cultura laica*, cit., 103.

⁵⁰ Si noti che le conclusioni su questo punto sono radicalmente differenti da quelle raggiunte da Savagnone, il quale, a mio modo di vedere, non trae le debite conseguenze del discorso che pure ha contribuito ad impostare. Se laicità è “apertura al dialogo”, come può essere “aperta al dialogo”, e dunque “laica”, la parete di un'aula dove campeggia il crocifisso? Cfr. G. Savagnone, *Dibattito sulla laicità*, cit., 40.

militante), ad esempio adottando decisioni analoghe a quelle che, come è noto, hanno caratterizzato l'ordinamento francese.

Quest'ultima considerazione, però, solleva qualche problema, almeno in relazione al tema del crocifisso e dei simboli religiosi. È stato affermato, infatti, che una scuola *senza* il crocifisso alle pareti rappresenterebbe non il segno dell'*apertura* delle istituzioni pubbliche, ma per l'appunto l'accettazione, da parte dello Stato, di una specifica concezione della vita, ossia la concezione non religiosa. Rappresenterebbe, dunque, una chiusura al pluralismo uguale e contraria a quella del crocifisso. È stato Weiler, con l'apologo di Marco e Leonardo sul quale ci si è soffermati prima, lo studioso più autorevole che ha richiamato l'attenzione su questo problema. È dunque necessario tornare sull'apologo, per cercare di capire se questo argomento è efficace e ben costruito.

6.3 ANCORA SU MARCO E LEONARDO

Anche in questo caso il fulcro dell'argomentazione di Weiler è quello della perfetta simmetria tra la posizione di Marco e quella di Leonardo. Se si appende il crocifisso, è vero, si connota l'istituzione pubblica nel senso della concezione religiosa del primo, e si chiede un sacrificio al secondo. Ma se non lo si appende si connota l'istituzione pubblica con la concezione della vita buona propria del secondo, e si impone al primo un analogo sacrificio. Anche in questo caso, però, la simmetria che immagina Weiler è errata e fuorviante. Vediamo perché.

Già in altra sede ho osservato come l'apologo di Marco e Leonardo non sia stato costruito in modo soddisfacente.⁵¹ Nella versione dell'apologo di Marco e Leonardo che ritengo preferibile, infatti, la madre del secondo, dinanzi alla richiesta del figlio di esporre anche nella propria abitazione il simbolo religioso, avrebbe risposto: «Noi rispettiamo la famiglia di Marco e le loro credenze. Però esse sono molto diverse dalle nostre. Noi riteniamo che la felicità in questa casa dipenda soltanto dalla nostra buona volontà, dal nostro sapere venirci incontro, e dalla disponibilità di ciascuno di noi a confrontarsi con gli altri membri della famiglia in modo razionale, ragionevole e comprensivo. Viceversa, la famiglia di Marco crede che la propria felicità dipenda non solo da quanto ti ho appena detto, ma anche dal fatto che nel loro cammino siano accompagnati da Dio». Analogamente, la madre di Marco avrebbe risposto al figlio che le chiede di togliere il crocifisso dal loro muro: «Noi rispettiamo le convinzioni della famiglia di Leonardo. Il nostro modo di vedere le cose è però molto diverso. Noi crediamo che la felicità della nostra famiglia non dipenda soltanto dalla nostra buona volontà e dalla capacità che ciascuno di noi ha di confrontarsi con gli altri razionalmente e serenamente, ma anche dall'aiuto che il

⁵¹ Cfr. S. Pajno, *The Apologue of Marco and Leonardo. A Response to Joseph Weiler*, in *Italian Journal of Public Law* (www.ijpl.eu), n. 1/2011.

Signore che è tra i cieli, nella sua imperscrutabile bontà, deciderà di darci». A mio modo di vedere, questa piccola correzione non solo rende l'apologo di Marco e Leonardo più preciso, ma impone anche di giungere a conclusioni molto differenti da quelle alle quali perviene Weiler.

L'apologo, innanzi tutto, è più preciso perché consente di rendersi conto che le cose in cui credono nella famiglia di Leonardo non sono del tutto opposte – uguali e contrarie – a quelle in cui credono nella famiglia di Marco. Viceversa, ciò in cui le due famiglie credono ha un importante tratto in comune. Sia a casa di Leonardo che a casa di Marco si è convinti dell'importanza delle risorse “umane” della razionalità, ragionevolezza e comprensione reciproca. Le due famiglie sono dunque in grado di trovare un importante terreno condiviso. Tanto che si apprezzano reciprocamente.

La differenza tra la visione del mondo dell'una e quella dell'altra sta invece nella circostanza secondo la quale per la famiglia di Marco *oltre alle risorse della razionalità, ragionevolezza e comprensione reciproca*, le proprie sorti dipendono *anche dalla fede religiosa*. Come si vede, l'immagine della contrapposizione simmetrica non rende affatto giustizia alla situazione delle due famiglie. Viceversa, è decisamente più adeguata l'immagine di una composizione “scalare” delle convinzioni delle medesime. Il primo gradino è comune ad entrambe, mentre solo la famiglia di Marco è in grado di aggiungere ad un primo, un secondo gradino, ossia quello della fede in una entità ultraterrena. La visione del mondo della famiglia di Marco, dunque, non è “opposta”, “uguale e contraria”, a quella della famiglia di Leonardo. Piuttosto, la comprende al proprio interno e la supera. Possiamo dire, con una espressione di sintesi, che ha più risorse, più frecce al proprio arco.

È possibile ora tornare al nostro quesito. Sono davvero simmetriche, come sostiene Weiler, le posizioni di Marco e Leonardo? Alla luce di quanto appena evidenziato la risposta negativa si impone con chiarezza. Nella famiglia del secondo non ci si affida, per la riuscita della vita familiare a risorse le cui virtù sono negate dalla famiglia del primo. Ciò accade invece nella famiglia di Marco. In essa si è convinti della virtù di risorse nelle quali invece non si crede nella famiglia di Leonardo. Questo diverso modo di leggere la vicenda cambia significativamente le carte in tavola anche in relazione a come interpretare ciò che accade nel primo giorno di scuola. Se Leonardo trovasse il crocifisso appeso al muro della propria aula, sarebbe costretto a confrontarsi con un ambiente nel quale, ai fini di una felice convivenza, si confida non solo sulle risorse della razionalità, ragionevolezza e comprensione reciproca in cui confida la propria famiglia, ma anche su risorse che ad essa sono del tutto estranee. Viceversa, quando Marco trova il “muro bianco” nella propria aula, non è indotto a confidare in qualcosa che non gli appartiene. Più semplicemente, trova riconosciuta nella comunità scolastica soltanto parte delle risorse di cui ritiene

di disporre. Non gli si impone nulla. Gli si chiede di non imporre agli altri ciò in cui solo nella sua famiglia si confida.

Come si vede, nulla di più lontano dalla specularità che suggerisce Weiler. Per questa ragione la conclusione cui Egli giunge non può essere condivisa. C'è da notare, tra l'altro, che se effettivamente le posizioni di Marco e Leonardo fossero uguali e contrarie, il problema non ammetterebbe una soluzione soddisfacente. Qualunque soluzione, infatti, conterrebbe elementi di violenza nei confronti di qualcuna delle parti. Per fortuna le cose non stanno così.

Riflettendo sulla laicità come “assenza”, Francesco Remotti ha notato come probabilmente non si possa essere “del tutto laici”, non si possa condurre una vita «del tutto aperta e discutibile», senza alcun punto fermo:⁵² bisogna approcciare il problema con una visione gradualistica, «da quale, anziché proporre un'opposizione manichea (pensiero laico da un lato, pensiero fondamentalista dall'altro) faccia intravedere legami e passaggi tra posizioni di una stessa scala».⁵³ Se applichiamo questo metodo al nostro caso, dobbiamo chiederci: *quanto* deve essere laico il nostro Stato? *Quanto* di disputabile devono riconoscere le sue istituzioni, *quanta assenza* devono prevedere, e *quanta certezza*? La risposta può darcela proprio la lettura corretta dell'apologo di Marco e Leonardo. A non essere coinvolto dalla “laicità come assenza” deve essere solo ciò che ci lega: le norme e le istituzioni costituzionali, e le risorse “umane” della razionalità, della ragionevolezza e della comprensione reciproca. Non ciò che ci divide, come la religione e le altre concezioni (anche non religiose) della vita buona.⁵⁴

⁵² F. Remotti, *Il pregio di ciò che manca*, cit., 46.

⁵³ F. Remotti, *Il pregio di ciò che manca*, cit., 46.

⁵⁴ A. Riviezzo, *L'esposizione di simboli religiosi in luoghi pubblici: dall'apologo al monologo*, in www.forumcostituzionale.it (ma si veda anche Id., *Il significato dell'art. 19 Cost. e l'esposizione di simboli religiosi in luoghi pubblici*, in S. Pajno, P. Pinna (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche, la libertà religiosa e il principio di laicità*, cit.) ha obiettato alla mia proposta ricostruttiva che essa peccherebbe di «ottimismo antropologico», in quanto i principi di razionalità, ragionevolezza e comprensione reciproca potrebbero, al più, essere condivisi da «religioni fortemente secolarizzate ormai scomparse come il paganesimo», di talché in linea generale sarebbe errato affermare che questi valori siano condivisi anche dalle religioni. Inoltre, secondo Riviezzo, sottovaluterei «che anche il laicismo può assumere le forme ed i contenuti di un pensiero dogmatico». Quanto a quest'ultimo rilievo, sono assolutamente convinto della veridicità di questa affermazione. E infatti il muro di una classe scolastica – come provo ad argomentare nel testo in modo più approfondito di quanto non abbia fatto in precedenza – non può essere connotato nel segno di una “filosofia di vita” che si opponga radicalmente alle altre, neanche se questa “filosofia” fosse quella di un laicismo militante. E il significato del “muro bianco”, in assenza di valide ragioni che spingano decisamente in tal senso (ma su ciò, ancora, si veda *infra*), non può essere quello di un *endorsement* a tale prospettiva. In relazione al primo rilievo, invece, vorrei innanzi tutto osservare che, a mio modo di vedere, non è vero che le risorse della razionalità, della ragionevolezza e della comprensione reciproca siano al di fuori dell'orizzonte delle grandi religioni di oggi. Tutto all'opposto. La comprensione reciproca è probabilmente implicata

Weiler, in replica a queste osservazioni, ha ribadito che l'opzione per il "muro bianco" non è per nulla neutra.⁵⁵ Tale affermazione, come si è visto al par. 4.3, è indiscutibile per quel che riguarda il profilo del conflitto tra le libertà. Da quel punto di vista il muro bianco non è neutro perché tutela la libertà religiosa negativa di Leonardo ma non la libertà religiosa positiva di Marco. E si è visto quali sono le ragioni che spingono a preferire tale soluzione pur se "non neutra". In relazione al profilo concernente la laicità dello Stato e delle istituzioni pubbliche, invece, la scelta per il "muro bianco" sarebbe "non neutra" perché incorporerebbe una scelta per la "laicità militante", ossia per una specifica visione del mondo e della vita buona. Analogamente, Marta Cartabia ritiene che il divieto del simbolo corrisponderebbe alla accettazione di una sorta di "confessionalismo laico",⁵⁶ ossia di una connotazione delle istituzioni pubbliche in un senso "escludente" del fenomeno religioso.

Alla luce di quanto osservato più sopra, si deve concordare invece con chi sostiene che si tratta di posizioni non condivisibili.⁵⁷ Il riconoscere che le istituzioni pubbliche devono essere connotate solo da ciò che ci unisce, e non anche da ciò che unisce solo alcuni di noi, è invece preconditione necessaria perché la laicità possa assumere quella connotazione di "apertura" di cui si discorreva più sopra. Questa sarebbe negata da "restrizioni al dibattito", come avviene ad esempio nel caso del divieto dei simboli indossati in modo evidente, ma anche nel caso in cui le mura di una scuola pubblica accordassero una qualche preferenza ad una religione. Il che accadrebbe per l'appunto con l'affissione del simbolo, anche nella versione

dal principio di carità, che come è noto è al centro del messaggio cristiano. Per il resto, basti pensare al richiamo a *Fides et Ratio* dell'enciclica papale. È vero che il primato, infine, è consegnato al primo dei due termini, ma anche il secondo riveste una importanza essenziale (secondo l'attuale papa «la fede ci attesta che fondamento di tutte le cose è l'eterna Ragione»: così in J. Ratzinger, *La teologia e il magistero della Chiesa. Un contributo alla discussione della «Istruzione sulla vocazione ecclesiale del teologo*, in *Natura e compimento della teologia. Il teologo nella disputa contemporanea. Storia e dogma*, Milano, Jaca Book, 1993, 91, cit. da V. Mancuso, *Io e Dio*, cit., 378, cui si rimanda anche per un approfondimento critico dell' questione). Ciò detto, le considerazioni di Antonio Riviezzo (che ringrazio per l'attenzione riservata al mio punto di vista) sono condivisibili su un punto: che non è affatto detto che, *in fatto*, le risorse della razionalità, ragionevolezza e comprensione reciproca ci contraddistinguano tutti, e potrebbero certamente non contraddistinguere le persone che sono concretamente riunite in un'aula scolastica. Quanto da me affermato deve dunque essere precisato nel modo che segue. In primo luogo, le risorse accennate non sono ciò che *effettivamente* rappresenta con certezza il minimo comun denominatore tra persone che hanno una differente concezione del mondo e della vita buona. Rappresentano l'unico *sicuro* minimo comun denominatore che quelle persone *possono* avere, procedendo, con un approccio *à la Rawls*, a cercare il loro *overlapping consensus*. In secondo luogo, dal momento che la "comprensione reciproca" rimanda evidentemente al principio solidaristico, e gli altri due termini sono notoriamente imprescindibili per il linguaggio della Costituzione, le risorse alle quali si è fatto riferimento *devono* rappresentare un denominatore comune nell'ambito del nostro ordinamento costituzionale.

⁵⁵ J.H.H. Weiler, *A Reply to Pajno*, in *Italian Journal of Public Law* (www.ijpl.eu), n. 1/2011.

⁵⁶ M. Cartabia, *Il crocifisso e il calamaio*, cit., 66-67.

⁵⁷ M. Bignami, *Il crocifisso*, cit., par. 4; E. Nicosia, *Libertà religiosa e istruzione pubblica in uno Stato laico*, cit., par. 3.

bavarese di questa ipotesi. Viceversa, ciò non accade con il “muro bianco” poiché la sua interpretazione più immediata è quella di un “vuoto”, non di un “pieno”, sia esso connotato religiosamente o in senso laico-militante. Ma se proprio lo si vuol riempire di un significato, esso a mio modo di vedere va considerato alla luce di quello che, in base al percorso svolto sin qui, *può riempire quel vuoto*: ad esempio il tricolore italiano o la fotografia del Presidente della Repubblica. In tale ottica, l'interpretazione più piana e plausibile suggerisce che esso rappresenti la sfera di libertà che i protagonisti della sfera pubblica hanno nel proporre la propria visione del mondo, nel contesto delle credenze, delle norme e dei valori che, nel nostro ordinamento costituzionale, ci uniscono. Si tratta, insomma, della laicità come “apertura” di cui sopra si discorreva.⁵⁸

In base al percorso sin qui svolto, dunque, si può ritenere che il “muro bianco” rappresenti qualcosa di più della laicità come “apertura” solo a prezzo di una sua evidente sovrainterpretazione. Ed è chi intende proporre questa sovrainterpretazione che ha l'onere argomentativo di indicare elementi a suo sostegno, magari alla luce di una considerazione del contesto in cui il “muro bianco” si inserisce. Per quel che riguarda l'ordinamento italiano, mi pare veramente difficile che tali elementi “di contesto” possano essere reperiti, dal momento che uno dei suoi tratti caratterizzanti è proprio il *favor religionis*, ossia la considerazione dell'importanza del fenomeno religioso, del resto confermato dai molteplici istituti in cui le confessioni religiose, ed in particolare la Chiesa cattolica trovano riconoscimento se non addirittura norme di favore e di sostegno economico. Argomentare che oggi, in Italia, il “muro bianco” rappresenti la accettazione di una concezione del mondo e della vita *escludente* il fenomeno religioso rappresenta dunque un'impresa davvero difficile.

7 CIASCUNO ESPONE IL SUO SIMBOLO?

Resta un'ultima questione da affrontare, un'ultima questione che giustifica il riferimento a simboli religiosi diversi dal crocifisso che appare nel titolo di questo contributo. Nel seminario dal quale trae origine questo libro, Piero Pinna – dopo essersi espresso senz'altro nel senso della incostituzionalità della imposizione mediante una norma dello Stato della esposizione del (solo) crocifisso alle mura delle aule scolastiche – ha suggerito quello che, a suo parere, è un modo di affrontare il problema preferibile, dal punto di vista del diritto costituzionale, sia rispetto alla affissione del crocifisso, che rispetto all'ipotesi del “muro bianco”.

⁵⁸ Particolarmente efficace, su questo punto, è M. Bignami, *Il crocifisso nelle aule scolastiche*, cit., par. 4: «Il muro bianco presenta invece un vantaggio incomparabile: esso è un significante aperto ad una pluralità di significati. Di più: si trova nel posto e nelle circostanze migliori perché, tra questi ultimi, si lumeggia il carattere tollerante ed inclusivo della scelta, tagliando invece fuori le ricostruzioni di senso deviate e, in una sola parola, incostituzionali. La scuola pubblica è il luogo ideale perché ciò avvenga, ad opera delle famiglie e degli insegnanti: sono certo che, con tale aiuto, gli studenti capiranno e saranno proficuamente indirizzati sulla via del pluralismo».

Secondo Piero Pinna, la migliore attuazione possibile del principio di eguaglianza nel caso concreto che qui stiamo studiando è data infatti da una regolamentazione della materia che consenta a qualunque studente ne faccia richiesta di ottenere la affissione del proprio simbolo religioso alle mura della propria aula scolastica. Gli argomenti in favore di tale soluzione sono soprattutto due: una concezione della laicità in forza della quale «lo Stato laico è tale non perché senza o contro la religione [...], non perché esclude la religione, ma perché comprende tutte le religioni, insieme a ogni visione etica o rappresentazione del mondo non religiosa»; una concezione del principio di eguaglianza che suggerisce di rimuovere le differenze «dando a tutti», per «addizione» anziché «per sottrazione».⁵⁹

Si tratta di una proposta molto interessante, da prendere in seria considerazione. A mio avviso, tra i suoi pregi principali ci sono quello di prendere in esame concrete comunità di persone (gli studenti di ciascuna classe), cercando soluzioni che si adattino ad esse, e quello di “prendere sul serio” la libertà religiosa positiva che si esprime mediante la affissione del simbolo di *ciascun membro* di quelle comunità.

Alla stregua delle considerazioni sopra prospettate, come deve essere valutata questa proposta?

Cominciamo con la questione della laicità. Al riguardo, è possibile notare che la concezione della laicità suggerita da Piero Pinna – come idoneità a comprendere «tutte le religioni, insieme a ogni visione etica o rappresentazione del mondo non religiosa», non è dissimile da quella della “laicità come apertura” sulla quale mi sono soffermato nelle pagine che precedono. Non c’è *una* visione del mondo o della vita buona rispetto alla quale lo Stato laico può compiere un *endorsement*. C’è da capire se questa “apertura” si realizza effettivamente in una situazione in cui ciascuno ha la possibilità di affiggere il proprio simbolo religioso. La risposta è positiva, poiché il pluralismo che in questo modo si realizza evita qualunque *endorsement*, e dunque – per riferirsi alle parole di De Mauro citate più sopra⁶⁰ – scongiura il pericolo di «vincoli» provenienti da fedi religiose e gravanti sullo spazio nel quale alunni e insegnanti devono vivere la loro esperienza educativa.

Una prima obiezione nei confronti di tale impostazione potrebbe forse derivare dal fatto che chi aderisce ad una visione del mondo laica (in senso militante) probabilmente non ha un simbolo da esporre. Del resto non è affatto detto che

⁵⁹ P. Pinna, *La libertà e l'uguale trattamento delle fedi religiose*, in S. Pajno, P. Pinna (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche, la libertà religiosa e il principio di laicità*, cit., par. 3. Anche O. Chessa, *La laicità come uguale rispetto e considerazione*, cit., 39 ss., ha avanzato una proposta analoga: secondo questo A.: «la laicità come uguale rispetto e considerazione fonda il diritto di pretendere l’ostensione del proprio simbolo religioso nel limite delle risorse disponibili ovvero, se queste sono insufficienti per tutte le richieste, il diritto di ottenere la non ostensione di qualsiasi altro simbolo». Conformemente si veda anche A. Riviezzo, *L’esposizione di simboli religiosi*, cit., 5-6.

⁶⁰ Al par. 6.2.

tutte le religioni abbiano simboli da esporre. Questa considerazione potrebbe aprire le porte alla conclusione secondo la quale la scuola che consentisse l'affissione dei simboli di chiunque ne faccia richiesta non determinerebbe in effetti una effettiva e autentica *apertura* a tutte le concezioni, poiché alcuni non avrebbero nulla da esporre. C'è da dire, però, che in contrario si può osservare che anche in questo caso, come in quello del “muro bianco”, una interpretazione della situazione in senso “escludente” (nel caso in questione escludente delle concezioni prive di simbolo) parrebbe il frutto di una eccessiva sovra interpretazione: chi l'ha detto che l'assenza di chi non ha nulla da esporre significhi una sua *esclusione*, un suo respingimento dallo spazio pubblico? Non mi pare ci siano ragioni significative in tal senso. In secondo luogo, la questione è risolvibile con un po' di senso pratico, ad esempio consentendo, a chi non “dispone” di un simbolo, di esporre una breve frase che rappresenti il suo punto di vista. Insomma, mi pare che un muro che accolga i punti di vista di tutti potrebbe essere un muro autenticamente laico, nel senso illustrato più sopra.

Queste considerazioni, però, non sono del tutto risolutive. Ove infatti la questione si sposti dal tema della laicità a quello della libertà religiosa la proposta di Piero Pinna suscita rilievi di altro segno. La proposta in questione considera solo ed esclusivamente il profilo positivo della libertà religiosa, ossia quello di esporre un simbolo o una immagine, mente ignora del tutto il profilo negativo della medesima libertà, se non limitatamente all'aspetto della libertà *di non esporre simboli*. È del tutto pretermesso, invece, l'aspetto centrale della libertà religiosa negativa di *non subire costrizioni concernenti l'esposizione al proselitismo altrui*, o comunque a *non essere costretti a subire l'esposizione alle manifestazioni religiose altrui*. Non si tratta di un aspetto ignorato da Pinna: questi però, in sostanza, ritiene che nel nostro ordinamento costituzionale la libertà di religione *non comprende* la libertà di sottrarsi al proselitismo. Si tratta però, a mio modo di vedere, di una affermazione non sostenuta da adeguate basi. E se la libertà religiosa negativa è *assenza di costrizioni in materia religiosa*, risulta davvero difficile sostenere che, almeno *prima facie*, e dunque salva la necessità di dover decidere in senso contrario in determinati casi per altre cogenti ragioni di diritto costituzionale, questa posizione giuridica soggettiva interessi anche il diritto a *non essere costretti a subire l'attività religiosa altrui*.

Anche in questo caso, dunque, siamo dinanzi ad un conflitto tra diverse manifestazioni della libertà religiosa, ed anche in questo caso per valutare la percorribilità costituzionale della soluzione proposta da Pinna dobbiamo cercare di capire quanto “pesa” il sacrificio imposto alle diverse posizioni in gioco dalle diverse alternative. Il ragionamento che qui è necessario svolgere è del tutto analogo a quello più sopra accennato⁶¹: la posizione di chi ritiene di esercitare la propria libertà religiosa positiva mediante la affissione di un simbolo o una immagine non è del tutto

⁶¹ Cfr. il par. 4.3.

sovrapponibile, uguale e contraria, a quella di chi intende tutelare la propria libertà *dalla religione* richiedendo di non essere esposto ai simboli. Il primo, infatti, potrà vivere la propria libertà positiva in altri modi, svolgendo attività di proselitismo con altri strumenti, anche *indossando* il simbolo. La posizione giuridica del secondo, invece, è del tutto sacrificata dalla scelta di esporre il simbolo nell'aula scolastica. E questa conclusione non cambia se si concede a costui di esporre il suo proprio simbolo, o una rappresentazione sintetica della propria concezione del mondo e della vita buona. In questo modo ci si limita, infatti, a consentire a questa persona di esercitare *un'altra* propria libertà, che magari non avrebbe alcuna intenzione di esercitare, ferma restando la compressione della libertà *dal simbolo e dalla religione*.

Come si diceva più sopra, un pregio della proposta di Piero Pinna è però quello di richiamare l'attenzione sulle concrete comunità raccolte nelle classi. Si tratta di un suggerimento che può essere valorizzato in questa sede: se, in una specifica aula scolastica, nessuno si oppone alla adozione della regola "ciascuno espone il suo simbolo", questa strada può essere percorsa. Con una precisazione, però. Che, se la soluzione adottata vuole davvero essere rispettosa del complesso fascio di situazioni soggettive che rientra nella libertà religiosa, deve rispettare anche quella che più sopra ho chiamato "libertà di non esporsi": ossia la libertà di non essere costretti – per evitare compressioni ad altri aspetti della libertà religiosa – a manifestare pubblicamente il proprio convincimento sul tema. Come è stato osservato, infatti, sarebbe necessario organizzare la "deliberazione pubblica" all'interno della classe in modo da assicurare la segretezza del voto.⁶²

⁶² Si tratta della soluzione proposta da M. Bignami, *Il crocifisso*, cit., par. 5. Può essere utile ricordare inoltre che l'ipotesi considerata in questo paragrafo è stata presa in esame anche da Trib. l'Aquila, ord. 23 ottobre 2003, cit., per scartarla in quanto contrastante con il principio della imparzialità della scuola e con la libertà religiosa: secondo il giudice civile, infatti, «l'imparzialità dell'istituzione scolastica pubblica di fronte al fenomeno religioso deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità, che peraltro non potrebbe in concreto essere tendenzialmente esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo. Sebbene non possa negarsi che la contemporanea presenza di più simboli religiosi eliderebbe la valenza confessionale [...] del solo crocifisso».

SOLIDARIEDADE SOCIAL E SOCIALIDADE NA DISCIPLINA DA LIBERDADE CONTRATUAL

Gerson Luiz Carlos Branco*

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é aprofundar o debate sobre um importante aspecto da eficácia do art. 421¹ do Código Civil brasileiro, que é o significado do “social” que adjetiva a função a que a liberdade contratual se submete.

Há muitos debates que começam a se formar tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com um baixo grau de precisão sobre o sentido de tal disposição legal e de seus efeitos, em especial sobre a afirmação de que atualmente há um princípio da “solidariedade social” que atinge e afeta o contrato.²

Os defensores de uma “solidariedade social” regendo os contratos buscam realizar importantes valores sociais com previsão constitucional. Porém, o objetivo deste artigo é verificar a compatibilidade do contrato e da teoria geral desses contratos com esse princípio, em especial na disposição do art. 421 do Código Civil.

O ponto de partida dessa verificação passa pelo reconhecimento de que o Código provocou uma mudança de problemas: se, antes do Código vigente, o problema do Direito Contratual era o sistema fechado e estreito do Código de 1916, o grande problema do Direito Contratual, após 2003, é a identificação de parâmetros mínimos e comuns a respeito da aplicação das cláusulas gerais, e sobre como controlar as decisões judiciais que fazem a aplicação de tais cláusulas.

Essa preocupação com o controle faz parte das legítimas preocupações em um Estado Democrático de Direito, em que há repulsa ao subjetivismo como critério de decisão dos conflitos jurídicos e sociais.

O subjetivismo é a atitude ou a prática de atribuir significados às expressões normativas sem que tais significados tenham uma justificação racional, revelando uma atitude arbitrária do intérprete, que apresenta como norma jurídica uma visão muitas vezes ideológica e distorcida do fenômeno jurídico.

A esse propósito inafastável a dicção de Judith Martins Costa ao afirmar que “[...] nenhum código provém do nada, nenhum código opera no vazio, pois seu modelo sempre expressa uma reflexão e uma tomada de posição diante dos problemas do mundo [...]”³

* Doutor e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; professor de Direito Civil e Empresarial e Advogado em Porto Alegre.

¹ A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

² Ferreira da Silva (2003, p. 129), Ferreira da Silva (2003, p. 99-125), Negreiros (2006, p. 156), Temm (2008), Ehrhardt Junior (2006), Junqueira de Azevedo (1998) e Macedo Junior (2005).

³ Martins-Costa (2006).

O ordenamento jurídico não pode estar afeito ao subjetivismo, sob risco de perda de um valor inerente e essencial ao Estado Democrático de Direito⁴ que é um grau mínimo de segurança jurídica e de legitimidade do processo de criação e aplicação das normas.

Ainda que preponderantemente caiba ao legislador a realização das escolhas necessárias à conformação do ordenamento, a proliferação das cláusulas gerais e a estruturação dos direitos fundamentais no texto constitucional, a partir de princípios de aplicação direta e imediata, tornam essencial debater os modelos interpretativos,⁵ pois o conteúdo do direito é definido no processo de aplicação e interpretação.

Nesse contexto, a intersubjetividade é essencial para a formação de consensos mínimos que assegurem um núcleo conhecido e minimamente estável de interpretação das normas jurídicas, especialmente quando se trata de uma cláusula geral⁶ com conteúdo tão amplo e importante como a da cláusula geral do art. 421 do Código Civil.

2 A SOLIDARIEDADE SOCIAL E SEUS EFEITOS SOBRE OS CONTRATOS

Segundo o que dispõe o art. 3º, I, da Constituição Federal, é um dos objetivos da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade justa e *solidária*.

Para a realização desse fim, o próprio texto constitucional estabelece uma série de princípios e comandos ao legislador, para obrigá-lo a respeitar Direitos e Garantias Fundamentais (entre eles os direitos sociais, com ampla aplicação no Direito do Trabalho), instituiu um título destinado a regular a ordem social (Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.), com mecanismos jurídicos complexos com a finalidade de estabelecer políticas públicas, órgãos e sistemas para a realização da solidariedade social.

Todavia, o contrato foi disciplinado em dois capítulos do texto constitucional, no art. 5º, como um dos efeitos da liberdade geral, e no art. 170, no capítulo que trata da ordem econômica.

O reconhecimento da liberdade contratual como efeito da liberdade geral prevista no art. 5º como Direito Fundamental não é novidade em nosso ordenamento, pois decorre do antigo debate que emergiu da tríade “liberdade, segurança e propriedade” presente desde a tradição liberal e das primeiras constituições posteriores à revolução francesa.

⁴ Art. 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

⁵ Reale (1999).

⁶ A propósito das cláusulas gerais, em especial sobre o Código Civil brasileiro ver: Martins-Costa (1991, p. 13-32), Martins-Costa (1998); Martins-Costa (2004).

A tradição civilista desde o advento do Código de Napoleão afirma tanto a liberdade quanto a propriedade como instrumentos para proteger a liberdade “mercantil e negocial”, que consiste basicamente em “possibilidade de mobilização da riqueza, de livre aquisição e disposição de bens patrimoniais”.^{7 - 8}

É certo também que, na perspectiva iniciada em meados do século XX, e cujo marco maior pode ser considerado a publicação da obra de Natalino Irti sobre a crise dos Códigos Civis, inicia-se a um fenômeno que acaba com a incomunicabilidade entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, o que no ordenamento jurídico brasileiro fica evidente com a disposição do § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo a qual *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

A perspectiva de que há uma “intencionalidade material” que submete a validade de todas as regras do sistema ao texto constitucional coloca a Constituição no cume do ordenamento com todo o seu sistema de normas e com suas “opções valorativas”,⁹ o que provoca o debate da liberdade contratual e da autonomia privada na perspectiva constitucional, já que não é mais possível discutir tais princípios sob a ótica unicamente infraconstitucional.

A liberdade de regular as relações não econômicas ou econômicas, e o resultado disso formar um *ato jurídico perfeito* faz da autonomia privada (como gênero do qual a liberdade contratual é espécie) direito fundamental que decorre diretamente do mandamento do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao assegurar essa condição para os direitos de liberdade, aos quais estão associados.

Entre os direitos de liberdade está a autovinculação,¹⁰ que atribui significado à autonomia privada e à liberdade contratual, os quais devem ser diferenciados dos atos de pura autodeterminação, pois o comando constitucional assegura vinculatividade aos atos de liberdade praticados pelos particulares na regulamentação de sua vida privada, especialmente quando diz respeito à esfera econômica.

O fato de não existir um “enunciado normativo” expresso no texto constitucional afirmando a autonomia privada e a autodeterminação como direitos fundamentais não lhes retiram tal condição, pois é o sistema de proteção de uma determinada norma que assegura a sua existência. Usando-se a terminologia de Alexy, pode-se considerar que tanto a autonomia privada quanto a autodeterminação

⁷ Ribeiro (2007, p. 8).

⁸ Sobre a evolução do conceito de negócio jurídico e sua objetivação, bem como da superação da teoria da vontade por uma teoria da “autonomia privada” tratamos em Branco (2009).

⁹ Ribeiro (2007, p. 11).

¹⁰ Steinmetz (2004, p. 200): “Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados contêm um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e autovinculação – também é constitucionalmente protegida ou tutelada. Dizendo, ainda, de outro modo, a tutela constitucional da autonomia privada deflui desses princípios e direitos expressos no texto constitucional.”

são “direitos fundamentais atribuídos”,¹¹ cujos efeitos são de faculdades que emanam imediata e diretamente a capacidade jurídica do sujeito de direitos.¹²

Nesse contexto e tomando-se o contrato como uma competência atribuída pela Constituição Federal que lhe considera como *ato jurídico perfeito* que sequer a lei lhe pode prejudicar os efeitos, essa competência (*competência para a nomogênese nas relações intersubjetivas de natureza econômica*) precisa obedecer aos princípios e ditames que a Constituição Federal estabeleceu para a Ordem Econômica.

Os princípios que foram estabelecidos para a ordem econômica estão consubstanciados no art. 170, tendo lugar de destaque a liberdade de iniciativa.¹³

Embora a liberdade contratual não se confunda com liberdade de iniciativa, a forma de realização desta, passa pela utilização do principal instrumento

¹¹ Há os ‘direitos fundamentais atribuídos’: “Normas como (4), (5) e (6) não são estabelecidas pelo texto constitucional, elas são atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição. Isso justifica chamá-las de normas atribuídas. As normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as de direito fundamental atribuídas” Alexy (2011, p. 50 e ss).

¹² Mota Pinto (1992, p. 170), Amaral (1988, p. 11), afirmam que a autonomia privada, considerada princípio para atuação dos particulares com eficiência normativa, consiste em “[...] uma verdadeira projeção, na ordem jurídica, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade”. No mesmo sentido, considerando a liberdade de contratar emanar da personalidade, Larenz(1978, p. 258): “El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad [...] significa más, en realidad [...] Se concretiza en diferentes derechos especiales de libertad [...], y en el Derecho privado, principalmente en las instituciones de la libertad contractual, la libertad de disponer sobre la propiedad, la libertad de testar, la libertad industrial y la libre competencia”.

¹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

para formalização e regulamentação das relações econômicas, que são os contratos.¹⁴

O fato de a liberdade de iniciativa não ser realizada somente por meio de contratos não afasta o argumento de que a liberdade de contratar é decorrente da liberdade de iniciativa econômica, pois boa parte das iniciativas econômicas e as ações que são realizadas no mercado ocorrem mediante contratos.

A liberdade de iniciativa não é absoluta, pois o próprio texto constitucional condiciona essa liberdade de iniciativa à “valorização do trabalho humano”, da “justiça social”, da “função social da propriedade”, além da defesa do consumidor, meio ambiente, desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e proteção da pequena empresa.

Esses limites dos incisos do art. 170 são aplicáveis aos contratos? Podem ser princípios dos contratos?

Evidentemente que não, pois como supramencionado, a liberdade de iniciativa é distinta da liberdade de contratar.

Não é possível se atribuírem aos contratos todos os efeitos, princípios e regime de atividades que são realizadas por outros meios, pois enquanto a liberdade de iniciativa é uma faculdade de agir e interagir economicamente na vida social, a liberdade de contratar é uma competência normativa.

O modelo jurídico da liberdade contratual foi sendo construído ao longo da história a partir das experiências sociais na medida de sua realização, ligada a fatos e exigências valorativas, tendo seu conteúdo derivado de um conjunto de elementos em que a técnica jurídica assume um papel de grande relevância, já que cabe ao filtro da técnica recolher os elementos significativos gerados pela “vida de relação”.

Por isso, a regulação da liberdade de iniciativa não altera substancialmente a liberdade de contratar, que continua sendo uma competência normativa: enquanto os atos de livre iniciativa podem ser considerados permitidos ou proibidos, os atos de liberdade contratual são considerados pelo ordenamento como válidos ou inválidos, eficazes ou ineficazes.

Ou seja, o texto constitucional não é suficiente e não consegue transformar o modelo jurídico da liberdade contratual em instrumento para a realização de políticas públicas, sequer aquelas descritas nos incisos I a VIII do art. 170 da Constituição Federal.

O atual Código Civil superou o modelo da “incomunicabilidade”¹⁵ que vigorava no período anterior, em que havia uma separação absoluta entre Direito Privado e Constituição, mas isso não significa que é possível a compreensão da riqueza e complexidade do Direito Privado sem a mediação e a preservação das estruturas e

¹⁴ Amaral (2000, p. 353-355). Em sentido contrário ao pensamento de Francisco Amaral, Paulo Lôbo afirma que “a ordem econômica se realiza mediante contratos. A atividade econômica é um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais”. (LÔBO, 1999, p. 107)

¹⁵ Martins-Costa (2003, p. 61-86).

dos modelos jurídicos conformados gradual e lentamente pela tradição ao longo dos séculos.

No mesmo sentido, o alerta de Canaris a respeito da possibilidade de aplicação indiscriminada das disposições constitucionais sem a mediação da tradição do Direito Privado, com a consequente perda de sua especificidade técnica e vínculo com a própria realidade.¹⁶

A solidariedade é valor constitucional, mas o contrato não é o instrumento jurídico para sua realização.

Por isso, Reale, com a clareza de quem compreendia que a vinculação entre o direito e a realidade social passa mais pela solução de problemas como o decidido no caso paradigma acima descrito, afirmou que o princípio jurídico adotado pelo Código Civil para os contratos foi o da socialidade e não da solidariedade.¹⁷

Sua proposição é de que a socialidade foi positivada no novo Código Civil como elemento para a construção de um sistema adequado em uma “[...] época em que o desenvolvimento dos meios de informação vem ampliar os vínculos entre os indivíduos e a comunidade.”¹⁸

A socialidade está na necessidade de o direito individual não se sobrepor a valores socialmente relevantes.

Isso significa que é possível a conciliação entre diretrizes centrais do ordenamento, polos em torno dos quais o direito realiza os seus valores, ligados à individualidade e à sua dimensão social.¹⁹

Tal análise serve para apresentar a dimensão da socialidade e sua indissociável ligação com a *funcionalização* dos modelos jurídicos postos no Código, o que gera uma diretriz central, sem a qual não se pode dimensionar o conteúdo e o sentido das normas.

A função social deve ser realizada na “dimensão singular” do contrato, pois continua em vigor o princípio da eficácia relativa das convenções, apesar da possibilidade da eficácia transubjetiva naqueles casos em que a lei expressamente permite tal eficácia.

A sociedade não é parte da relação contratual, e o “interesse social” presente em todos os contratos não pode ser confundido com o “interesse público”, que excepcionalmente pode estar presente, mas que não tem vínculo direto com a função social do contrato.²⁰

¹⁶ Canaris (2003, p. 205-220).

¹⁷ Reale (1999).

¹⁸ Reale (1988, p. 29).

¹⁹ Reale (1998, p. 156).

²⁰ No direito brasileiro tem sido feita a distinção entre interesse público e interesse social com base na afirmação de que no primeiro estão em jogo os interesses da administração pública para consecução de seus fins, enquanto no segundo se trata dos interesses não específicos da “sociedade”, considerada

A funcionalização implica intervenção no regime dos efeitos para proteção do interesse social, que não representa a “sociedade” corporificada em um “interesse” concreto eventualmente oposto ao interesse das partes, mas a uma atribuição normativa para o contrato considerado como modelo jurídico, que pode estar presente na realização dos interesses individuais dos contratantes, sem qualquer limitação por parte da coletividade.

O “interesse” somente adquire a adjetivação “social” se o contrato for observado sob o ponto de vista macroeconômico e normativo, inserido no sistema de direito privado, pois, sob o ponto de vista singular, a consequência direta da função social dos contratos é a proteção de interesse econômico particular de um dos contratantes. Em outras palavras, a finalidade imediata a ser alcançada é de natureza econômica e particular, e a finalidade mediata é de natureza social.²¹

A existência de contratos em que o paradigma de justiça não é propriamente o da justiça comutativa, mas da justiça distributiva, como nos casos dos contratos de seguro, sistema financeiro da habitação ou mesmo dos contratos de concessão de crédito no âmbito do sistema financeiro nacional, não representa a adoção de uma ideia de solidariedade contratual, embora o sistema seja orientado por ideais de solidariedade. Por isso, o risco afeta o preço do seguro para todos os segurados, os juros bancários dependem do grau de inadimplência dos tomadores de crédito, etc.

Isso não significa que não exista solidariedade contratual, como é o exemplo indicado por Ronaldo Porto Macedo, em que o objeto do contrato é a divisão de riscos e lucros comuns, indicando como exemplo paradigmático de tal situação o contrato de sociedade de advogados.²² Contudo, este sentido de “solidariedade” como obrigações das partes para consecução de fins comuns é característica dos contratos colaborativos, não sendo parâmetro para a aplicação da função social dos contratos ou para a consideração de valores sociais externos

como a massa indeterminada de indivíduos que integram determinada nação. Tal distinção tem origem na diferença entre “desapropriação por interesse público” e “desapropriação por interesse social”. Importante a observação de Paulo Lôbo, de que a constitucionalização do direito civil não representou uma “publicização” destes mesmo, mas de regulação de matérias típicas de direito privado, que continuam afeitas a esse ramo do direito, com regulação cogente de determinadas matérias: “É certo que o Estado social eliminou o critério de distinção tradicional, a saber, o interesse; o interesse público não é necessariamente o interesse social, e os interesses públicos e privados podem estar embaralhados tanto no que se considerava direito público quanto no Direito Privado.” (LÔBO, 1999, p. 100).

Sobre o mesmo problema, mas com a óptica voltada para o direito de propriedade, ver Varela (2002, p. 763 e ss) e Varela e Ludwig (2002, p. 763 e ss).

²¹ A referência a uma finalidade imediata e outra mediata no âmbito da autonomia privada é apresentada sob o ângulo do interesse por Ana Prata, a partir de reflexão de Salvatore Pugliatti. “Um direito subjectivo privado, seja qual for, tem como fonte a norma que protege um interesse privado (finalidade imediata) para a realização daquele interesse público (finalidade mediata) que se encontra na base da própria protecção, e é a razão última pela qual a protecção é concedida.” (PRATA, 1982, p. 20).

²² Porto Macedo (1998, p. 169).

ao contrato. Pelo contrário, os interesses que justificam o ato de solidariedade são internos e constitutivos do próprio negócio jurídico associativo.

Sobre esse aspecto ocorreu importante debate no STJ a respeito da possibilidade de revisão de cláusula contratual em contrato de seguro-saúde estipulado entre duas empresas, mas cujos beneficiários eram uma gama significativa de empregados de uma das empresas.

O STJ apresentou divergência, com voto da Ministra Nancy Andrighi considerando inválida a cláusula que prevê a possibilidade de reajuste do contrato em razão do aumento da sinistralidade, por considerar que isso é implícito ao aumento de valor de mensalidade em razão da alteração da faixa etária e, portanto, consistiria em um *bis in idem*. A maioria rejeitou a revisão do contrato compreendendo que o mecanismo de alteração do preço foi pactuado entre duas empresas, devendo o empregador procurar outro plano mais barato ou adequado ao padrão de seus empregados.²³

Independentemente da discussão realizada, da possibilidade ou impossibilidade de revisão do contrato, ambos os votos consideraram que a circunstância de estar por detrás de uma das empresas uma coletividade não é fator determinante para a revisão do contrato no caso concreto. Nesse caso o STJ reconhece a inversão social do contrato, mas nega que as circunstâncias externas à relação contratual sejam fundamento da revisão do pacto.

Faz parte do interesse social a preservação do mercado e das normas básicas que garantem a integridade da autonomia privada, da qual o contrato é o instrumento essencial para que se possa promover a circulação de bens e serviços, com segurança jurídica e previsibilidade. E para o exercício de uma “função de proteção” o Direito Contratual cria regras tendentes a tutelar certas categorias de contraentes quando elas “[...] se encontram numa situação que tipicamente as impossibilita de uma autotutela dos seus interesses, sob responsabilidade própria.”²⁴

Essa autotutela é realizada pela criação de um preceito que antes de eficácia jurídica tem eficácia social, baseado na liberdade que os agentes econômicos possuem de poder determinar o conteúdo dos deveres que irão reger a futura relação jurídica. Trata-se de instrumento de que os particulares dispõem para regular sua vida privada, podendo com ele realizar aquisição e alienação de seus bens em geral.²⁵

Essa visão é particularmente criticada por Irti,²⁶ ao considerar inaceitável uma dualidade factual e jurídica, algo que é e, ao mesmo tempo, deve ser com

²³ STJ, Resp n. 1102848/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 3/8/2010, DJe 25/10/2010.

²⁴ Ribeiro (2007, p. 41).

²⁵ Betti (1969, p. 108): “Ele é o acto pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (acto de autonomia privada): acto ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função económico-social que lhe caracteriza o tipo.”

²⁶ Irti (1991, p. 48).

fundamento no que é. A “natureza social” é antecedente ao direito e se conserva no plano jurídico, dentro de uma nova posição. Apesar da crítica, o Art. 421 do Código Civil está conforme com a proposição de que o fato social “autonomia” não perde essa natureza ao ser juridificado, embora lhe seja agregada uma eficácia jurídica cuja “função” é justamente a de realizar a finalidade social do ato de autonomia.

A socialidade do contrato também está vinculada à característica de transposição do fato social como fonte de deveres jurídicos. A socialidade da liberdade contratual não está presente no ordenamento somente pela função social, mas também pela força atribuída aos usos e costumes e para as cláusulas de estilo, que na condição de modelos dogmáticos criam normas de eficácia geral. Embora não haja tradicionalmente vinculação entre função social e usos e costumes, a dimensão da socialidade também é reconhecida pelo forte poder normativo que os valores sociais produzem em relação ao direito; nesse aspecto, as disposições e referências constantes aos usos (artigos 113, 429²⁷ e 432²⁸), aos costumes ou costumes do lugar²⁹ 15,³⁰ 695,³¹ 701³² e 872³³) são reveladoras dessa dimensão.³⁴

Tanto função social dos contratos quanto socialidade como princípio jurídico fazem parte de um processo de materialização do direito contratual, que considera as condições e os fatores materiais de diferenciação entre os contratantes,

²⁷ “Artigo 428. A oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.”

²⁸ “Artigo 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, se a recusa não chegar a tempo.” Uma comparação da redação do artigo 432 do Código atual com a do artigo 1.084 do Código de 1916 revela que a diferença está justamente na redação da referência ao costume. No artigo 1084 se reputa celebrado o contrato nos casos “em que se não costuma a aceitação expressa”. Casos “em que não se costuma” diferenciam-se de casos em que “não haja o costume” da aceitação expressa. O conceito de costume tem significação mais aberta em relação às condições objetivas que o mercado estabelece sobre determinada circunstância, sem vinculação estrita com uma relação objetiva em que “se costuma a aceitação expressa”.

²⁹ “Artigo 596. Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”.

³⁰ “Artigo 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la; poderá rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas de trabalhos de tal natureza”.

³¹ “Artigo 695. O comissário é obrigado a agir de conformidade com as ordens e instruções do comitente, devendo, na falta destas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os usos em casos semelhantes. Parágrafo único. Ter-se-ão por justificados os atos do comissário, se deles houver resultado vantagem para o comitente, e ainda no caso em que, não admitindo demora a realização do negócio, o comissário agiu de acordo com os usos”.

³² “Artigo 701. Não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar”.

³³ “Artigo 872. Nas despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens”.

³⁴ A propósito, ver o livro, ver Ludwig (2005).

abandonando a concepção da teoria clássica de dois contratantes absolutamente iguais em um mercado absolutamente livre de interferências.³⁵

Entretanto, a perspectiva solidarista avança para atribuir um papel mais extenso à função social do contrato: “[...] dentre as opções disponíveis, caberá ao julgador buscar o equilíbrio entre aquelas que aproveitem ao máximo as circunstâncias particulares, só se justificando desigualdade de tratamento quando vantajosas a todos, ou seja, quando interessem à coletividade.”³⁶

Tal doutrina extrapola os parâmetros e o sentido de socialidade posto no Direito Contratual, assim como subverte a principiologia constitucional por atribuir ao contrato princípios que lhe são estranhos tanto sob o ponto de vista técnico, quanto sob o ponto de vista cultural e histórico.

Ainda que em determinado momento da história possa tal teoria vir a ser um anseio da coletividade, é certo que essa concepção não encontra eco senão na doutrina e em algumas decisões judiciais, estando completamente afastada da realidade social e cultural.

3 SOCIALIDADE E FACTUALIDADE SOCIAL DO CONTRATO

A compreensão da “vida de relação” de Emílio Betti, a “socialidade” o conceito de modelo jurídico de Miguel Reale, ou mesmo a ideia do contrato com o “elo de conexão” de Teubner leva ao reconhecimento de uma “factualidade social” ao contrato que é inafastável, pois o contrato serve, na realidade fática, como instrumento dos atos de autorregulamentação, assim como possui características jurídicas peculiares em razão de o ordenamento fazer dele um instrumento para a realização de uma competência normativa.

A disciplina do contrato por meio da cláusula geral do art. 421 amplia essa perspectiva e promove uma “factualidade social” do direito contratual.³⁷

³⁵ Ribeiro (2007, p. 42).

³⁶ Ehrhardt Júnior (2012).

³⁷ A radical concepção funcionalista de Gunther Teubner aponta que os graus de diferenciação social entre as diversas esferas provocam a formação de sistemas e subsistemas. Considera o contrato como um sistema autorreferencial, que mantém relação de interdependência com a política, economia, família, cultura e religião. Nesse contexto, a função dos contratos é a de estabilizar a interdependência sistêmica e a determinação normativa de riscos futuros. Independentemente da crítica de Teubner ao contrato relacional, e de seu apego extremo à ideia de sistema autopoietico, suas afirmações são importantes para que se evidencie a relação entre a criação jurisprudencial e a respectiva dependência de elementos sociológicos, também valorizados por Luhmann, a partir das quais se deduz que no contrato existem expectativas recíprocas e complementares que influenciam na definição jurídica das obrigações contratuais. (TEUBNER, Gunther, Op. cit., p. 237-240). “Complementaridade e reciprocidade das expectativas e consistência das condutas são os mecanismos essenciais da formação de normas que influenciam a definição jurídica das obrigações contratuais.”

Esta facticidade social do Direito Contratual não é uma invenção dos juristas, pois resulta das exigências econômicas e tecnológicas, que somente se apresentaram contemporaneamente,³⁸ o que não autoriza, todavia, afirmar que o direito contratual seja regido pelo princípio da solidariedade social como já afirmado.

No início do século XX, os contratos resumiam-se basicamente àquilo que conhecemos como “contratos típicos”, cujo papel da compra e venda era dominante em todas as suas modalidades. A tipicidade era cunhada de forma muito lenta; alguns dos tipos contratuais previstos nos Códigos Civis eram heranças do velho Direito Romano.

Essa realidade gerava basicamente duas únicas exigências: verificação das regras legais postas no Código a respeito de forma, cuja desobediência resultava na invalidade ou se havia liberdade no ato de declaração de vontade.³⁹

Se a vontade era livre, considerada a liberdade como ausência de coação, erro ou dolo, os tradicionais vícios da vontade, somente o ato poderia ser fustigado com a invalidade ou ineficácia se estivessem presentes vícios sociais, como eram a simulação ou a fraude contra credores.

O mesmo não acontece quando o homem contemporâneo contrata, pois a dinâmica da vida social é extremamente veloz e não permite que aquele que contrata conheça, em toda a extensão, os efeitos econômicos, fáticos e jurídicos do ato praticado.

O processo de *tipificação social* é muito rápido, assim como é a velocidade

³⁸ A jurisprudência tem recepcionado essa concepção de contrato, reconhecendo as transformações sociais em algumas decisões. Exemplo disso é a decisão cuja ementa é a seguir transcrita: TJRS, Emb. Infringentes n. 599178050, 9º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Fernando Braf Henning Júnior, j. 17.9.1999. “Consórcio. Contemplação por sorteio. Opção por sorteio. Opção por outro bem. Falência da concessionária. Autorização de faturamento do veículo em nome da concessionária. Não recebimento do bem pela consorciada. Responsabilidade solidária da administradora do plano consorciado. Código de Defesa do Consumidor. 1 — a pretensão de direito material enquadra-se albergada no contrato de adesão a grupo de consórcio, cuja qualificação da fornecedora emerge cristalinamente como sendo a administradora, prestadora do serviço, integrante do grupo econômico Autolatina Volkswagen. 2 — A obrigação imposta a consorciada, por cláusula de adesão, para efetuar a opção por outro bem deve ter eficácia relativizada diante da obrigação de melhor informação e compreensão do consumidor. A par disso, reserva-se o princípio da boa-fé a garantia do exercício do direito. Aplicação dos artigos 30 e 54 do Código de Defesa do Consumidor. 3 — A responsabilidade solidária da administradora configura-se no fato de a concessionária permitir a modificação do pedido, com suporte na marca do grupo econômico Volkswagen, conduzindo o negócio sob a confiança do consumidor. Inteligência do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor. 4 — Hipótese concreta em que a relação jurídica consorciada reclama abordagem sob a égide das regras de consumo, em face da nova realidade denominada de pós-moderna, reflexiva a globalização e acumulação de riquezas e bens intangíveis, conquanto reservado ao princípio da boa-fé objetiva as funções de modificação, adaptação a prestação contratual, ou mesmo a resolução do contrato. 5 — Embargos infringentes providos, por maioria.”

³⁹ É claro que a doutrina já alertava para impossibilidade de aplicação esquemática das normas legais, sendo necessária a compreensão do sentido das estipulações das partes, sempre tendo em vista que “toda regulación contractual particular prevalece sobre las normas legales ‘dispositivas’”, principalmente tendo em vista os contratos mistos (LARENZ, (1959, p. 6-7).

dos meios de comunicação e transporte, o que provoca alterações em lições como a da clássica obra de Larenz, a respeito do processo de tipificação, no qual há uma das mais preciosas análises sobre o processo de tipificação contratual e do papel do tráfico jurídico na formação do Direito.⁴⁰

Isso também se reflete na extrema agilidade dos atores econômicos na conformação dos *desvios socialmente típicos*, que são formas reconhecidas empiricamente, com atributos sociais típicos e desvios com resultados gravosos e não equitativos. Esse desvio típico também é acompanhado por um prejuízo típico, “observável na prática negocial”, que demonstra o desvirtuamento da função de ordenação da autonomia privada.⁴¹

Podem parecer forte, porém a expressão que melhor explica a invalidade ou ineficácia das cláusulas contratuais em razão da aplicação da cláusula geral da função social dos contratos é a circunstância de que os *atos sociais dominam o contrato*. Veja-se o caso em que examinar os fins normalmente visados pelos grupos sociais que se utilizam de um contrato de compra e venda de soja a preço futuro é o único meio que se tem para verificar a compatibilidade entre os valores sociais e os princípios jurídicos positivados e o regulamento contratual em análise, como recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça.⁴²

A esse propósito, doutrinadores como Irti⁴³ e Galgano⁴⁴ fazem críticas às concepções que tratam da circulação desse modelo em duas realidades, tratando isso como problema teórico de construção. Dirigiram sua crítica à teoria do negócio jurídico de Emilio Betti, ao afirmá-lo como ato de autonomia privada que faz parte da vida de relação e somente então, mas sem perder tal condição, passa a ser tratado como fato jurídico.⁴⁵

⁴⁰ Larenz (1959, p. 2-11).

⁴¹ O método de verificação, portanto, das condições de intervenção é baseado na verificação empírica de adequação de uma generalidade de situações negociais típicas em que ocorre a distorção funcional da liberdade contratual. Para isso, é necessário “integrar-se o contrato concreto numa categoria de contratos” em que as condições negociais são similares para aplicação de determinada disciplina jurídica, e, assim fazer o controle do conteúdo do contrato a partir dos parâmetros valorativos respectivos. A propósito ver Ribeiro (2007, p. 174-176).

⁴² STJ, REsp. n. 803.481 - GO (2005/0205857-0), 3ª Turma, Rel., Ministra Nancy Andrichi, j. 28.6.2007.

⁴³ A crítica de Irti é feita originalmente ao pensamento de Emilio Betti, verbis, “Como è possibile, a questo punto, ricondurre il negozio nella sintesi normativa? Conciliare la logica dell'autonomia privata – che apre il mondo del diritto al sottostante piano sociale – e la logica della fattispecie, chiusa nel ritmo delle norme?”. (IRTI, 1991, p. 17).

⁴⁴ Irti (1991, p. 31). Calasso faz a análise da crítica de Betti ao “dogma da vontade” tal qual elaborado pela pandectística alemã. Ao fazê-lo, afirma que, “deixando de lado o risco de tautologia, se põe em segundo plano próprio do ato de vontade que é o fato concreto do qual reconduzimos com um processo indutivo ao conceito de autonomia [...]. Nesse processo dialético do qual nasce o negócio, não é conveniente afirmar que a vontade esteja em segundo plano, enquanto no primeiro plano está o regulamento de interesses disposto para o futuro[...]”. (CALASSO), 1967, p. 27-40, tradução nossa).

⁴⁵ “*Chi osservi lo svolgersi della vita di relazione in ogni società che abbia raggiunto un sufficiente grado di civiltà, trova*

Servindo-se de matriz teórica distinta daquela de Betti, Teubner acentua que essa é a característica essencial do contrato e sua função: servir como elo de conexão entre o sistema social e econômico com o sistema jurídico, para garantir estabilidade e previsibilidade em relação aos riscos futuros nas relações intersubjetivas, o que é muito bem sintetizado na expressão de que o contrato atua como “ilhas de estabilidade num mar de turbulências.”⁴⁶

Em outras palavras, a intervenção judicial nos contratos para limitar sua validade ou eficácia tem espaço substancial na cláusula geral da função social dos contratos, pois esta reconhece e acolhe a concepção de que o contrato é um fato social que já no plano social possui um caráter regulatório, ou “preceptivo”.

Essa natureza dúplice do contrato é o grande desafio para a compreensão sobre quais são as regras vigentes que disciplinam validade e eficácia dos contratos, pois os esquemas tradicionais (teoria das invalidades) não são mais suficientes em um contexto de aplicação de cláusulas gerais, como a do Art. 421 do Código Civil. Talvez o que melhor expresse esse problema de transição é a célebre e debochada afirmação de que Pontes de Miranda era “porteiro do mundo jurídico”. Pois bem, em certa medida já não temos mais um porteiro que nos diz, de forma prévia e abstrata, quais são os fatos que podem ser recepcionados e os que não podem passar pelos planos da validade ou eficácia.

O desafio está na circunstância de que o contrato como fato social produz as regras. E como examinar a validade ou eficácia de um contrato a partir das regras sociais construídas no seio da liberdade contratual?

Essa questão não está respondida, mas a factualidade social do contrato pode ser considerada a partir das ferramentas que a tradição, que os modelos jurídicos do direito contratual já produziram ao longo da história.

As tradicionais formas de intervenção nos contratos partiam da análise estrutural da relação contratual, evidenciando crédito e débito, com caráter neutro em relação aos sujeitos, cuja liberdade do ato de “declaração de vontade” era o elemento central. Já o controle da validade dos contratos, a partir de uma perspectiva funcional, estabelece uma vinculação entre a relação de crédito e débito e sua origem, que não é mais uma “declaração de vontade”, mas sua causa e, por isso, a partir da função prático-social à qual corresponde e expressa sua disciplina, há a definição dos direitos, obrigações e poderes do credor.⁴⁷

che gli interessi privati esistono in essa indipendentemente dalla tutela del diritto, e che l'iniziativa privata provvede ad ogni consapevole assetto di tali interessi, esplicandosi non solo nell'aspirare a certi scopi pratici, ma anche nel foggjarsi i mezzi ad essi rispondenti, prima di ogni intervento dell'ordine giuridico” (BETTI, 1957, p. 209).

⁴⁶ Teubner, Gunther, Op. cit., p. 242.

⁴⁷ A busca da função está relacionada ao “aspecto causativo”: “Ela assume uma disciplina segundo a sua causa, a qual é expressão da sua disciplina: o aspecto funcional e aquele causativo exprimem a mesma exigência, isto é, individuar e completar uma relação entre situações subjetivas. O credor, segundo seja a causa uma ou outra, tem, ou não, determinados poderes, obrigações[...].” PERLINGIERI (2002, p. 117).

É preciso, portanto, construir uma nova dogmática das causas de invalidade e de ineficácia, em que a funcionalização da liberdade contratual passa a ser um dos principais fatores.

Nessa esteira, um dos pontos de partida que podem dar um caminho para a construção dogmática sobre como utilizar a função social dos contratos de forma agregada a uma nova teoria das nulidades, passa pela análise daquelas hipóteses que, de forma fragmentada, a jurisprudência legou ao longo da história como formas de controle de uma funcionalidade social típica.

Isso significa que há trabalho a ser feito, que é o de compreender aqueles fatores sociais considerados na análise de casos concretos homogêneos, nos quais a Jurisprudência utilizou a cláusula geral da função dos contratos como fator de afastamento do preceito criado pelas partes.

Isso não significa outorgar para a Jurisprudência a definição integral do que é a função social dos contratos, mas considerar uma circunstância real de que o papel da jurisprudência é substancial na interpretação e no preenchimento das cláusulas gerais, cabendo à doutrina, além da crítica, a sistematização e a uniformização dos critérios implícitos ou internos, que não podem ser observados em um único caso, mas na regulamentação geral da matéria a partir das decisões individuais, utilizando-se sempre do prisma da tradição, sem o qual não é possível ver todas as cores que a luz da jurisprudência proporciona.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se este artigo no sentido de que embora o princípio da solidariedade social constitucional seja previsto no texto constitucional, não se pode confundir os fins do Estado com os fins visados pelos particulares quando disciplinam as suas relações econômicas.

A liberdade contratual tem fins próprios, cuja importância social é indiscutível, não sendo instrumento constitucional da realização da solidariedade social. Certamente o programa do governo conhecido como “bolsa família” ou outras políticas públicas são mais eficientes para realizar a solidariedade social.

Todos nós devemos ser solidários, mas isso não significa que juridicamente o contrato possa ser visto como um instrumento da solidariedade, pois o fim que lhe foi atribuído constitucionalmente está vinculado a valor tão ou mais importante, que é a autodeterminação e a liberdade de disciplinar as relações econômicas em uma ordem baseada na livre iniciativa.

Há um aspecto central do Direito Contratual que, embora simples, muitas vezes é esquecido, referente à desnecessidade de fundamentação da autodeterminação e liberdade como valores, sem qualquer necessidade de justificação complementar.

Tratar da função social dos contratos como efeito da adoção da solidariedade representa afastar a função social do contrato da liberdade contratual, transformando-a em limite externo que é aplicado quando a liberdade contratual cede seu lugar aos moldes de um princípio jurídico.

Entretanto, a função social dos contratos não está afastada da liberdade contratual, pois a unidade de sentido produzida por ambos forma o modelo jurídico do contrato na sociedade contemporânea, com sua factualidade social e sua capacidade ímpar de permitir a realização da autodeterminação, mediante a preservação de uma competência aos particulares.

A socialidade do contrato não pode representar o fim da competência que os particulares possuem para formação de atos jurídicos perfeitos que tornem sua vida econômica previsível e segura: é a profunda socialidade do contrato que lhe dinamiza e lhe mantém como principal instrumento de regulamentação social na sociedade contemporânea.

Nesse sentido este artigo reforça a importância da posição atual tomada pelo STJ⁴⁸ ao reconhecer o contrato como um modelo jurídico forjado dentro de uma determinada tradição sem qualquer incompatibilidade com a função social. Pelo contrário, a liberdade contratual e sua função social formam uma unidade de sentido decorrente do reconhecimento da factualidade social do próprio modelo adaptado aos novos tempos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*, n. 46, 1988.

_____. *Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BETTI, Emilio. Negozio giuridico. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino: Giuffrè, 1957.

_____. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra editora, 1969.

⁴⁸ STJ, REsp. n. 803.481 - GO (2005/0205857-0), 3ª Turma, Rel., Ministra Nancy Andrighi, j. 28.6.2007. “A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.”

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Almedina, 2009.

BROWNSWORD, Roger. *Contract Law. Themes for the twenty-first century*. Oxford, 2006.

CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico-lezioni di storia del diritto italiano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1967.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CHAMPAUD, Claude. La concession commerciale. *Revue Timestrielle de Droit Commerciale*, v. 3, p. 451-504, 1963.

COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil*, v. 18, p. 53-65, 1975.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. *O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 20 jun. 2012.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Aplicação analógica da lei dos revendedores. *Revista de Direito Mercantil*, v. 49, p. 34-41, 1983.

GUYENOT, Jean. Les conventions d'exclusivité de vente. *Revue Timestrielle de Droit Commerciale*, v. 3, p. 513-537, 1963.

IRTI, Natalino. *Lettere bettiane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: ERDP, 1959.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, v. 18, n. 112, p. 13-32, 1991.

_____. Culturalismo e experiência no Novo Código Civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 18, n. 6, jun. 2006.

_____. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, n. 53, ago./set. 2004.

_____. O direito privado como um sistema em construção. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 15, 1998.

_____. Os Direitos Fundamentais e a Opção Culturalista do Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MAYMON-GOUTALLOY, Mireille. Contre une intervention législative en matière de concession commerciale. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, v. 4, p. 519-538, 1982.

MELO, Claudineu. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MOSCHEL, Wernhard. La distribution sélective d'automobiles em dorit europén de la concurrence. *Revue Trimestielle de Droit Commercial e de Droit Économique*, v. 1, p. 1-26, 1991.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1992.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- PORTO MACEDO, Ronaldo. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- REALE, Miguel. Características do contrato de concessão comercial. In: *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *O projeto do Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. Sistema normativo das concessões comerciais de veículos automotivos. In: *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, ano 87, n. 752, p. 22-30, jun. 1998.
- REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). *Revista de Direito Mercantil*, v. 7, p. 17-45, 1972.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- _____. *O problema do contrato, as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TIMM, Luciano. *O novo direito contratual brasileiro*. São Paulo: Forense LV, 2008.
- VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um conceito. In: MARTINS-COSTA, Judith et al. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith et al. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- WALD, Arnaldo. *Estudos e pareceres de direito comercial (os contratos de concessão exclusiva para distribuição no direito brasileiro)*. São Paulo: Saraiva, 1979.

A DESIGUALDADE NO TRATAMENTO DO *STATUS LIBERTATIS* NO BRASIL: A HISTÓRICA CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Lenio Luiz Streck*

1 O PROBLEMA DA DESIGUALDADE NO BRASIL. A (ANTIGA) INFLUÊNCIA DOS ESTAMENTOS

Tem havido vários modos de explicar a desigualdade em *Terrae brasilis*. Ao longo da história, várias teorias foram sendo construídas. Fundamentalmente, duas teses disputam uma espécie de primazia para a explicação das razões pelas quais o Brasil é (tão) desigual. De um lado, a matriz marxista, que pode ser resumida na obra de Caio Prado Junior, (*Formação do Brasil Contemporâneo*); de outro, a vertente weberiana, originária da obra de Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder*.

Para o âmbito dessas reflexões,¹ entendi-se como a mais adequada a tese proposta por Faoro, a partir de seu conceito central para se pensar a conformação e a articulação do poder político no Brasil. Refiro-me ao binômio patrimonialismo-estamento que Faoro apresenta para construir sua interpretação do Brasil (desde as feitorias até a Era Vargas). Com efeito, em larga síntese, a tese de Faoro era de que – e ressalta-se que ela permanece atual na maioria de seus aspectos – o poder político no Brasil se articula em razão de uma herança lusitana, a partir de um Estado que é *patrimonialista* em seu conteúdo e *estamental* em sua forma.

Patrimonialista porque os titulares do poder se apoderam do aparelhamento estatal de tal forma que acabam por gerar uma quase indistinção entre o que é bem público (Estado) e o que é o bem privado; ou seja, trata-se da utilização dos espaços estatais para a realização e a administração de interesses de origem privada. Isso tem consequências sérias. O *estamento*, por outro lado, é o que dá forma a esse exercício patrimonialista do poder.

Trata-se de uma verdadeira casta que assume o controle do Estado, governando-o de acordo com seus interesses. Portanto, os estamentos, vistos a partir de *Os Donos do Poder*, de Raymundo Faoro, mostram que, em determinadas circunstâncias, o Brasil é ainda pré-moderno. Temos uma sociedade de estamentos, que “ficam de fora” da classificação tradicional de classes sociais.

* Pós-doutor e Doutor em Direito; Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e da Universidade Estácio de Sá; Professor visitante da Universidade de Coimbra (PI), Roma Ter (II) e Javeriana, de Bogotá (CO); Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST); Coordenador do Núcleo de Estudos Hermenêuticos (Dasein); Procurador de Justiça (TJ/RS).

¹ Este texto faz parte de um conjunto de pesquisas que vêm sendo realizadas no âmbito do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (Dasein), que funciona no PPGD- Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Nas palavras de Faoro:

[...] sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores.²

Há, assim, brasileiros “diferentes” de outros brasileiros, circunstância reconhecida pela (então) mais alta autoridade da nação, recentemente, ao sugerir que o Ministério Público, antes de denunciar alguém, examine o seu *curriculum*. Veja-se essa questão “estamental” na previsão, no Projeto do novo Código de Processo Penal, da figura do “assistente de acusação” (Quem tem dinheiro para contratar um assistente de acusação? A resposta parece óbvia...!).

Essa constatação assume ares dramáticos, quando percebemos que, passados 20anos desde a promulgação da Constituição, não há indicativos de que tenhamos avançado no sentido da superação da crise pela qual passa a operacionalidade do Direito em *Terrae brasilis*. Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista³, corrompido e potencializado pela estrutura patrimonialista e estamental do Estado brasileiro. Isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual, não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual (bens jurídicos supraindividuais), que compõem majoritariamente o cenário dessa fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira.⁴ Isto é, não podemos pensar que é possível alterar o foco do direito penal *se continuarmos pensando que os bens jurídicos que devem ser protegidos são os de feição meramente interindividual* (ou, para usar uma expressão em voga, bens jurídicos de “carne e osso”).

² Faoro (1995, p. 824).

³ Deixa-se aqui de analisar a crise nos demais campos do direito.

⁴ Observe-se como tem fundamento a frase “o código civil é feito para os que têm e o código penal é feito para os que não têm”. Historicamente, sempre foi mais fácil, e rápido elaborar um código penal. Vejamos: Constituição de 1824, Código Criminal já em 1830; com proclamação da República e mesmo antes da nova Constituição, já tínhamos um novo código penal em 1890; novas “clientelas” exigiram nas décadas de 1940, em diante, não apenas um Código novo (1940), como também um conjunto de leis “ad hoc”. Enquanto isso, no “campo cível”, mantivemos as Ordenações Filipinas (1603) até o ano de 1916; e a história se repetiu (como uma farsa) com o advento da Constituição de 1988: novamente se passaram quase 30 anos para “mexer” com as questões do “sujeito-proprietário-de-mercadorias-da-modernidade” que agora ingressa na “pós-modernidade” e no neoliberalismo.

Refitamos a respeito: o primeiro código (penal) brasileiro foi o do Império. Outorgada a Constituição em 1824, permanecemos com as Ordenações Filipinas (talvez o diploma penal mais emblemático em termos de criminalização da pobreza, eis que estabelecia ao fim de cada tipo uma pena diferente para cada “qualidade” de autor, delimitando, inclusive, que certos crimes não poderiam ser e ter como sujeito ativo um cidadão de “qualidade superior”) até o ano de 1830, quando foi editado o Código Criminal, nitidamente direcionado a uma clientela: escravos e congêneres (aliás, havia uma inconstitucionalidade que jamais pôde ser decretada, porque não havia controle jurisdicional de constitucionalidade no Império: a Constituição aboliu as penas de galés e açoites; já o Código impunha a conversão de qualquer pena distinta da morte ou das galés em açoites quando o condenado fosse escravo). A seletividade penal também se fazia clara ali e a desproporção das penas entre os crimes “de senzala” e os da “casa grande” era evidente. Basta ver que as lideranças do crime de insurreição (reunião de 20 ou mais escravos objetivando a obtenção da liberdade por uso da força) tinham para si reservadas a pena capital, sem prejuízo dos açoites a serem recebidos por seus liderados. Por sua vez, o crime de rebelião (reunião de mais de 20 mil pessoas de uma ou mais povoações visando o cometimento de crimes, como: tentar destruir o Império, provocar nação estrangeira a declarar guerra contra o Brasil, destruir a Constituição, ou, ainda, destronar o imperador) reservava aos “cabeças” a prisão perpétua, não a pena de morte.

Proclamada a República em 1889, já no ano seguinte tínhamos um novo Código, agora dirigido a uma nova clientela: ex-escravos e congêneres (basta ver os tipos penais mais importantes). Em nenhum deles houve a “preocupação” com o “andar de cima” da sociedade. Afinal, centenas de anos de escravidão marcaram indelevelmente o sentido de classe do direito, em especial o direito penal. Como ocorre até os dias atuais, o *establishment* jamais legisla “contra si mesmo”, por isso, a ausência histórica de punições mais efetivas contra crimes contra o erário público, corrupção, etc. *E não esqueçamos a relevante circunstância de que criminalizar a pobreza é um eficaz meio de controle social*, tarefa imprescindível para manter sob o julgo da elite econômica toda a massa populacional que precisava ser enquadrada no novel modo de produção a ser instalado. Um operariado disciplinado, desprovido de autonomia e condicionado às longas jornadas de trabalho eram requisitos básicos para que se firmasse o incipiente capitalismo em *Terrae brasílis*, e essa massa humana não mais poderia ser controlada pela força do chicote. É nesse tempo que têm vez os ditos “crimes contra a ordem pública”, como a vadiagem, a embriaguez, a mendicância e a capoeira. Todos seguindo a mesma lógica moralista e com o mesmo intuito de reprimir os elementos destoantes da patuleia que se recusassem (ou não conseguissem) à inserção no sistema. Reprimiram-se com pujança, também, as greves e iniciativas de

organização em geral por parte dos trabalhadores, existindo delegacias especializadas tanto para o primeiro quanto para o segundo grupo de crimes.

Mutatis mutandis, a preocupação maior sempre foi com a proteção da propriedade privada e dos interesses *lato sensu* das camadas dominantes, questão que ficou bem visível no Código de 1940, o qual surge em pleno Estado Novo, agora com a preocupação de atingir a um outro tipo de “clientela”: um Brasil que aos poucos se urbanizava e que passava pela segunda fase do processo de substituição de importações (não esqueçamos que até 1930 o Brasil se sustentava na base da economia agrário-exportadora). Inspirado no modelo fascista, o Código Penal apontou efetivamente para o “andar de baixo”, com especial preocupação com os crimes contra o Estado, o “livre desenvolvimento” do trabalho, a “proteção dos costumes”, etc., mas sempre enfatizando a à propriedade privada: o furto recebeu uma qualificadora de chave falsa, uma vez que as pessoas guardavam dinheiro em suas casas, problemática também presente (e protegida) pela qualificadora da escalada (os muros grandes não cercavam as casas do proletariado); o furto qualificado recebeu uma duplicação de pena (dois a oito anos). Até o esbulho recebeu proteção penal. De registrar que, em tempos de “proteção da moral pelo Estado”, houve a aposta em uma espécie de *behaviorismo* criminal, isto é, intensificou-se a punição de vícios e comportamentos sociais. Afinal, o Estado estava preocupado em “consertar o homem”, criando, para tanto, ao lado do Código Penal, a Lei das Contravenções Penais (aqui é interessante notar o modo como aparece o componente de “classe” no direito criminal: enquanto se punia criminalmente a mendicância, também se punia, na área cível, o pródigo; com isso, cria-se um elo entre o mendigo e o pródigo; o primeiro denuncia o sistema injusto, a divisão em classes (como não poderia ser diferente, era requisito subjetivo do tipo que o autor não tivesse renda ou meios para o próprio sustento, o que permite concluir que era um crime próprio, unicamente possível de ser praticado por pobres), etc.; já o segundo decepiona o sistema, do qual se pode dizer que o pródigo é o “lumpen da burguesia” nacional).

Ao (atual) Código Penal de 1940 foram sendo acrescentadas leis; parcela considerável sem qualquer sistematicidade. À medida que o crime se organizava e mudava de feição, foi-se legislando de forma *ad hoc*, como, por exemplo, a Lei do Colarinho Branco (Lei n. 7.492/86), a da Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/98), do Crime Organizado (Lei n. 9.034/95) dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90).

2 A EFETIVA CONFISSÃO DE QUE, HISTORICAMENTE, **CRIMINALIZAMOS A POBREZA E MANTEMOS UM DIREITO PENAL DE “CLASSE”**

Já é de certa forma um lugar-comum qualificar o Direito Penal (e em especial o Direito Penal brasileiro) como conservador e ideológico, típico de um modelo de Estado em que a produção das leis (e do Direito em geral) segrega a pobreza, afastando-a da sociedade civil (composta por pessoas “de bem?”), a pretexto de garantir a almejada “paz social”.

Colocando a questão em outros termos, não há como dizer que o Direito Penal “clássico” não seja mesmo refém de um paradigma liberal-individual-patrimonialista, que o colocou a serviço da proteção do patrimônio, da propriedade e, sobretudo, dos proprietários.

Os exemplos são inúmeros e já foram, quase todos, bem explorados por qualquer doutrina crítica. Fala-se de um emaranhado legislativo que estabelece ações penais públicas e incondicionadas para crimes de nítido cariz patrimonial e individual, como o furto privilegiado (art. 155, § 2º, do Código Penal) e a alteração de marca em gado alheio (com pena de até três anos de detenção, conforme o art. 162 do Código Penal); ou públicas (ainda), mas condicionadas à representação, em casos como o de tomar refeição em restaurante sem dispor de recursos para pagamento (art. 176 do Código Penal). Isso para não falar na nossa sempre lembrada Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688 de 1941), que criminalizou o modo-de-ser da escumalha, a qual perturba o trabalho alheio com algazarra (art. 42, I, da LCP), que se finge de funcionário público (art. 45 da LCP), entrega-se à ociosidade sem renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência (art. 59 da LCP), embriaga-se (art. 62 da LCP) e que mendiga, (certamente) por ociosidade e cupidez (art. 60 da LCP). E isso tudo, também, sempre mediante a ciosa atuação pública e incondicionada do Ministério Público (art. 17 da LCP).⁵

Essas infrações todas, sem exceção, são representativas de uma experiência de um Estado protoliberal, e da nítida oposição entre Estado e sociedade civil (cidadania) que a caracteriza, como confirma a pequena digressão histórica anteriormente realizada. A garantia da segurança (e é para isso que se “contrata” o Estado legal-liberal-formal-burguês) passa, inexoravelmente, pela proteção dos bens jurídicos vida/integridade pessoal (os crimes “de carne e osso” estão todos lá) e, como visto, do patrimônio (em especial, o individual).

⁵ A comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código penal aprovou recentemente a necessidade de representação da vítima de furto como condição para o ajuizamento da ação penal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105449>. Acesso em: 25 maio 2012.

Pois bem, a questão fica mais interessante quando se contrasta este estado de coisas com o advento da Constituição de 1988, que inaugurou, no Brasil, o marco de um Estado Democrático (e Social) de Direito. Isso significa dizer, em síntese, que a nossa realidade passou a ser tomada por um acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional, que passa a zelar (e a se legitimar) pela busca dos altos objetivos da República, entre eles, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CR). Entre os fatores que colaboraram para esse deslocamento está o tipo de Constituição do pós-Segunda Grande Guerra, com nítido cariz principiológico, quando o direito passou a abarcar o mundo prático até então rejeitado pelo positivismo.

Se nos quadros de um modelo de Direito Liberal fazia algum sentido o privilégio da defesa do patrimônio e segurança individuais – e isso já estava presente em John Locke –, agora nós devemos (deveríamos) ter em mente a *presença de novos bens jurídicos*, típicos da tradição que se forja no Estado Democrático de Direito, no qual não há (mais) oposição entre Estado e Sociedade. A defesa do Estado (isto é, de um Estado que passa da condição de “inimigo” para a de “amigo dos direitos fundamentais”, bem entendido) é a defesa da cidadania. E, no interior dessa “reviravolta”, é evidente que as baterias do Direito Penal deve(ria)m ser voltadas para aquelas condutas que se coloquem como entrave à concretização do projeto constitucional.

Nesse contexto, surge (*desvela-se*, em sentido hermenêutico) uma nova criminalidade a ser combatida, aquela que atinge bens jurídicos *supraindividuais*, que afetam toda a coletividade. Fala-se no enfrentamento de crimes, como a sonegação de tributos e a lavagem de dinheiro (todos estes com lesividade metaindividual).

Assim vale lembrar que Constituição (se não é uma mera “carta de intenções”), efetivamente determina ao Legislativo e ao Judiciário que orientem o seu agir para essa direção, oferecendo *proteção suficiente* aos bens jurídicos que foram catalogados em destaque (não apenas a ordem econômico-financeira, mas também o meio ambiente e a infância e a juventude, por exemplo). E, afinal, se o Direito Penal é a *última ratio*, a mais grave das redes sancionatórias do aparato estatal, o mínimo que se espera (e aí Dworkin tem razão, *quando cobra coerência e integridade do Direito*) é que trate desigualmente os crimes desiguais. Exemplificando, para ficar mais claro: se o patrimônio individual é algo a ser protegido (e segue sendo a propriedade um direito fundamental, algo que se lembra para evitar mal-entendidos – art. 5º, XXII, da CR), inclusive via Direito Penal, então não pode haver dúvida de que o tratamento deve ser ainda mais rigoroso quando a lesividade atinge o patrimônio da coletividade. Ou por outra, segue-se sendo criminalizada a violação da honra (também direito fundamental, a propósito – art. 5º, X, da CR), não se espera menos das condutas que agridam direitos da infância e da juventude (a quem se prometeu “absoluta prioridade”, nos termos do art. 227, *caput*, da CR).

Contudo, a “baixa constitucionalidade” do legislativo e dos operadores do direito faz com que *a sua almejada integridade seja uma quimera*. Uma rápida pesquisa nos principais sítios eletrônicos dos Tribunais do Brasil nos dá provas incontornáveis disso, como veremos a seguir.

2.1 A LEGISLAÇÃO E SUAS INCONGRUÊNCIAS: UMA BREVE COMPARAÇÃO ENTRE (ALGUNS) TIPOS PENAIS

Não é necessária uma pesquisa muito aprofundada para que se encontrem incongruências no ordenamento jurídico-penal brasileiro. A partir da simples leitura da Parte Especial do Código Penal já se deduz, de plano, a preferência do legislador na penalização dos crimes patrimoniais quando em comparação com os crimes praticados contra a pessoa. Veja-se, exemplificativamente, que ao crime de homicídio simples é cominada uma pena mínima abstrata de seis anos, inferior à estabelecida para o crime de roubo qualificado pelo resultado de lesão corporal grave, casos em que se parte de sete anos. Ainda, ao crime de homicídio qualificado, é cominada pena muito inferior à relativa ao crime de roubo qualificado pelo resultado morte: neste, a pena abstrata varia de 20 a 30 anos de reclusão; naquele, de 12 a 30 anos.

Ou seja, à “qualificadora” de “subtração de coisa alheia móvel” no crime de homicídio (ou, se assim se quiser, homicídio praticado com o motivo de obtenção de vantagem patrimonial), comina-se uma pena abstrata no mínimo oito anos mais grave do que a pena prevista à prática de homicídio qualificada por emprego de meio tortura ou outro meio cruel, ou ainda na ocorrência de qualquer das circunstâncias qualificadoras previstas (mediante paga ou promessa de recompensa, *ng.*) no art. 121, § 2º, do Código Penal.

Permanecendo, ainda, nas disposições concernentes aos títulos I e II do Código Penal, ao crime de furto qualificado é cominada pena abstrata muito superior à sanção prevista ao crime de lesão corporal de natureza grave. Se para o primeiro a pena em abstrato varia de três a oito anos de reclusão, no segundo caso limita-se de um a cinco anos. Ou seja: a subtração de bem patrimonial do interior da residência da vítima realizada por mais de uma pessoa ou com abuso de confiança (veja-se que, nesse último caso, pode-se enquadrar, conforme o caso concreto, a subtração de objetos da residência por empregado da residência/estabelecimento) implica sanção superior à ofensa à integridade corporal de que resulte debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou ainda que coloque em perigo a vida da vítima.

Indo além, em relação ao furto simples, a sanção é superior (duas vezes maior) à definida para o crime de exposição ou abandono de recém-nascido, pífios seis meses a três anos de detenção em sua modalidade simples, sem falar que ao furto é cominada pena de reclusão. Importante observar, ademais, que a conduta

de adquirir – com finalidade comercial – coisa que deveria saber produto de crime, recebe apenamento superior à conduta que – *mediante dolo direto* – causa lesão corporal gravíssima, gerando deformidade permanente, perda de membro ou aborto.

Por fim, resta escancarada a preferência do legislador quanto ao bem jurídico primordial (eis que a pena deve guardar congruência com a necessidade de tutela) quando se tem como parâmetro de comparação as sanções cominadas aos crimes de redução à condição análoga à de escravo (pena de dois a oito anos de reclusão) e de extorsão mediante sequestro com duração de mais de 24 horas (pena de 12 a 20 anos de reclusão). De registrar, ademais, que o crime de supressão ou alteração de marcas de animais (art. 162) é apenado com seis meses a três anos de detenção e multa, pena máxima superior à cominada aos crimes de subtração de incapazes (art. 249), violência doméstica nas hipóteses do § 10 (art. 129), maus-tratos (art. 136), violação de domicílio – quando praticada durante a noite ou em lugar ermo, ou com emprego de violência ou de arma, ou, ainda, por duas ou mais pessoas (art. 150, §, 1º) e assédio sexual (art. 216-A). O apenamento máximo excede, ainda, as penas originalmente previstas a crimes contra a ordem tributária (destaque para o art. 2º da Lei n. 8.137/90), a crimes ambientais (arts. 32, 45 e 50 da Lei n. 9.605/98), a crimes cometidos contra crianças e adolescentes (arts. 228, 229, 230, 231, 232, 234, 235, 236 e 244 da Lei n. 8.069/90) e a crimes ocorridos em licitações (arts. 93, 97 e 98 da Lei n. 9.666/93).

Considere-se, ademais, que o Brasil é o único país do mundo em que a fraude à licitação é considerada “crime de menor potencial ofensivo”. Este e tantos outros, tornando-se despiendo a sua enumeração.

Nesse mesmo contexto de descritório de resposta penal – tendo por perspectiva a importância do bem jurídico protegido – exsurtem, na legislação esparsa, exemplos ainda mais desveladores da política de criminalização utilizada em *Terrae brasilis*. No Código de Defesa do Consumidor são previstas, como crimes, as condutas de: omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade; ou deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado; *deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado, deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos*; executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente; fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Entretanto, a pena estipulada para cada um desses delitos não ultrapassa dois anos, patamar abstrato bem inferior ao estabelecido para o crime de furto (até mesmo na forma) simples, sendo, por isso, caracterizados como crimes de menor potencial ofensivo, malgrado o mal social que de sua prática advém. Importante, observar, embora evidente, que se está diante de

tipos penais os quais lidam com defeitos, e não meros vícios, do produto, e que visariam, portanto, à punição de condutas das quais decorressem problemas de segurança dos produtos liberados para o consumo.

Já as condutas de “fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços” *implicam um apenamento bem inferior ao que corresponde a qualquer apropriação indébita*, furto ou estelionato, para ficar apenas nestes. Do mesmo modo, para o legislador, fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva é menos relevante que a apropriação de uma fita de vídeo de locadora (há vários julgados reconhecendo ser este um caso de apropriação indébita – *sic*).

Interessante notar, ademais, que segundo o art. 241 da Lei n. 9069/90 (alteração promovida pela Lei 11.829/08), apresentar, *produzir, vender, fornecer*, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente, acarreta uma pena de quatro a oito anos, pena máxima idêntica a do furto praticado por duas pessoas. Veja-se, nessa resposta penal, o grau de concretização da previsão constitucional de asseguramento – com prioridade absoluta – da dignidade e respeito à criança e ao adolescente e da determinação de sua proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração e violência (art. 227 da Constituição Federal).

Aliás, o crime de adulteração de chassis ou sinal de veículo automotor, fruto de eficiente *lobby* das seguradoras de veículos, tem um apenamento de três a seis anos de reclusão e multa. Essa pena mínima é maior do que as cominadas aos crimes de lesão corporal permanente com perda de membro – dois a oito anos –, de instigação ao suicídio, se vier a ocorrer a morte – dois a seis anos – e de infanticídio – dois a seis anos (detenção). De todo modo, para proteger a família e, portanto, a propriedade privada, o legislador teve especial preocupação com a bigamia: dois a seis anos de reclusão (com o reforço de que a Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005 que extirpou do ordenamento o crime de adultério não alcançou por opção política o inconstitucional crime de bigamia).

E não para por aí: mesmo que a criança e o adolescente recebam especial proteção do Estado – e aqui se insiste, basta ver a Constituição a respeito –, o legislador parece mais uma vez estar com os olhos voltados para a propriedade privada, enfim, para os bens jurídicos de cariz interindividual. Veja-se, nesse sentido, o teor do art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente e a completa desproporção do preceito secundário em relação à importância do bem jurídico protegido (observe-se a ordem de proteção cariz constitucional): O art. 243 pune, com uma pena de dois a quatro anos e multa, aquele que “*Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar,*

de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida.”

Ampliando a análise, a gestão temerária de instituição financeira tem tratamento absolutamente idêntico ao do furto qualificado. Já de acordo com o Código Eleitoral, dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou conceder voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita, tem a mesma cominação de pena (máxima) do que a prevista para o crime de furto simples, sendo inferior à sanção estabelecida para a prática de estelionato.

Examinemos, agora, alguns incisos do art. 1º do recepcionado e alterado (depois da Constituição) Decreto-Lei n. 201/67 (que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos Municipais) e que diz respeito àquilo que está na manchete de todos os jornais cotidianamente, a dilapidação do erário:

- III - Desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;
- XI - Adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;
- XIII - Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei;
- XVII - Ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; (Inciso acrescido pela Lei 10.028, de 19.10.2000);
- XVIII - Deixar de promover ou de ordenar, na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; (Inciso acrescido pela Lei 10.028, de 19.10.2000).

Pois bem, todas as condutas já relacionadas recebem a pena de detenção de três meses a três anos. Em síntese, uma singela comparação com as penas previstas para a adulteração de chassis de automóvel ou para o furto qualificado parece indicar os objetivos da legislação penal em *Terrae brasilis*. Do mesmo modo, é mais grave praticar estelionato do que provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o pericimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras. A mesma comparação vale para o crime de destruição de floresta de preservação permanente, sempre com a vantagem da substituição por multa.

A análise vai ao absurdo, se analisarmos o crime de receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade

competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento, cuja pena é detenção de seis meses a um ano e multa. Também a construção, a reforma, a ampliação, a instalação, em qualquer parte do território nacional, de estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes, têm cominação abstrata de pena valorada de forma semelhante a uma contravenção penal (um a seis meses de detenção ou multa).

E o que dizer do conteúdo do art. 97, parágrafo único,⁶ do Estatuto do Idoso, que determina três anos como pena para a omissão da prestação de assistência ao idoso em casos que (disso) resulte morte. A pena é inferior até mesmo ao cometimento de um estelionato simples...! De qualquer modo, isso não deve gerar muita surpresa, mormente se considerarmos o apenamento cominado ao já mencionado crime de adulteração de chassis de automóvel...!

2.2 ALGUMAS DECISÕES JUDICIAIS DE *TERRAE BRASILIS* QUE REFORÇAM A TESE DA “CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA” E DA “POBREZA DA CRIMINALIZAÇÃO”

Historicamente, no Brasil, nunca se trataram os chamados crimes de colarinho branco como se tratam os crimes do “andar de baixo”. Para fins de mera exemplificação da asserção, a Lei n. 4729/65 estabelecia penas de detenção de seis meses a dois anos ao crime de sonegação fiscal, ou seja, a desproporcionalidade era tanta que as condutas que configuravam crimes-meio para a prática da sonegação fiscal (como a falsificação e o uso de documento falso) eram cominadas, no Código Penal, sanção autônoma bastante superior à cominada à prática do crime-fim. Então, apenas em 1990, a Lei n. 8.137 agravou as penas, tendo sido, contudo, o aumento da sanção acompanhado da previsão da extinção da punibilidade ante o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. Na (des)proteção da ordem tributária, em retrocessos e avanços legislativos, revogados e reeditados artigos que consagravam a mesma previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento, chegou-se ao art. 9º da Lei n. 10.684/03, no qual se determina a suspensão da pretensão punitiva – com o parcelamento – e a extinção da punibilidade – com o pagamento dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais.

Aliás, em caso emblemático, quando do julgamento de *Marcos Valério* – Recurso Especial n. 942.769 – MG (2007/0046519-5), o Superior Tribunal de Justiça

⁶ Lei n. 10.741/2003, art. 97: Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

decidiu pela extinção da punibilidade de crime de sonegação fiscal pelo pagamento das parcelas não recolhidas em momento posterior ao recebimento da denúncia, *consagrando o entendimento que o pagamento do tributo a qualquer tempo enseja o fim da possibilidade de responsabilização penal.*

Para evitar mal-entendidos, adverte-se desde logo: *não se considera que seja inadequado ou incorreto defender que, efetivamente, esse é o caminho a ser seguido pelo direito penal contemporâneo. O que se devemos discutir – e todo o presente texto aponta nessa direção – são as razões pelas quais esse tratamento jamais foi pensado em favor das camadas desfavorecidas socialmente. Ao contrário, sempre fora peremptoriamente repellido!*

Vejam, o (mero) parcelamento do débito oriundo de crimes contra a ordem tributária e previdência extingue a punibilidade (art. 9º da Lei n. 10.684/03),⁷ benefício que se resiste em estender ao autor de um furto que reparou o dano à vítima:

Apropriação de contribuições previdenciárias. Parcelamento do débito. Extinção da punibilidade. *Pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça a compreensão segundo a qual, nos crimes contra a ordem tributária, o parcelamento antecedente à denúncia extingue a punibilidade.* (REsp n. 249.812/SP, 6ª Turma, Relatora: ministro Paulo Gallotti., Julgado em 17 maio 2001 v.u., DJU 18 fev. 2002, p. 525, In Boletim IBCCRIM, 112/593).

Agora, vejamos como o sistema jurídico trata do crime de furto, vedando um tratamento isonômico com os crimes tributários:

Apelação-Crime. Furto simples. Princípio da Insignificância. Inaplicabilidade. Condenação mantida. Inaplicabilidade do arrendimento posterior. Como o bem objeto do furto foi devolvido à vítima, antes do oferecimento da denúncia, incidiu a redutora prevista no art. 16 do CP. Impossibilidade de analogia com o Direito Tributário – o qual permite a extinção da punibilidade com a reparação do dano –, porque a situação em comento tem previsão na lei penal. (Apelação-Crime n. 70015163355, 8ª Câmara Criminal do TJRS, Relatora: Fabianne Breton Baisch. Julgado em 23 ago2006, unânime).

Aliás, em exemplo que também põe a lume a clientela do direito penal no Brasil, enquanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que o furto de objetos avaliados em R\$ 37,00 *não é insignificante* (Apelação-Crime n. 70024760969), o Tribunal Regional Federal da Quarta Região (que compreende o Estado do Rio Grande do Sul) pacificou jurisprudência no sentido de que é bagatela, para fins criminais, a

⁷ Lei n. 10.684/03, art. 9º: É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

sonegação de R\$ 2.500,00 (Recurso em Sentido Estrito n. 2005.71.18.003480-9/RS), em tributos, para o crime de descaminho.

E a “vadiagem”, se (isoladamente) não leva mais à condenação criminal, continua sendo reprimida pelo aparato penal, *escamoteada como fundamento para prisões preventivas*, o que se pode ver pelo julgamento a seguir:

Paciente que falseou sua verdadeira identidade com a única intenção de prejudicar o andamento da instrução criminal, levando o Magistrado a deflagrar as diligências necessárias. Elemento de extrema periculosidade, contumaz em práticas delitivas. **Vadiagem devidamente comprovada.** Custódia do paciente necessária como forma de resguardar a ordem pública. Excesso de prazo absorvido pelo juízo de razoabilidade. Instrução criminal encerrada. Inteligência da Súmula nº 52 do STJ. Processo preste a ser sentenciado. Constrangimento ilegal descaracterizado. Ordem denegada. Decisão unânime. (*Habeas corpus* n. 200530055422 (61412), Câmaras Criminais Reunidas do TJPA, Relator: Raimunda do Carmo Gomes Noronha. Julgado em 27 abr. 2006).

Por fim, se também não encontramos condenação alguma por “mendicância” (ufal), descobrimos que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou que o fornecimento de bebidas alcoólicas para crianças não é crime (é, na melhor das hipóteses, contravenção penal – art. 63, I, da LCP), conclusão à qual se chegou por meio de uma interpretação “gramatical-litera” das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (REsp 942288/RS), ou seja, para o Tribunal, bebidas alcoólicas não causam dependência física ou psíquica a crianças e adolescentes.

Por último, vale referir, na especificidade da operacionalidade cotidiana do direito penal, alguns exemplos decorrentes de recursos-crime que chegaram à 5ª Câmara Criminal do TJRS, que fornecem uma amostra da crise de paradigma de dupla face que atravessa o Direito e a dogmática jurídica:

- a) Exemplo 1): Cidadão foi processado criminalmente porque, na noite de natal, foi a um baile e pagou o ingresso com um cheque que teria sido objeto de furto. O ingresso custou R\$ 6,00. O cheque foi passado no valor de R\$ 60,00. O Promotor de Justiça pediu a prisão preventiva do acusado (imagine-se o grau de “periculosidade” do citado cidadão, a ponto de o Ministério Público querer vê-lo recolhido à prisão). Felizmente, o Juiz não atendeu ao pleito. Entretanto, condenou o réu a dois anos de reclusão! Examinado o processo em grau de recurso, constatou-se que sequer estava provado que o cheque era produto de furto. Mais ainda, nem de longe estava provado que o cheque tinha sido preenchido pelo acusado;

- b) Exemplo 2): Cidadão foi condenado a dois anos de reclusão por ter furtado um par de tênis usado, um relógio, uma calculadora e uma sombrinha, tudo avaliado em menos de R\$ 50,00. O réu negou a autoria; seu advogado, entretanto, “confessou” o delito em nome do réu. Em segundo grau, foi absolvido, porque sequer havia prova da existência do fato. Quanto à autoria? Nem de longe havia provas;
- c) Exemplo 3): Cidadão foi processado porque teria furtado uma garrafa de vinho, alguns metros de mangueira plástica e um facão. Foi preso preventivamente. Ficou recolhido mais de seis meses. Ao final, o Juiz o condenou a quatro meses de reclusão, pelo delito de receptação, do qual não havia prova alguma. Em segundo grau, o réu foi absolvido;
- d) Exemplo 4): Cidadão foi processado pelo crime de estelionato, porque teria comprado mercadorias em uma loja (um limpador de para-brisas), pagando com um cheque de R\$130,00, recebendo R\$ 80,00 de troco. Segundo a acusação, o cheque seria furtado. Foi condenado a um ano e 10 meses de reclusão. Permaneceu preso preventivamente por 10 dez meses. Como não foi dado direito ao acusado de recorrer em liberdade, quando o processo chegou ao segundo grau (apelação), já estava preso há 14 meses. Resultado do julgamento: foi absolvido porque não havia provas;
- e) Exemplo 5): Cidadão, depois de discutir com sua esposa, tentou suicídio. Não conseguiu o intento. Quando saiu do hospital, foi denunciado por porte ilegal de arma (afinal, o “réu” (?) não tinha autorização legal para ter a arma em sua casa). Foi condenado a um ano de detenção. Em segundo grau, foi absolvido. É preciso dizer mais?

Poder-se-ia acrescentar ainda outros exemplos, como o caso de dois cidadãos condenados a dois anos de reclusão por terem “subtraído”, das águas de um bucólico açude no interior do Estado Rio Grande do Sul, nove peixes tipo “traíra”, avaliados em R\$ 7,50, ou do cidadão que ficou preso por ordem da justiça de Tubarão, SC, pelo período de 60 dias, por ter tentado furto de R\$ 10,00, cuja cédula jamais foi encontrada; ou, ainda, do casal catarinense que ficou 46 dias preso preventivamente por tentar furto de um par de chinelos...

Simbolicamente, tais questões podem ser compreendidas a partir de dois julgamentos do Superior Tribunal de Justiça que ilustram perfeitamente a incompatibilidade hermenêutica e a baixa compreensão constitucional contra a qual se insurge, dando razão às correntes da criminologia crítica que diuturnamente denunciam ser esta a *Arcana Juris*. Em ambas, o princípio da insignificância assumiu papel de destaque, não sendo considerado aplicável no primeiro momento, quando se tratava de furto de alguns mantimentos e utensílios cujo valor totalizava R\$ 88,50 (Resp 1094906. Quinta Turma do

Superior Tribunal de Justiça, Ministro Arnaldo Esteves de Lima. Julgado em 2 jun. 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2011); e, no segundo caso, tido por apto a escusar penalmente o autor de crime de descaminho cujo prejuízo aos cofres públicos fora avaliado em R\$ 4.239,36 (HC 101505 Relator: Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma do STJ. Julgado em 28 set. 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2011). Nada que cause espanto, eis que a Terceira Sessão daquela Corte – há muito – já considera R\$ 10.000,00 como piso para o arquivamento das ações penais em crimes de descaminho. Aliás, esse dado é compatível com a Portaria n. 75 do Ministério da Fazenda, que estabelece a quantia de R\$ 20.000,00 como parâmetro mínimo para o ajuizamento de execução fiscal em face de contribuintes em débito com a Fazenda Pública <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf075.htm>>. Acesso em: 20 maio 2012.

Releva registrar, ainda, pesquisa realizada pela Procuradora da República Ela Castilho,⁸ cujos dados dão conta de que, de 1986 a 1995, somente cinco dos 682 supostos crimes financeiros apurados pelo Banco Central resultaram em condenações em primeira instância na Justiça Federal. A pesquisa revela, ainda, que nove dos 682 casos apurados pelo Banco Central também sofreram condenações nos tribunais superiores. *Porém – e isso é de extrema relevância – nenhum dos 19 réus condenados por crime do colarinho branco foi para a cadeia!* A pesquisa em questão ressalta, ainda, que o número de 682 casos apurados é extremamente pífio, *em face dos milhares de casos de crimes do colarinho branco que ocorrem a todo ano no país!* Mais do que isso, há de se registrar que o montante do prejuízo causado à população (ao Estado-Sociedade) por estes 682 casos (e isso “naquela época” de baixa descoberta da corrupção) foi maior que a soma dos valores furtados, apropriados e roubados no mesmo período.⁹

Aliás, constata-se, a partir do censo penitenciário realizado em junho de 2009 pelo Departamento Penitenciário Nacional,¹⁰ que os crimes mais apenados em *Terrae brasilis* são aqueles cometidos pelas classes menos abastadas, como roubo majorado, simples e qualificado pelo resultado morte, tráfico ilícito de entorpecentes, furto simples e qualificado, homicídio e porte/posse ilegal de arma. Não há qualquer menção – na verdade devem se enquadrar na categoria “outros crimes” (portanto, sem relevância estatística) – crimes praticados contra a ordem financeira e tributária.

⁸ Castilho (1998).

⁹ A situação, aliás, repete-se também nos Estados Unidos. Segundo Coleman (2005), as cifras anuais concernentes à sonegação fiscal, a fraudes nos sistemas de saúde e à violação às leis antitruste alcançam 500 bilhões de dólares, ao passo que, nos crimes convencionais, o valor atinge 13,3 bilhões de dólares, cifra que não atinge, portanto, sequer 3% do dano patrimonial causado pela mencionada criminalidade de elite.

¹⁰ Disponível em:

<<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>.

No mesmo sentido, pesquisa publicada no Jornal Folha de São Paulo,¹¹ revela que de uma população prisional de 158.447 presos existentes no Estado de São Paulo, apenas 1.747 possuem ensino superior ou pós-graduação. Realidade semelhante se verifica no Rio Grande do Sul, onde se constata que entre os cerca de 30 mil presos, nenhum se encontra detido em virtude da prática de crime de corrupção passiva, tortura ou por aqueles estabelecidos na Lei Maria da Penha. Em contrapartida, 9.587 estão detidos pela prática de tráfico de entorpecentes.¹²

Não causa, pois, surpresa que passados mais de 10 anos da realização da pesquisa de Castilho, dados extraídos do Infopen¹³ revelam de forma cristalina a manutenção da clientela hospedada nas penitenciárias, cadeias públicas e demais estabelecimentos prisionais brasileiros. Em um universo de 471.254 internos, 216.870 não completaram o ensino fundamental, 52.970 não concluíram o ensino médio e 26.343 sequer foram alfabetizados.

Tampouco surpreende a constatação de que 240.642 cumprem pena por crimes contra a propriedade e somente 1.144 por crimes contra a administração pública (peculato, concussão e excesso de exação e corrupção passiva); 125.744 cumprem pena por tráfico de entorpecentes, ao passo que 156 a fazem por crimes ambientais. Por tudo isso, não é sem motivo que não constam registros de internos condenados por fraude à licitação, gestão fraudulenta (ou qualquer outro crime contra o sistema financeiro).

Novamente vem a discussão: não devemos nos preocupar, primordialmente, com a questão de que “devemos ou não estender a pena de prisão – efetiva – aos crimes do colarinho branco”. *Devemos nos debruçar, sim, sobre o modo como as Instituições olham para os crimes do “andar de baixo” e do “andar de cima”.* E pensar nisso à luz da coerência e da integridade da legislação e da jurisdição.

Parcela considerável das decisões apontadas – que servem apenas de amostragem – *apenas reforçam o caráter discriminatório e rotulador do direito penal.* Assim, se, de um lado, existe a legislação que inadequadamente *deixa de hierarquizar* os bens jurídicos a serem protegidos pelo direito penal; de outro, há o Judiciário e o Ministério Público que reproduzem essa crise paradigmática. E é nesse sentido que o uso contínuo e aprofundado da jurisdição constitucional poderia, de um lado, proceder a uma verdadeira filtragem hermenêutico-constitucional dos tipos penais incongruentes e desproporcionais, e, de outro, na impossibilidade do uso da jurisdição constitucional em face dos seus limites, denunciar (veementemente) as anomalias, fazendo uma *Appelentscheidung* (apelo ao legislador).

¹¹ Prisons de... (2008).

¹² Conforme artigo assinado por Marcos Rolim no Jornal Zero Hora, 22 abr. 2012, p. 14.

¹³ Dados extraídos do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (2012).

Em uma palavra final: em 1998 entrou em vigor a Lei da Lavagem de Dinheiro. Pois bem, desde então, encontramos condenações apenas em 17 casos. Comparativamente, nesse mesmo período, foram condenados mais de 175.000 acusados de pequenos furtos e estelionatos por todo o Brasil.

Veja-se a “eficiência” do sistema...! Faoro tinha razão. Em *Terrae brasilis*, uma visão marxista pode ser relevante, mas, para analisar e explicar a desigualdade no tratamento da criminalidade, a tese weberiana de Raymundo Faoro parece ser imbatível.

3 CONCLUSÃO

Se os Códigos de 1830, 1890 e 1940 continham essa característica de proteção aos bens jurídicos de cariz (proto) liberal-individualista, parece razoável concluir que, a partir de 1988, deveria ter havido uma “virada” na legislação penal, na linha do que indica o constitucionalismo compromissório e social. Entretanto, não foi isso que ocorreu. Dito de outro modo, continuamos mergulhados em uma crise que envolve a concepção de bem jurídico em pleno Estado Democrático de Direito.¹⁴ Urge, pois, um redimensionamento na hierarquia dos bens jurídicos como forma de adaptá-los à sua dignidade constitucional.¹⁵ Afinal, como bem lembra Figueiredo Dias, “[...] os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”,¹⁶ hipótese a lhes garantir dignidade jurídico-penal.

Na mesma linha, Luiz Luisi lembra que as Constituições surgidas no segundo pós-guerra albergam uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam às exigências de justiça material.¹⁷ Dito de outro modo, parece não restar dúvida que, na atualidade, – e a assertiva é de Mir Puig – o direito penal vai abrindo espaço no sentido de que deve ir estendendo sua proteção a interesses *menos individuais*, porém de grande importância para amplos setores da população, “[...] como o meio ambiente, a economia social, as condições de alimentação, o direito ao trabalho em determinadas condições de segurança social e material” – enfim, o que se vem denominando de interesses difusos.¹⁸

¹⁴ Streck e Feldens (2003).

¹⁵ Nesse tom, anota Maria da Conceição Ferreira da Cunha que “[...] seria inconstitucional criar uma ordem de bens jurídico-penais de forma a inverter a ordem de valores constitucional.” (CUNHA, 1995, p. 328).

¹⁶ Figueiredo Dias (2001, p. 47-48).

¹⁷ Luisi (2003, p. 57).

¹⁸ Puig (1998, p. 135). No mesmo sentido, veja-se Navarrete (2000, p. 131), para quem “[...] *la sociedad o comunidad, global y genericamente considerada, aparecen reconocidas como sujeto pasivo de bienes jurídicos que son afectados por delitos que atentan a la propia comunidad social, en cuanto titular de intereses colectivos. Así acontece, v.g., en tipos de*

Esclarecido isto, vale registrar, no particular, a existência de uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções desse conceito (bem jurídico) a partir do dissenso surgido entre a postura dos penalistas liberais, que defendem uma compreensão demasiadamente restrita do conceito, e aqueles que defendem o reconhecimento jurídico-penal de bens supraindividuais, cuja posição quanto à funcionalidade dessa instituição jurídica assenta-se em uma concepção organizativa, interventiva e vinculada à realidade social. Essa contenda não foi ainda suficientemente percebida e apreendida pelo conceito dogmático de bem jurídico, “[...] e este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela dessa natureza.”¹⁹ Ou seja, quais são os bens jurídicos suscetíveis de receber proteção penal?

A transferência desta – ainda não resolvida – controvérsia para as práticas legislativas e judiciais, faz com que surjam leis (*v.g.*, Leis n. 10.259/01 e n. 10.741/03) nas quais bens jurídicos que claramente traduzem interesses de grandes camadas sociais são *rebaixados axiologicamente* e equiparados a outros bens de relevância individual, privilegiando-se os bens jurídicos interindividuais, questão sutilmente presente, por exemplo, na legislação que trata dos crimes de sonegação fiscal no Brasil, como é possível perceber até mesmo na Lei n. 10.684/03, sancionada no governo Luis Inácio Lula da Silva, mas que repetia legislação anterior. Se é correto ou não tratar a sonegação de tributos como crime (grave), isso é uma questão que dispensa uma resposta imediata; *importante é saber as razões pelas quais admitimos um direito penal que trata o furto qualificado de forma mais grave que a sonegação de tributos ou lavagem de dinheiro...!*

O que tem ocorrido de concreto nesse aspecto e dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas de apego exacerbado ao liberalismo (ou, se preferir, com apego ao conceito liberal-individualista de bem jurídico) e os que buscam a guarida penal de bens supraindividuais, é que estes buscam introjetar na concepção de bem jurídico-penal *a ideia de que uma série de bens de feição coletiva necessitam de proteção penal*, enquanto aqueles resistem a tanto, colocando-se contra a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade, sob o argumento de que tal concepção implicaria uma “indesejada ampliação das barreiras do direito penal”. De certo modo, continuam a pensar o direito a partir da ideia segundo a qual haveria uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo.

Tais considerações, à evidência, acarretam compromissos e inexoráveis consequências no campo da formulação e da aplicação das leis. Para tanto, parte-se da premissa – e não há, ou não deveria haver nenhuma novidade em dizer isso – de que a Constituição brasileira de 1988 apresenta uma diretiva para o Estado (e

delitos que afectan a bienes colectivos, como el orden público, la seguridad, el tráfico rodado, la fe pública o la salud pública, frente a comportamientos típicos ya de lesión, ya de peligro o riesgo general o concreto.”

¹⁹ Streck e Copetti (2003, p. 255 e ss.).

suas políticas, inclusive criminais). Logo, continua-se a insistir (e acreditar) que *todas as normas da Constituição têm validade*, o que ocorre nas que estabelecem a busca da igualdade, a redução da pobreza, a proteção da dignidade, etc. Tais normas *comandam a atividade do legislador* (inclusive e logicamente, do legislador penal).

Esse comando (ordem de legislar) traz implícita – por exemplo, no campo do direito penal – a *necessária hierarquização* que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de “cabalas”. Tampouco o direito penal pode ficar à mercê de *leis de conveniência*, elaboradas sem qualquer prognose.²⁰

Em outras palavras, não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, mormente quando a lei descriminaliza condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).²¹

Não há, pois, qualquer blindagem que “proteja” a norma penal do controle de constitucionalidade. A norma penal não está blindada à sindicabilidade constitucional. A vigência de um texto jurídico penal não implica, automaticamente, a sua validade, problemática que coloca na mesma trincheira, paradoxalmente, em determinadas situações, penalistas de orientação dogmática e acentuadamente positivista-normativista²² e aqueles defensores de posturas mais clássico-liberais.

Não se pretende discutir ou pôr em xeque o papel da concepção liberal-individualista-iluminista do direito penal. *Isso, aliás, é conquista moderno-contemporânea*. O que se questiona é a resistência de determinados setores desse campo do conhecimento em estender o braço do direito penal em direção aos bens supraindividuais. Essa é uma questão dramática: se não se admite a extensão do braço do direito penal aos delitos de cariz supraindividual (o que implica rediscutir o tratamento dado, *v.g.*, à

²⁰ Um bom exemplo de lei de conveniência é a alteração produzida na legislação de tóxico, por intermédio da Lei n. 11343/06. Enquanto, de um lado, aumentou-se a pena mínima para traficantes, ao mesmo tempo se estabeleceu a possibilidade de redução da pena em até 2/3 para acusados primários. Isto é, se o legislador pretendia aumentar a pena mínima, é porque deveria ter algum motivo; mas, paradoxalmente, concede a possibilidade de diminuição de pena praticamente inédita no Código Penal, apenas concedida ao furto privilegiado.

²¹ Isso significa dizer que, quando o legislador não realiza esta proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*). Tais questões ficam bem claras a partir da discussão da discriminação do aborto na Alemanha, problemática igualmente debatida no plano da justiça constitucional na Espanha e em Portugal. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de voto do Ministro Gilmar Mendes (acompanhado pelo Ministro Ayres Brito), aplicou pela primeira vez a tese no julgamento do Recurso Extraordinário n. 418.376; a tese voltou a ser aplicada na ADIn 3510.

²² Os penalistas de perfil positivista-normativista (portanto, os juristas que admitem o poder discricionário em favor dos juízes) – majoritários no plano da produção jurídica standard no Brasil – são aqueles ligados aos movimentos de lei e ordem, mas que, paradoxalmente não incluem no rol de suas “preocupações repressivistas” as condutas que ofendem bens jurídicos supraindividuais (pelo menos não as fazem sob a ótica da Constituição).

sonogação de tributos,²³ para falar apenas neste delito), então, por uma questão de respeito à igualdade, também devemos estar prontos *e dispostos a não mais tratar os delitos interindividuais (cometidos sem violência) contra o patrimônio como uma questão de direito penal*. Não esqueçamos: o direito do Estado Democrático de Direito deve respeitar a coerência e a integridade. Leis de conveniência e discriminatórias são inconstitucionais.

Ora, nenhum campo do direito está imune a essa vinculação constitucional. Consequentemente, à medida que a Constituição figura como o *alfa* e o *ômega* do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa. Nesse (novo) contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a ideia de tipos penais no direito penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado Democrático e Social de Direito.

Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões. Nesse ponto, aliás, entende-se que é nesse espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional. Nesse sentido, aliás, veja-se o art. 5, XLIII, da Constituição Federal, que determina a criminalização das condutas que consubstanciem prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. Veda, inclusive, a tais

²³ Observe-se, por exemplo, que, conforme o legislador utiliza o direito penal de forma diferenciada para os crimes de sonogação de tributos, o que pode ser visto pelo art. 9 da Lei n. 10.684, poder-se-ia propor – como aliás, venho fazendo de há muito (por todos, vejam-se acórdãos n. 70.018.891.119, n. 70.016.803.967 e n. 297.019.937, todos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul), à medida que a fórmula adotada pela Lei n. 10.826/03 (pagamento do valor sonogado – portanto, de forma indireta, subtraída/apropriada/obtida ilicitamente) se mostre eficaz para a proteção do bem jurídico, a extensão dessa fórmula aos demais crimes contra o patrimônio, desde que cometidos sem violência ou grave ameaça...! Ou seja, poder-se-ia também permitir que o ladrão e o estelionatário devolvessem a res furtivae – até em suaves prestações (espécie de REFIS da patuleia) – extinguindo-se, ipso facto, a punibilidade, nos mesmos termos dos crimes fiscais! (destaque-se que somente agora a comissão de juristas responsável pela redação do anteprojeto para o novo código penal cogita a extinção da punibilidade para os casos de furto em que há o ressarcimento do valor subtraído. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/04/20/comissao-de-juristas-debate-reducao-de-pena-para-furto-simples>>. Acesso em: 23 abr. 2012.) Ou isso ou teremos que assumir que, efetivamente, praticamos – e permito-me insistir nessa tecla – um direito penal “de classe”...! No fundo, a previsão do art. 9 da Lei n. 10.684/03 nada mais faz do que estabelecer a possibilidade de converter a conduta criminosa em pecúnia, favor que é negado a outras condutas. Neste ponto, calha registrar a objeção feita por Ferrajoli – corifeu do garantismo penal – a “monetarização” do direito penal: “[...] ningún bien considerado fundamental hasta el punto de justificar la tutela penal puede ser monetarizado, de modo que la previsión misma de delitos sancionados con penas pecuniarias evidencia o un defecto de punición (si el bien protegido es considerado fundamental) o, más frecuentemente, un exceso de prohibición (si tal bien no es fundamental).” (FERRAJOLI, 1997, p. 477).

crimes, assim como aos crimes definidos como hediondos, a fiança e a concessão de graça ou anistia política. Adequada ou não, tal previsão é do constituinte originário.

Insiste-se: aconteceu uma sensível alteração no papel do direito e do Estado, que ocorre exatamente quando o Estado, de potencial opositor a direitos fundamentais,²⁴ passa a ser o seu protetor, circunstância facilmente constatável nos textos constitucionais forjados a partir do segundo pós-guerra.

Nesse sentido, considera-se correta a assertiva de Claus Roxin, para quem o legislador deve recorrer, subsidiariamente, à contravenção e à multa administrativa, em vez da incriminação e à pena, somente quando a perturbação social pode ser anulada com a sanção menos onerosa, reforçando sua indiscutível característica de última *ratio*. É evidente que esse limite é difícil de traçar. Entretanto, assevera, *no campo nuclear do direito penal as exigências de proteção subsidiária de bens jurídicos requerem necessariamente um castigo penal em caso de delitos de um certo peso!* Em contrapartida, diz Roxin, ainda que em princípio se incluam condutas, como o furto e a fraude (estafa) nesse “âmbito nuclear” de exigência de punição por parte do direito penal, nada se oporia a que os casos de bagatelas nesse campo (furto de gêneros comestíveis) fossem tratados como contravenções.²⁵

Observe-se, desse modo, que a discussão dos limites entre condutas que devem ser consideradas como crimes e as que devem ser epitetadas como contravenção, primeiramente, é de tipo quantitativo; entretanto, quando se ultrapassa o terreno das condutas insignificantes (sem relevância penal) – assim entendidas na tradição jurídica – *a discussão necessariamente assumirá foros qualitativos*. E é nesse ponto que a Constituição deve ser o *topos* conformador dos critérios de aferição do conceito de “delitos puníveis com pena de prisão, substituíveis por restritivas de direito ou não, e as condutas que podem ficar no âmbito contravenucional ou no terreno da transação penal”. Nesse sentido, veja-se a lição de Maurach e Zipf, que, com fundamento da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, assinalam que

[...] *el legislador debe respetar los limites establecidos por el derecho constitucional en sus decisiones relativas a penalizar o amenazar con multas a ciertos tipos de conducta, pois que la idea de justicia, inserta en el principio de Estado de Derecho, exige que el tipo y la consecuencia jurídica (pena o multa) estén “adecuadamente armonizados entre si” (BVerfGE 27, 18, 29).*²⁶

Nesse mesmo contexto, na definição entre uma e/ou outra sanção – seguem os autores – resta claro que [...] *sería inadmisibile desde el punto de vista del derecho constitucional,*

²⁴ Nesse sentido, ver a interessante abordagem feita por Cunha (1998, p. 89-90).

²⁵ Roxin (1997, p. 72-73).

²⁶ Maurach e Zipf (1994).

que ciertos ilícitos indudablemente pertenecientes al núcleo del derecho penal fueren castigados con multa y, a la inversa, que contravenciones propias del ilícito administrativo, lo fueren con pena criminal. Em complementação, sustentam, em referência à dicção do Tribunal Constitucional alemão, que “*aun cuando no se pueda trazar una línea divisoria exacta para el mencionado núcleo, basándose en la escala de valores contenida en la ley fundamental, es posible ‘indagar con certeza suficiente’ cuál ilícito pertenece inequívocamente a este núcleo y cuál no.*” (BVerfGE, loc. cit.).²⁷

Ora, é evidente que, se por um lado, um crime não é um crime porque o tipo penal, ontologicamente (*sic*),²⁸ refletiria a essência (*sic*) da coisa designada (concepção realista das palavras de Platão, a partir da qual, por exemplo, na palavra estupro estaria a “essência” da “estuprez” – *sic*), por outro, *também parece evidente que um delito não tem sua concepção de ofensividade alterada simplesmente porque recebeu nova denominação* (no caso, veja-se o exemplo do epíteto de menor potencial ofensivo atribuído pela Lei n. 10.259/01). Para não ir muito longe, até mesmo a semiologia de Saussure poderia responder ao problema. Afinal, como dizia o mestre genebrino, “[...] *se quieres saber o significado de um significante, pergunta por aí...*” Para ficar no exemplo dos crimes de “menor potencial ofensivo” (*sic*): perguntemos por aí se o cidadão considera que a exposição ao perigo da vida de um idoso ou à sua privação de alimentos é uma infração de natureza, quiçá, levíssima, a ponto de poderem ser transacionada por cestas básicas (*sic*).

Em tempo de Constituição compromissória, parece razoável afirmar que o legislador não pode se guiar por pragmatismos inconseqüentes que destroem a diferença. *Esse pragmatismo vira ceticismo, porque, à medida que cada ato humano tem um conteúdo fático, torna-se absolutamente problemático o processamento da validade deste ato.* Com efeito, se elimino o elemento diferencial que identifica cada ato (valorado como delito), caio no cinismo, uma vez que “tanto faz qual o delito que cometo”...

Isso porque, muito embora o direito penal deva ser utilizado apenas como *última ratio*, parece evidente que existem situações e hipóteses em que o bem jurídico *não estaria suficientemente protegido, mormente em uma comparação com outras formas de proteção.*²⁹ Deveria causar espanto à comunidade jurídica o fato de o legislador não abrir mão do direito penal para combater delitos menos relevantes – no que pertine à sua danosidade social – como o furto e a apropriação indébita, e, nos casos de crimes mais graves como os de cariz supraindividual, agir de modo absolutamente contrário.

²⁷ Maurach e Zipf (1994, p. 23).

²⁸ Quem utiliza a expressão “ontologicamente” deve estar se referindo, à evidência, à ontologia clássica, com o que voltáramos no tempo no mínimo um milhar de anos.

²⁹ Ressalte-se, aqui, que há autores que chegam a colocar em dúvida essa “alternativa” entre direito penal e outras medidas aptas para proteção do bem jurídico, pela simples razão de que, relativamente aos bens constitucionais “significativos”, a sanção penal deve ser adotada mesmo que se pudessem conseguir os interesses da disciplina recorrendo a outras sanções; em caso contrário, acentuar-se-ia o papel pragmático do direito penal e instrumental da pena, com prejuízo de sua função estigmatizante e da reafirmação do valor tutelado (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 184).

Por derradeiro: qual é o papel do direito penal no Estado Democrático de Direito? O direito penal não trata de “coisas boas”. Isso é evidente. Nem é, tampouco, instrumento de transformação da sociedade ou do indivíduo. A concepção de um direito garantidor é uma conquista da humanidade. Mas, em tempos de novos paradigmas, ficamos no entremeio de uma aporia: os penalistas (e não somente eles) são praticamente uníssonos (com exceção dos discursos “*law and order*”) em apontar o direito penal como *discriminatório, seletivo, estigmatizador e “protetor dos interesses das camadas dominantes”*. Aliás, já não há qualquer novidade em dizer isso.

Ou seja, tem razão o camponês salvadoreno, citado por Jesus De La Torre, quando diz que “[...] *la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzados*.” Assim, dizer que o direito penal, historicamente, criminaliza a pobreza, parece, hoje, uma obviedade...; o problema é: o que fazer com ele? Extingui-lo? Redefini-lo? Por que punir os crimes contra a propriedade individual (cometidos sem violência) e não punir com o mesmo rigor os crimes que lesam bens jurídicos supraindividuais? Por que, por exemplo, não estender as benesses legislativas (cestas básicas, pagamento do prejuízo, etc.) também à patuleia em geral?

Talvez tenhamos que enfrentar de vez essa criminalização da pobreza e passar a falar da “pobreza da criminalização” dos setores que, de fato, colocam em xeque os bens jurídicos mais relevantes. E, para tanto, não é preciso pensar em estender as graves penas aos crimes do “andar de cima”. A aplicação da Constituição no plano penal, por certo, não exige que se use o direito penal como uma vingança dos setores dominados da sociedade contra a histórica criminalização dos pobres.³⁰ Parece evidente que não. *Mas, com certeza, a Constituição não abre mão do direito penal*. Ou seja, a Constituição não extingue o direito penal. Ora, se isso é assim, se estamos de acordo que Hobbes e Freud possam ter parcela de razão, então podemos afirmar

³⁰ Não é novidade dizer que os presídios são “máquinas de triturar seres humanos”, como bem aponta Marcos Rolim: manter um preso no Brasil não sai por menos de R\$1,5 mil mensais e construir uma nova vaga custa em torno de R\$ 40 mil. Chegamos a meio milhão de presos; o déficit estimado é superior a 250 mil e há 500 mil mandados por cumprir (MUDAR..., 2008, p. 18). A questão levantada diz respeito ao futuro de nossa política criminal. *Continuar prendendo como agora, fará com que continuemos a colocar na cadeia um percentual enorme de pessoas que cometem crimes que não colocam em xeque (em risco) bens jurídicos relevantes*. Observe-se, a propósito, dados do censo penitenciário realizado, em junho de 2008 pelo Departamento Penitenciário Nacional (órgão do Ministério da Justiça) no sentido de que o sistema prisional do Estado de São Paulo opera, atualmente, com uma população 50% acima de sua capacidade – 96.540 vagas para 145.096 presos (PRISÕES..., 2008, p. C1). Nesse mesmo sentido, cumpre mencionar levantamento feito recentemente pela Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul (e publicado no Jornal Zero Hora do dia 5 de outubro de 2008) que revela a absoluta superlotação de todos os seis pavilhões do Presídio Central de Porto Alegre. O Pavilhão C, por exemplo, que conta com 254 vagas, alberga 1.037 presos, o que configura uma superlotação equivalente a 308,3%. Porém, o que parece ainda mais preocupante é que dos 4.705 detentos que compõem a população do cárcere, há uma maior quantidade de presos provisórios (2.606) do que de presos condenados (2.099).

que “não é proibido proibir”. O dilema é: *Como fazer isso sem que o direito penal se torne autoritário/arbitrário e ao mesmo tempo não mais seja um direito penal “de classe”?*

Nesse curto período de vigência da nova Constituição e nos limites do permitido pelos instrumentos postos à disposição pela jurisdição constitucional, pensa-se que já deveríamos ter feito muito mais. Os juristas não são legisladores. Mas a doutrina e a jurisprudência podem e devem ter um papel *muito mais relevante* nesse processo de institucionalizar a integridade, a coerência e a igualdade no direito, em especial no direito penal, que lida com conflitos resultantes de resquícios de um país de modernidade tardia que não passou pela etapa do *Welfare State*. E ainda não se encontrou uma explicação maior para a criminalidade do que as disparidades sociais. Talvez por isso a criminalidade de países, como a Suécia não seja maior do que a criminalidade na Somália, como já bem explicava Alessandro Baratta: “[...] de uma ponta à outra, as distâncias sociais são muito pequenas...!”

O grande desafio talvez seja – para utilizar uma frase do psicanalista Alfredo Jerusalinski – “[...] *como conter o gozo da sociedade sem ser tirânico.*” É nesse fio da navalha que caminha o jurista/penalista do Estado Democrático de Direito. É verdade que, quando a Constituição determina que um dos seus objetivos da República é erradicar a pobreza, não significa que isso será alcançado utilizando o direito penal; *mas isso também não quer dizer que a pobreza continue a ser criminalizada como se estivéssemos no século XIX ou nos anos 1940.* Certamente alguma coisa mudou com o advento do novo paradigma constitucional!

Como bem diz o poeta mexicano Eraclio Zepeda, quando as águas da enchente cobrem a tudo e a todos, é porque de há muito começou a chover na serra. Nós é que não sabíamos!

REFERÊNCIAS

CASTILHO, Ela Volkmer de. *O controle penal dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey.

COLEMAN, James Wiliam. *A Elite do Crime*: para entender o crime do colarinho branco. 5. ed. Barueri: Manole, 2005.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*: uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira. *A Constituição do Crime*. Coimbra: Coimbra, 1998.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. “Constituição e escolha dos bens jurídicos”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 2, p. 151-198, 1994.

- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Globo, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Galantismo Penal*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editores, 2001.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 2003.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte General 1*. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- MUDAR o paradigma. Zero Hora, 12 out. 2008, p. 18.
- “PRISÕES DE São Paulo têm 50% mais detentos do que vagas”. *Folha de São Paulo*, 13 out. 2008. p. C1.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal: parte general. Teoría jurídica del delito*. Barcelona: Bosch, v. 1, 2000.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Civitas, 1997.
- SISTEMA INTEGRADO DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS.
Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>.
Acesso em: 25 maio 2012.
- STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. “O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição?” *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*, São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



ORIGENS DAS PROPRIEDADES NA PERSPECTIVA DO DIREITO ROMANO¹

Maria Cristina Cereser Pezzella*
Janaína Reckziegel**

1 INTRODUÇÃO

As questões envolvendo as propriedades consistem em um dos pilares da civilização ocidental e estão presentes em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos. A propriedade, entendida como uma criação humana, tem acompanhado as transformações da civilização, assumindo contínuas mudanças de suas características em diferentes estágios da evolução do homem em razão de uma adaptação às necessidades da sociedade. Estas contínuas mudanças não são cumulativas, senão deixam marcas no instituto da propriedade que, para ser entendido na sua manifestação contemporânea, exige um estudo de sua história. Justifica-se, assim, o estudo proposto neste artigo, qual seja, a investigação da propriedade no Direito romano.

O estudo do Direito romano nos dias de hoje tem continuado com renovado vigor sob o enfoque de buscar o sentido genuíno das instituições e as soluções jurídicas romanas, diferindo das escolas anteriores que partiam do estudo do *Corpus Iuris Civilis*. Atualmente, prefere-se conhecer o desenvolvimento histórico das instituições, com um sentido absolutamente integral, vinculadas ao momento histórico respectivo, para o qual as fontes literárias, históricas, epigráficas e arqueológicas contribuem em uma forma decisiva.

A título de exemplo, as obras romanas já foram traduzidas ou ingressaram na cultura de países sem a tradição romanística, como o Japão, a China, os países

* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2002); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998); graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1988); Advogada; Professora de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenadora/Líder do Grupo de Pesquisas (CNPq) intitulado *Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos* – Unoesc; Avaliadora do INEP/MEC e Supervisora do SESU/MEC; crispezzella@uol.com.br; <http://lattes.cnpq.br/7386742048598458>.

** Advogada; Professora e Pesquisadora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutoranda em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, RJ; Mestre em Direito Público; Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” e em “Educação e docência no ensino superior”; graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; janainar@desbrava.com.br; <http://lattes.cnpq.br/7597547217990217>

¹ Várias são as concepções das origens das propriedades romanas que podem ser representadas por diversas visões. No essencial, segui a obra de Paolo Grossi *Um altro modo di possedere* defendida em 1998 na dissertação de mestrado intitulada *Contributo ao estudo da propriedade privada no Direito Romano*, publicada sob o título *Propriedade Privada no Direito Romano*, pela editora Sérgio Fabris, em 1998, por Maria Cristina Cereser Pezzella, a qual o presente artigo deixou de referir.

socialistas e os países vinculados à *commom law*. Há um interesse crescente no estudo histórico do Direito, que tem muito do seu conteúdo programático voltado para o Direito romano e suas instituições. As obras brasileiras publicadas são ainda restritas, porém, parecem reacender o interesse dos pesquisadores em buscar mais elementos na história, especialmente na história romana, para melhor compreender e buscar novos horizontes para os problemas atuais, tendo como base a cultura da humanidade, guardadas as diferenças do mundo contemporâneo e do mundo romano.

Neste estudo instigar-se-á a compreensão romana do direito de propriedade, a fim de estabelecer as bases para um estudo mais amplo do direito de propriedade na história da civilização ocidental. Também se pretende trazer elementos para atribuir à propriedade atual uma função coerente com as diversas necessidades sociais já identificadas em Roma em uma série de exemplos, que podem servir de referência para uma compreensão e circunscrição apropriada de dispositivos constitucionais, como, por exemplo, o da função social da propriedade.

O método de trabalho utilizado foi o comparativo, revisando a bibliografia existente, confrontando a opinião de diversos autores na propriedade romana, procurando analisar a evolução do direito de propriedade ao longo da história romana.

Na primeira parte apresenta-se uma síntese da história política e social de Roma, procurando identificar as principais transformações na sua organização social. Na segunda, estuda-se o ordenamento jurídico romano, identificando e comentando suas transformações ao longo do tempo. Na terceira parte trata-se dos direitos reais no Direito romano, e como ele foi entendido por eles.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ROMANO

Segundo Orestano, inicialmente o estudo do Direito romano restringia-se à compilação realizada pelo imperador Justiniano, que é conhecida como *Corpus Iuris Civilis*,² porém a pesquisa ampliou-se, e, hoje, entende-se por Direito romano a

² A história do Direito romano tem sua principal referência na compilação de Justiniano, imperador do Oriente, que foi publicada entre os anos 524 e 534 d.C. e na posterior legislação deste imperador, morto em 565 d.C., que recebeu a denominação global de *Corpus Iuris Civilis*. Esta compilação, com todos os seus defeitos e falsificações, representa nossa melhor e mais rica fonte de informações, inclusive para épocas anteriores a Justiniano. Nesse sentido, ver Arangio-Ruiz (1986, p. 1 e ss.). Segundo Riccobono, “[...] *ante todo, para comprender las ultiores vicisitudes de la obra conviene destacar que ésta, si bien tiene gran prestigio como una colección jurídica, era absolutamente defectuosa e inapta para la función de un código*”. Riccobono (1975). Tradução do original italiano: Roma madre delle leggi, p. 6. Clavero revela que o conjunto de textos compilados por ordem de Justiniano não se constituiu em seu surgimento em um corpo unitário, e que a denominação de *Corpus Iuris Civilis* (Corpo de Direito Civil) vai acontecer apenas com o decurso dos séculos, para se diferenciar do *Corpus Iuris Canonici*. Ver Clavero (1992, p. 27 e ss.). Em outra obra sua, Riccobono identifica Dionísio Gotofredo, em 1583, como o primeiro a adotar para a compilação de Justiniano o título *Corpus Iuris Civilis*. Ver Riccobono, (1949, p. 209). No mesmo sentido, ver Di Pietro (1996, p. 29).

experiência jurídica romana em seu curso inteiro, da fundação de Roma até a morte de Justiniano em 565 d.C. Escreve assim o autor:

Non meno vaste e importanti sono le conseguenze che da questa nuova visuale si debbono trarre rispetto a quelli che potremmo dire i quadri cronologici e prospettici del diritto romano. Ancora una volta i modi di concepire sia il diritto romano, sia la natura e la funzione del suo studio influiscono su queste determinazioni. Fino a che il diritto romano s'identificava con il Corpus Iuris, o comunque fino a che l'interesse si polarizzava sul diritto privato giustiniano, anche la visione storica risentiva di questa prospettiva. Lo svolgimento anteriore, dalla fondazione di Roma alla compilazione giustiniana, appariva – come abbiamo già detto – una lunga preparazione per arrivare a quella mèta finale, che costituiva l'oggetto principale dello studio.³

A respeito desses limites cronológicos escreveu o autor que eles são arbitrários, justificando que, no que diz respeito à data inicial, separa-se o Direito romano de toda uma complexa rede de tradições anteriores e se evitam os problemas da distinção entre história e pré-história de Roma e da Itália, da qual o nosso conhecimento e exploração são impossíveis, embora sejam estas tradições que forneceram o substrato das primeiras formações da tradição jurídica da nova cidade; quanto à data final, em tal modo considera-se a obra de Justiniano como a conclusão de um processo histórico.⁴

O estudo histórico do Direito romano é apresentado em períodos, nos quais as repartições, as fases, os segmentos são utilizados por comodidade e por razões didáticas. Às vezes, o desdobrar dos fatos parece indicar uma pausa, suspensão ou ruptura, que passam a ser pontos de referência, porém, muitas transformações ocorrem de modo gradual.⁵ Além da periodização, não se deve negligenciar o elemento territorial, pois também são notáveis as diferenças que existem entre os desenvolvimentos da história jurídica em Roma e nos outros territórios ou entre as duas partes do Império depois de Diocleciano.⁶ Verifica-se a existência de uma

³ Não menos vastas e importantes são as consequências que dessa nova visão se deve considerar a respeito daqueles que podemos dizer os quadros cronológicos e prospectivos do Direito romano. Mais uma vez os modos de conceber, seja o Direito romano, seja a natureza e função do seu estudo, influem sobre essas determinações. Enquanto o Direito romano se identificava com o *Corpus Iuris*, ou de outro modo, enquanto o interesse se concentrava no direito privado justiniano, igualmente a visão histórica refletia essa prospectiva. O desenvolvimento anterior, da fundação de Roma à compilação justiniana, parecia – como já tínhamos dito – uma longa preparação para chegar àquela meta final, que constituía o objeto principal do estudo. Orestano (1963, p. 630-631).

⁴ Orestano (1963, p. 631).

⁵ Orestano (1963, p. 631).

⁶ Orestano (1963, p. 634). Weber exemplifica a questão da diferença de tratamento territorial, assim: “Durante a era imperial, a Itália era isenta de impostos e logo também o foi do serviço militar, pelo que o fato de pertencer a uma gleba ou a uma determinada comunidade em vez de outra tinha uma importância muito menor que nas províncias onde, como se sabe, os municípios tinham a responsabilidade tanto do

gama bem diversificada de periodizações desta longa história de cerca de 14 séculos, segundo critérios que são variados no tempo e que são susceptíveis de discussão. A título apenas de exemplificação, cabe ilustrar como alguns dos pensadores influenciaram os demais com as subdivisões por eles propostas.

Recorde-se, inicialmente, a periodização que foi elaborada por Hugo ao fim do século XVIII, dominando grande parte da historiografia romanista do século passado. Segundo essa divisão, dever-se-ia distinguir quatro períodos: da fundação de Roma às XII Tábuas, das XII Tábuas a Cícero, de Cícero a Alexandre Severo e, enfim, deste a Justiniano. Estes períodos, talvez com reminiscência a antigas fontes, eram chamados por Hugo, respectivamente, de idade da infância, da adolescência, da virilidade e da velhice do Direito romano.⁷

Bonfante, no início deste século, propôs uma tripartição, em que o critério para a separação dos períodos se fundava no conceito da “crise”, aplicado a dois momentos históricos que marcaram uma profunda revolução na sociedade romana: o primeiro foi uma crise de expansão que sucedeu a guerra de Aníbal em torno de 200 a.C., quando uma população rústica de agricultores do Lazio se tornou, em um espaço de 60 anos, senhora do mundo antigo e da mais florescente civilização; o segundo foi uma crise da involução sucessiva à morte de Alexandre Severo, em 235 d.C., quando a força crescente dos bárbaros e o renascimento das forças persas deslocam o centro do Império de Roma e da Itália para o Oriente. Conforme o autor, estas duas grandes crises separam três diversos sistemas de direito, que denomina de: direito quiritário – *ius Quiritium*, direito romano-universal – *ius gentium*, e direito helênico-romano – *ius romeo*.⁸

Riccobono conclui que se poderia dizer, inclusive, ter Roma criado duas vezes o direito: na primeira, um direito “agreste, rudimentar e rigoroso” contido nas linhas das XII Tábuas, e na segunda vez, a partir do século VI d.C., com características universais, propondo, assim, uma bipartição.⁹ Posteriormente, o autor subdivide a história do desenvolvimento do Direito romano em três períodos: da formação de Roma ao período do Direito nacional romano; do Direito nacional romano ao período de 305 d.C., período do direito universal, no sentido que o *ius civile* e *ius gentium* e todas as outras ordenações romanas vinham já se avizinhando, para se fundir, posteriormente, em uma ordem jurídica universal em todo o Império;

contingente de tributos, como do de recrutas, e onde, portanto, tinha-se interesse em manter a vinculação de uma gleba a determinado município.” Sublinha o autor que, ao se investigar a propriedade em Roma, deve-se perquirir em que momento e que local ela era exercida. Ver Weber (1994, p. 25 e ss., 49 e 160).

⁷ Uma análise “biológica” da história de Roma encontra-se já em Sêneca pai, que fala de uma primeira infância, puberdade, adolescência e velhice (ORESTANO, 1963, p. 635). Nota-se que concomitantemente à formação do Direito romano, os estudiosos daquela época já se preocupavam em estruturar o estudo do seu ordenamento jurídico com vistas a facilitar o aprendizado por parte dos iniciantes e comparar as diferenças existentes.

⁸ Orestano (1963, p. 636) Riccobono (1949, p. 14 e ss.).

⁹ Riccobono (1975, p. 1).

e, de Constantino a Justiniano, que pode ser indicado como o período do Direito romano cristão.

Guarino adverte que historiógrafos do Direito romano parecem orientados no sentido de que não seja razoavelmente possível traçar uma periodização unitária entre o Direito público e o Direito romano. Todavia, o autor recentemente reafirmou a necessidade de se atender a critérios uniformes, e conclui, subdividindo a história jurídica romana em quatro períodos: direito arcaico, direito pré-clássico, direito clássico e direito pós-clássico.¹⁰

Schulz conclui que a ausência de períodos determinados na história do Direito romano, em geral, está correlacionada com a dificuldade de se referir a juristas concretos, como individualidades da ciência jurídica distinguindo nitidamente uns dos outros.¹¹ Savigny visualizou a jurisprudência romana demonstrando essa circunstância com precisão:

Este método (romano) no es, en absoluto, propiedad exclusiva de un escritor más o menos grande, sino que es un bien común a todos; y aunque entre los escritores la fortuna en su aplicación esté muy desigualmente repartida, el método es siempre el mismo. Incluso si tuviéramos íntegramente sus escritos ante nosotros, nos encontraríamos con un número mucho menor de individualidades descollantes que en cualquier otra literatura. En cierto sentido, todos trabajaron en una sola y única gran obra, y, por ello, la idea que está en la base de la compilación de las Pandectas no es del todo digna de reproche. Toda su literatura jurídica era un todo orgánico, de manera que se podría decir, con un término técnico de la doctrina moderna, que los juristas concretos eran personalidades fungibles.¹²

O Direito romano, para fins deste trabalho, também poderia ser dividido em critérios diferenciados. Entretanto, nesta seção utiliza-se o critério quadripartido de Schulz,¹³ uma vez que responde à necessidade da lógica jurídica e facilita a compreensão do tema que importa para este estudo, qual seja, o consubstanciado na

¹⁰ Guarino (1996, p. 36 e ss.).

¹¹ Schulz(1990, p. 128-129) e Schulz (1953, p. 4).

¹² Schulz (1990, p. 129).

¹³ Schulz (1953). No mesmo sentido Riccobono descreve que a história jurídica de Roma se imagina distinguir em quatro períodos: o legendário, o republicano, e, o imperial, que se divide em duas fases: antes e depois de Diocleciano. O primeiro período de Roma, de 754 a.C. ao princípio do século VI a.C., no qual se encaminha o direito dos *Quirites* com a *lex XII tabularum*. O segundo período, das guerras púnicas a Otávio Augusto, caracterizado pela atividade do *praetor* na administração da justiça, a qual foi decisiva para o posterior desenvolvimento do Direito romano. O terceiro período, de Augusto a Diocleciano, em que o Direito romano recebe, pela obra dos grandes jurisconsultos, a elaboração científica com a análise e o desenvolvimento dos seus vários elementos resultantes do *ius civile, gentium, honorarium*. O quarto período, de Constantino a Justiniano, não mais possui juristas renomados que tratam o direito cientificamente, sendo qualificado de período da decadência, marcado pela compilação da produção do período precedente (RICCOBONO, 1975, p. 12-14).

apreensão jurídica romana, diferente dos critérios utilizados anteriormente nos quais se teve por objetivo localizar melhor os aspectos políticos da organização romana. Esta divisão é particularmente valiosa à medida que, além de situar a evolução do Direito romano em relação aos acontecimentos da história de Roma, descreve a forma de produção do ordenamento jurídico ao longo do tempo, permitindo que se entenda o papel de cada agente e a sua projeção na vida romana. Schulz subdivide o Direito romano em quatro partes: a mais remota chama período arcaico, seguindo-se o período helenístico, o período clássico e, por fim, o período burocrático.

3 COMO OS ROMANOS VISUALIZAVAM OS DIREITOS DE “PROPRIEDADES”

Ao se procurar entender a forma como os romanos visualizavam o direito de propriedade, é indispensável ter em mente que o Direito romano sequer possuía um conceito abstrato ou mesmo uma definição de propriedade.¹⁴

Miquel afirma que, se nas fontes romanas não se encontra uma definição de propriedade, existem várias definições cuja origem o direito contemporâneo atribui ao Direito romano. Escreveu o autor, nestas palavras:

[...] en realidad, cada época fue capaz de destilar de las fuentes romanas el concepto de propiedad que más le convenía, que resultaba más adecuado a sus concepciones económico-sociales. Partiendo de frases sueltas, auténticas

¹⁴ Scialoja (1993, p.263). Ver, também, Bonfante (1994, p. 195)e Schulz (1990, p. 174). Os estudiosos do Direito romano referem ter se formado com relativo atraso o conceito de propriedade na língua latina. Este ocorreu com o pensamento jurídico germânico e alemão medieval, pois, à semelhança do Direito romano, faltava-lhe o grau de abstração para assim obter condições para elaborar um conceito universal de propriedade. Inexistia um conceito para identificar a aquisição de direitos sobre coisas, mas havia numerosos conceitos, como “próprio”, “herança”, “bem”, “bem móvel”, além de outros conceitos jurídicos análogos. O conceito abstrato de propriedade na linguagem jurídica alemã era conhecido desde o século XIII e o seu objeto não se limitava apenas aos bens móveis e imóveis do direito privado, mas inclusive “privilégios”, como excelência de julgamento (Gerichtsherrlichkeit) e outras regalias. “*Im Mittelpunkt aber stand der Begriff der ‘gewere’, der ursprünglich kein Recht, sondern nur ein tatsächliches Verhältnis zur Sache bezeichnete und daher im modernen Schrifttum mit dem Ausdruck ‘Besitz’ umschrieben wird. Der Rechtsbegriff ‘Besitz’ bürgerte sich im Zuge der Rezeption als Übersetzung der römisch-rechtsbeziehung zu Sachen (und unfreien Personen) setzte sich allmählich ‘eigen’ - Begriff als eine Art Oberbegriff durch. Neben dem Voll-E. (Allod) fielen darunter auch Nutzungs und Leibrechte, die ihren Ausdruck in der gewere fanden.*” (Porém, no centro encontrava-se o conceito da “gewere”, que originalmente não designava nenhum direito, mas apenas uma relação de fato com a coisa, e, por isso, é descrito na literatura moderna com a expressão “posse” (Besitz). O conceito jurídico “posse” (Besitz) afirmou-se, no decurso da recepção, como tradução da “possessio” do Direito romano. Para designar a relação jurídica com coisas (e pessoas não livres), foi-se impondo, lentamente, o conceito “próprio” como uma espécie de conceito superior. Ao lado da propriedade plena (Allod), eram por ele abrangidos, também, direitos de uso e mútuo, que encontravam sua expressão na “gewere”). Ver Staatslexikon(1986, p. 162).

*retazos de fuentes romanas, cada época confeccionó sus definiciones de propiedad para cubrirlas con el manto de la autoridad del Derecho romano. De este modo, el concepto de propiedad se ve reflejado en el espejo de las fuentes romanas. Los textos romanos se limitaban a devolver la imagen de la propiedad que cada época situaba ante ellos.*¹⁵

O autor ilustra sua afirmação com uma série de exemplos, dois dos quais são a seguir comentados. A definição do humanista holandês Noodt é característica: “*Est dominium ius pro arbitrato de re disponendi, praeter si quid vi aut iure prohibeatur.*”¹⁶ A referência à força (*vi*) é o mais estranho, e, em outros autores inexistente; tampouco, resulta apropriado igualar os planos do fático e do normativo (*vi aut iure*). Existe outra célebre definição de propriedade: “*Ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur.*”¹⁷ É comum a citação desta definição para grifar as faculdades ilimitadas que possuía o proprietário em Roma, chegando-se a permitir, inclusive, que o proprietário pudesse destruir a coisa.¹⁸ Todavia, essa conclusão funda-se em uma intolerável confusão, porque em Roma *uti* e *abutí* são palavras utilizadas para a classificação das coisas. As *res quae in abusu consistunt* são as coisas consumíveis, e para ser feito o seu uso adequado, elas devem ser consumidas.¹⁹ Especificamente sobre esta confusão Betti é conclusivo:

¹⁵ Miquel (1992, p. 165).

¹⁶ “*El dominio es el derecho de disponer sobre la cosa a menos que lo impida la fuerza o el derecho*”. Ver Miquel (1992, p. 166).

¹⁷ “*El derecho de usar y abusar de la cosa hasta donde lo permita la razón del Derecho*”. Ver Miquel (1992, p. 167).

¹⁸ Conforme Gatti, Ihering aponta as restrições à propriedade no Direito romano originadas do interesse social para os bens móveis e imóveis. Destaca o autor o exemplo da destinação das terras inultas e abandonadas para outros nelas produzirem, visando ao interesse social na ampliação da produção de alimentos e tributos para o Estado romano. Mais interessante é o exemplo referente aos bens móveis, no qual o autor comenta que o abuso da propriedade não representa um risco para a sociedade, mas mesmo assim sua destruição injustificada não pode ser aceita, citando Ulpiano (D. 11, 7, 14, 5): “*Non autem oportet ornamenta cum corporibus condí, nec quid aliud huiusmodi, quod homines simpliciores faciunt.*” (*Mas no se deben enterrar con los cadáveres los ornamentos, ni alguna otra cosa semejante, como hacen los hombres más cándidos.*) Ver Gatti (1996, p. 95).

¹⁹ Miquel (1992, p. 87 e 127) destaca que essa expressão é utilizada para os bens que são consumíveis. Por exemplo, uma maçã, para cumprir a sua função, deve ser consumida, vale dizer, destruída. Coisas consumíveis (*res quae usu consumantur; res quae in abusu consistunt*) são aquelas que o seu uso adequado somente é atingido quando são consumidas. Dentro dessa categoria estão os alimentos e o dinheiro, este também considerado bem consumível por excelência, em que a destruição do bem pode ser natural (maçã) ou jurídica (dinheiro). Betti comenta que essa distinção importa, sobretudo, em vista dos negócios e relações jurídicas, de cuja coisa se pode formar objeto. Esta distinção funda-se em um critério econômico-social do uso normal que da coisa se pode fazer em uma determinada sociedade. Consumíveis qualificam-se as coisas nas quais o uso importa necessariamente a destruição, não sendo susceptíveis de uso repetido (*res quae ipso uso tolluntur*), e as inconsumíveis qualificam-se aquelas que, cuja normal destinação admite um uso repetido. Entre as coisas consumíveis está compreendido o dinheiro, visto que o uso normal consiste em perdê-lo, saindo do patrimônio de quem fazia parte, e, assim, transformado em sentido econômico. Ver Betti (1974, p. 362).

In fine la definizione che caratterizza la proprietà come un "ius utendi et abutendi re sua" è desunta da un testo - D. 5, 3, 25, 11 - dove si esonerano da responsabilità i possessori di buona fede "si quid dilapidaverunt, perdidērunt, dum re sua abuti putant": nella quale formula "abuti" non ha il significato di abusare, ma di consumare.²⁰

Em comparação com isso é oportuno, para se entender a propriedade ao longo da história, dirigir a vista para a síntese conceitual proposta por Biondi para a evolução do direito de propriedade:

[...] la storia della proprietà si può descrivere sinteticamente come una continua attenuazione dell'elemento individualistico in corrispondenza ad una maggiore penetrazione dell'elemento sociale, la quale viene attuata da una continua legislazione, che arriva fino ai nostri giorni, ed incide profondamente soprattutto in momenti di crisi e nuovi orientamenti sociali.²¹

Para o autor, no âmbito do Direito romano, são profundas as transformações, desde a antiga concepção da propriedade como um poder quase soberano até a concepção justiniana, permeada por um novo espírito social.

Rabel afirma que embora não se tenha definida a propriedade no Direito romano, indiretamente, pode-se associá-la ao domínio amplo sobre a coisa. Nas palavras do autor:

Er behandelt unter dem Keineswegs alten Namen, rei dominium bewegliches und unbewegliches Gut, originären und abgeleiteten Erwerb gleich und stellt den Eigentümer gegen Staat und Private unabhängig als einen unmittelbaren Herrn der Sache. Dieser einfache juristische Begriff war ein ebenso gewaltiger Fortschritt nach den primitiven Besitzrechten der Antike, als nachmals nach vielen Jahrhunderten ein Ansporn und Hebel zur Wegräumung der feudalen Bindungen des Bodens, bis heute ein unentbehrliches technisches Hilfsmittel der Rechtswissenschaft – wie gegen manche vermeintlich nationalökonomische oder logische Anfechtungen betont werden mu. Eine Definition geben die Römer gar nicht die in ihrem Sinn gebildete herkömmliche Umschreibung genügt aber durchaus: das Eigentum ist die grundsätzlich unbeschränkte Herrschaft über eine (körperliche) Sache.²²

²⁰ Por fim a definição que caracteriza a propriedade como um "ius utendi et abutendi re sua" é deduzida de um texto – D. 5, 3, 25, 11 – em que são exonerados da responsabilidade os possuidores de boa-fé "si quid dilapidaverunt, perdidērunt, dum re sua abuti putant": fórmula em que "abuti" não tem o significado de abusar, mas de consumir. (BETTI, 1947, p. 362).

²¹ "[...] a história da propriedade se pode descrever sinteticamente como uma contínua atenuação do elemento individualista em favor de uma maior penetração do elemento social, a qual vem expressa em uma contínua legislação, que chega até nossos dias, e incide profundamente sobretudo em momentos de crise e de novas orientações sociais" Biondi (1956, p. 220-221).

²² "Sob o nome, nada antigo, de "rei dominium", este conceito trata igualmente bens móveis e imóveis, aquisições originárias e derivadas, e coloca o proprietário independentemente contra o Estado e pessoas privadas, como um imediato senhor da coisa. Este simples conceito jurídico foi um avanço

O conteúdo da propriedade romana foi limitado juridicamente, podendo-se citar os exemplos dos poderes dos proprietários de escravos que foram limitados na época imperial,²³ e a propriedade imobiliária que foi multiplamente limitada por relações de vizinhança e também de direito público. Comenta assim Betti:

*Anche le definizioni moderni, ispirate, consapevolmente o meno, a certo assurdo individualismo delle vedute liberali, perdono di vista la socialità nella funzione normativa del diritto, e traggono illazioni ingiustificate da talune caratteri ch'erano peculiari della sola proprietà fondiaria romana nell'epoca più antica.*²⁴

A visão de propriedade do Direito romano, com certeza, reflete muitos dos conflitos e analisa o caso concreto, pouco desenvolvendo o conceito abstrato dos institutos jurídicos. Isso evidencia que tomar um caso concreto como referencial único para todo o Direito romano é um equívoco, pois um outro caso concreto pode levar a soluções diferentes, além do fato de se considerar as pessoas envolvidas e o local onde o caso concreto se desenrola, porque a sociedade romana foi uma sociedade de desiguais.

4 COMPREENDENDO AS PROPRIEDADES NO DIREITO ROMANO

No Direito romano clássico, a expressão *ius in re* não coincide com o conceito jurídico hoje denominado direito real. Os romanos não elaboraram um conceito de direitos reais e não tiveram um nome para representar estes direitos. Essa noção somente veio se formar muito mais tarde, a partir do século XVIII, com Pothier, passando aos romanistas do século XIX, e, também, a uma parcela de autores modernos.²⁵

tão violento, após os primitivos direitos de propriedade da antigüidade, como posteriormente, após muitos séculos, um estímulo e uma alavanca para o afastamento dos vínculos feudais do solo, até hoje um indispensável recurso técnico de auxílio – como deve ser acentuado contra diversas impugnações pretensamente econômico-nacionais ou lógicas. Uma definição os romanos realmente não dão, porém, a descrição que em seu sentido se formou pela tradição, é, de fato, suficiente; a propriedade é o domínio fundamentalmente ilimitado sobre uma coisa (corpórea).” (RABEL, 1955, p. 53).

²³Jörs e Kunkel (1965, p. 94 e ss.) e Scialoja (1933, p. 307 e ss.).

²⁴“Também as definições modernas, inspiradas, conscientemente ou não, em certo absurdo individualismo da visão liberal, perdem de vista a sociabilidade na função normativa do direito, e induzem inferências injustificadas a algumas características que eram peculiares apenas da propriedade fundiária romana na época mais antiga.” Ver Betti (1947, p. 371).

²⁵Villey (1976, p. 100 e ss e p. 187 e ss.). Pugliese, com uma interpretação totalmente divergente, considera a expressão *ius in re* equivalente à concepção contemporânea dos direitos reais, assim dizendo: “È facile ammettere che il concetto di *ius in re* risultante da questa elaborazione di Glossatori non abbia rispecchiato esattamente né gli istituti positivi romano-classici, né quelli del diritto giustiniano, e che, d'altro canto, esso appaia semplicistico o insufficiente rispetto alle teorie della dottrina moderna. Ma ciò non significa che il *ius in re* dei Glossatori sia qualcosa di diverso dal diritto reale.” (É fácil admitir que o conceito de *ius in re* resultante dessa elaboração dos Glosadores não tinha respeitado exatamente nem os institutos positivos romano-clássicos, nem aqueles do direito justiniano, e

Miquel adverte que não se pode transferir modelos conceituais aplicáveis ao direito contemporâneo para se compreender os instrumentos do Direito romano. O autor lança a pergunta que os modernos romanistas se têm feito:

¿Hasta qué punto conocieron los romanos la distinción entre ambas clases de Derechos? Este problema está íntimamente enlazado con otro que ha sido discutido vivamente por la moderna romanística: ¿Hasta qué punto es lícito utilizar categorías conceptuales, procedentes de la moderna dogmática jurídica, para aplicarlas a las fuentes romanas? ¿No quedará de esta manera deformada la visión jurídica genuinamente romana?

E, responde, afirmando que não se deve tomar de empréstimo polémicas que são próprias de nossa moderna civilística.²⁶

Por isso, a terminologia utilizada pelo Direito romano é diferente, uma vez que eles, inicialmente, para a representação das coisas referiam: a *res* (coisa) e a *bona* (bens). Esses termos têm uma pluralidade de significados.²⁷

Segundo Miquel, *res* teve três acepções fundamentais: patrimônio; objeto de direito; e coisa corporal sobre a qual recaem os direitos reais.²⁸

A palavra *res* escreve-se da mesma forma tanto no singular quanto no plural e serve para designar os entes materiais (um livro, uma mesa), como também naturais, animados (um escravo, um boi) ou inanimados (ouro, cobre). Essa expressão latina serve para designar tudo que de alguma forma concerne ao homem.²⁹

que, por outro lado, isso parecia simplista ou insuficiente em relação à teoria da doutrina moderna. Mas isso não significa que o *ius in re* dos Glosadores seja qualquer coisa diferente do direito real.) Pugliese Ver, também, Miquel (1992, p. 159 e ss.). Paolo Grossi refere: “*Pothier è l'ultimo dei giuristi vecchi, non il primo dei giuristi nuovi. Un solido filo conduttore, che corre senza discontinuità e cesure, lo lega alla cospicua consolidazione dottrinale del diritto nazionale francese, ai Dumoulin, ai Le Caron, ai Loisel, agli Choppin, così come alle legione dei commentatori del droit coutumier e allo stulo dei feudisti. Pothier è certamente uno di loro.*” (Pothier é o último dos juristas antigos, não o primeiro dos juristas novos. Um sólido fio condutor, que corre sem descontinuidade e cortes, o liga à grande consolidação doutrinária do direito nacional francês, a Dumoulin, a Le Caron, a Loisel, a Choppin, assim como à legião dos comentadores do *droit coutumier* e à multidão dos feudistas. Pothier é certamente um deles.). Gossi (1992, p. 385-437) Neste estudo, independente de se situar ao final ou ao início de um período, o que merece destaque é o fato de Pothier ser um jurista importante que contribuiu para a moderna compreensão da propriedade. Ver, ainda, Graziani (1979, p. 14 e ss.) sobre o reconhecimento dos direitos reais e no que se refere à polémica contribuição da obra de Pothier.

²⁶ Miquel (1992, p. 157 e ss.). Gadamer comenta assim: “*Es también interesante hablar de horizonte en el marco de la comprensión histórica, sobre todo cuando nos referimos a la pretensión de la conciencia histórica de ver el pasado en su propio ser, no desde nuestros patrones y prejuicios contemporáneos sino desde su propio horizonte histórico. La tarea de la comprensión histórica incluye la exigencia de ganar en cada caso el horizonte histórico, y representarse así lo que uno quiere comprender en sus verdaderas medidas.*” Gadamer (1996, p. 373). A respeito do ponto de vista de Savigny, expoente da escola histórica, ver, supra, nota 1, primeira parte.

²⁷ Miquel (1992, p. 83).

²⁸ Miquel, (1992, p. 83).

²⁹ Di Pietro (1996, p. 103 e ss.).

Res em sentido próprio é todo o objeto do mundo exterior sobre o qual podem recair direitos. Gaio buscou dos filósofos³⁰ a distinção entre *res corporis* e *res incorporis* e a incorporou no âmbito jurídico. As primeiras são as coisas que podem ser tocadas, como a terra, um escravo, uma roupa, uma massa de ouro ou de prata (*quae tangi possunt*); e as últimas são as que não se pode tocar (*quae tangi non possunt*), como a herança, um usufruto, as obrigações, as servidões rústicas e urbanas.³¹ Conforme descreve Iglesias:

[...] *Gayo no enumera entre os derechos – res incorporales – la propiedad, por considerar materializado el derecho en su objeto; la propiedad queda absorbida en las res corporales. Con esta distinción no se destruye ni se amplía el concepto propio de res, que se refiere siempre a la cosa material, al corpus. No se trata, en realidad, de una distinción técnica entre las res sino de una clasificación de elementos del patrimonio, en la cual la propiedad se unimisma con la cosa. Res se entiende aquí en el sentido de elemento patrimonial. El patrimonio está constituido por cosa - se nombran las cosas en lugar del derecho de propiedad – y por derechos: derechos sobre cosa ajena, créditos, titularidad de una herencia, etc. Por derechos patrimoniales distintos del derecho de propiedad, que se confunde con la cosa sobre que recae; que es, en todo caso, res incorporalis.*³²

Essa distinção não é técnica, mas uma classificação em que se entende *res* no sentido de elementos do patrimônio.³³

Ulpiano³⁴ explica como o termo *bona* se aplica a uma concepção natural ou civil: natural no sentido de coisas que são suscetíveis de produzir uma utilidade, e civil no sentido de patrimônio, ou seja, conjunto de bens e direitos.

Para os romanos, as classificações das coisas sempre tiveram um sentido prático porque não houve a preocupação de desenvolver uma teoria dos direitos reais, mas a solução dos problemas cotidianos enfrentados.

³⁰ Cícero, *Top.*, 5,27; Sêneca, *Ep. ad. Luc.*, 6, 6, 11; Quintiliano, *Ins. orat.*, V, 10, 16; Lucrecio, *De rer. nat.*, 1, p. 303-305. Ver, acerca disso, Iglesias (1952, p. 206).

³¹ Iglesias (1994, p. 206).

³² Iglesias (1994, p. 207).

³³ Patrimônio é o conjunto de coisas que pertencem a uma pessoa. Fazem parte as *res corporales* e as *res incorporales*. Em Roma, a ideia de patrimônio não era concebida como um “atributo da personalidade”. As mulheres, por exemplo, poderiam ter patrimônio, mas não possuíam o *alieni iuris*. Os filhos e os escravos careciam de patrimônio, mas tinham um pecúlio, que era algo diferente. Patrimônio em Roma tem um significado por vezes jurídico, incluindo o ativo e o passivo, e, por vezes, econômico. Nesse sentido, ver Di Pietro (1996, p. 104 e ss.).

³⁴ Ulpiano (D. 50, 16, 49): “*Bonorum appellatio aut naturalis, aut civilis est; naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est, beatus faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aequè bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur.*” (La palabra bienes tiene una significación o natural, o civil; en la natural se llaman bienes porque bonifican, esto es, hacen feliz; bonificar es hacer provecho. Pero se ha de saber, que se computan en nuestros bienes no solamente las cosas que están en nuestro dominio, sino también si de buena fe fueran poseídas por nosotros, o si tuvieran superficie. Igualmente se contará en los bienes también lo que importen las acciones, las peticiones, y las acciones persecutorias; porque se considera que todo esto está en los bienes.). *Cuerpo Del Derecho Civil Romano: Digesto 6 y 7 partes* (1988, p. 917).

Gaio³⁵ propôs uma classificação das coisas para permitir uma distinção entre *res in patrimonio* e *res extra patrimonium*, ou seja, para que assim se possa definir o limite do patrimônio de alguém. Muitos autores definem como uma classificação ampla isso que nada mais é do que o enunciado do objeto desse capítulo das *Institutas* de Gaio.³⁶

Gaio dividiu as coisas em dois grupos: as coisas de direito divino (*res divini iuris*) e as coisas de direito humano (*res humani iuris*). As coisas de direito divino não podiam pertencer a ninguém; por outro lado, ordinariamente as coisas de direito humano estavam entre os bens de alguém (*res privatae*), a exceção do caso em que eram consideradas pertencentes à própria comunidade (*res publicae*). As *res privatae* eram as que se consideravam objeto de negócio jurídico patrimonial, inclusive as *res nullius* e as *res derelicta*, que podiam em um momento não ter dono, mas vir a tê-lo.³⁷ Esta divisão formulada por Gaio consta nas *Institutas* de Justiniano.

As *res divini iuris* incluíam as coisas consagradas aos deuses superiores, como templos, terrenos, edifícios, altares e monumentos dedicados às divindades, mediante uma cerimônia sagrada (*dedicatio* ou *consecratio*), denominadas *res sacrae*; também comportavam as coisas relacionadas aos ritos religiosos mais comuns, as *res religiosas*, cujo exemplo mais evidente são as tumbas e os sepulcros; nesse grupo estavam também as *res sanctae*, assim denominadas porque a sua violação tinha como consequência uma sanção (*sanctio*), como os muros e portas da cidade e os limites dos terrenos.³⁸

Entre as coisas comuns pertencentes à comunidade, podem ser identificadas as *res communes*, que eram as coisas comuns a todos os homens, como o ar, a água corrente, o mar e suas costas, e as *res publicae* referidas especificamente às coisas que eram do *Populus Romanus*.

Di Pietro refere o *Corpus Iuris Civilis* para identificar as *res communes* como originadas do direito natural:

Iustiniani Institutione (2.1.1): “*Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aër et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.*”³⁹

³⁵ Gaio foi essencialmente um mestre de escola e seu manual atendia a exigências didáticas, não se sabendo ao certo qual o período em que ele viveu, mas os seus escritos nos chegaram ao conhecimento quase que na sua íntegra e fazem parte de uma das fontes importantes para o conhecimento do direito romano. Grosso(1974, p. 2 e ss.).

³⁶ Correia, Sciascia, e Correia (1955, p. 74-75). (Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino). p. 74-75).

³⁷ Correia, Sciascia e Correia (1995, p. 74-75).

³⁸ Ver Di Pietro (1996, p. 105-106). Ver Iglesias (1994, p. 208-210).

³⁹ “Por direito natural são comuns tôdas as coisas seguintes: o ar, a água corrente, o mar e o seu litoral; pois a ninguém se pode impedir o acesso ao litoral, contanto que se abstenha de tocar nas quintas, nos monumentos e edifícios, coisas que não são de direito das gentes, como o mar.” Di Pietro (1996, p. 106-107) Ver também Correia, Sciascia, e Correia 1955, p. 358-359.

As coisas do *Populus Romanus* foram aquelas destinadas ao uso comum pelo ato formal da *Publicatio*, como as ruas e logradouros, teatros e estádios, existindo neles, contudo, concessões de direitos particulares que, como o uso comum *accessível* a qualquer cidadão, eram regulamentados e protegidos por muitos interditos.⁴⁰ Gaio descreve, assim, as coisas comuns: “Gaio (2,11): *Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt.*”⁴¹

Segundo o costume, as estradas, rios e portos eram tratados de forma semelhante, servindo também ao uso comum, assim como o porto fluvial. De acordo com Gaio:

Gaio (D. 1, 8, 5): “*Riparum usus publicus est iure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mari reducere, onus aliquid in his reponere cuiuslibet liberum est, sicut per ipsum flumem navigare. Sede proprietatis illorum est, quorum praediis haerent; qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.*”⁴²

O mar e o litoral marítimo foram considerados por Marciano como coisas livre por natureza. Marciano (D. 1, 8, 2, 1): “*Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*”⁴³

Neratio considerava o mar e a costa marítima como coisas livres para serem ocupáveis, sendo possível pescar e construir apenas conforme o costume e, em relação à construção, a aquisição da propriedade existia enquanto esta subsistisse.

Neratio (D. 41, 1, 14):

*Quod in litore quis aedificaverit, eius erit; nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt, et in nullius adhuc dominium pervenerunt; nec dissimilis conditio eorum est, atque piscium et ferarum, quae simul atque apprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt.*⁴⁴

⁴⁰ Ver Rabel (1955, p. 49).

⁴¹ “As coisas públicas reputam-se como não estando entre os bens de ninguém; pois são consideradas da própria comunidade. Privadas são as coisas dos particulares.” (CORREIA, SCIASCIA, e CORREIA, 1995, p. 74-75). Ver, também, para mais informações, Rabel (1995, p. 49).

⁴² “Es público por el derecho de gentes el uso de las riberas, así como el del mismo río. Y así, cualquiera tiene libertad para acercar a ellas su nave, atar curdes de los árboles allí nacidos, tender a secar y sacar del mar las redes, y acomodar en ellas alguna carga, así como navegar por el mismo río. Pero la propiedad es de aquellos con cuyos predios colindan; por cuya causa son también dellos mismos los árboles en ellas nacidos.” Cuerpo Del Derecho Civil Romano: Instituta – Digesto 1° 2° y 3° partes Ver, para mais informações Rabel (1955, p. 49).

⁴³ “Y ciertamente son comunes a todos por derecho natural estas cosas: el aire, el agua corriente, y el mar, y consiguientemente las costas del mar. Cuerpo Del Derecho Civil Romano: Instituta – Digesto 1° 2° y 3° partes (1988, p. 225).

⁴⁴ “Lo que alguno hubiere edificado en un litoral será suyo; porque los litorales públicos no son como las cosas que están en el patrimonio del pueblo, sino como las que en un principio fueron producidas por la naturaleza, y no llegaron todavía al dominio de nadie; y no es diferente la condición de otras cosas, como los peces y los animales silvestres, los cuales tan pronto como fueron cogidos se hacen sin duda del dominio de aquél á cuyo poder fueron.” Cuerpo Del Derecho Civil Romano

Em sentido oposto, Celso compreendia o litoral como o direito de soberania estatal, *imperium*.⁴⁵

Celso (D. 43, 8, 3, 1):

*Litora, in quae populus Romanus imperium habet populi Romani esse arbitror. Maris communem usum omnibus hominibus, ut aëris, iactasque in id pilas eius esse, qui iecerit; sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisque usus eo modo futurus sit.*⁴⁶

As coisas também foram classificadas no *Corpus Iuris Civilis* segundo um critério muito semelhante: a *res in commercium* e a *res extra commercium*. A primeira inclui as coisas que são objeto de atos ou negócios jurídicos, e a segunda compreende as coisas excluídas do comércio.⁴⁷

Os romanos também distinguiram as coisas em consumíveis e não consumíveis, estabelecendo para cada uma das categorias determinadas peculiaridades que as limitavam na forma de dispor dos direitos a elas concernentes. A título de exemplo, observam-se algumas regras que constam do *Corpus Iuris Civilis*. Ulpiano (D. 13, 6, 3, 6): “*Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.*”⁴⁸

Ulpiano (D. 7, 5, 1):

*Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit; quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuantur, possit ususfructus legari.*⁴⁹

Conforme Betti, essa classificação está fundada em um critério econômico-social do uso normal que se atribui às coisas. Qualificava-se como consumível a coisa cujo uso importava necessariamente a destruição, isto é, aquele que segundo a sua normal destinação não é suscetível de um uso repetido (*res quae ipso usu tolluntur; quae in absorptione consistunt*). Não consumível se qualificava aquela cuja destinação normal comportava um uso repetido. Entre o consumível estava compreendido o dinheiro, já que o seu uso

Istituta – Digesto 1^a 2^a y 3^a partes (1988, p. 305).

⁴⁵ Ver Rabel (1955, p. 49).

⁴⁶ “*Estimo que son del pueblo romano los litorales sobre los que tiene imperio el pueblo romano. El uso del mar es común a todos los hombres, como el del aire, y los pilares echados en el son del que los hubiere echado; pero esto no se ha de permitir, si de este modo se hubiera de dificultar el uso del litoral o del mar.*” Cuerpo Del Derecho Civil Romano Istituta – Digesto 1^a 2^a y 3^a partes (1988, p. 418).

⁴⁷ Iglesias (1994, p. 207).

⁴⁸ “*No puede darse en comodato lo que se consume per el uso, á no ser acaso que alguno lo reciba para pompa ú ostentación.*” Ver Cuerpo Del Derecho Civil Romano: Istituta – Digesto 1^a 2^a y 3^a partes (1988, p. 788).

⁴⁹ “*Determinó el Senado, que pueda legarse el usufructo de todas las cosas que constase que existen en el patrimonio de cualquiera; por cuyo Senado-consulta parece que se introdujo, que pueda legarse el usufructo de aquellas cosas que se consumen ó se disminuyen por el uso.*” Ver Cuerpo Del Derecho Civil Romano: Istituta – Digesto 1^a 2^a y 3^a partes (1988, p. 518).

normal consistia em perdê-lo, não o destruindo materialmente, mas fazendo-o sair do patrimônio de quem faz parte e o transformando em sentido econômico.⁵⁰

Outra classificação baseada em critério muito semelhante era aquela que distinguia as coisas em fungíveis e não fungíveis. Fungíveis eram as coisas substituíveis por outras do mesmo gênero, porque eram igualmente adequadas para adimplir a mesma função econômico-social. Não fungíveis eram as coisas com individualidade própria, de maneira que não se consideravam indiferentemente substituíveis por outras.⁵¹

São divisíveis as coisas que se podia fracionar, mantendo cada fração seu valor ou utilidade econômico-social. Indivisíveis eram as coisas que, ao serem fracionadas, perdiam seu valor ou utilidade econômico-social. Destaca, todavia, Iglesias, a possibilidade da divisão jurídica de coisas fisicamente indivisíveis em frações ideais ou intelectuais, como, por exemplo, a copropriedade.⁵²

As coisas também eram classificadas, segundo sua constituição, em simples, compostas e complexas. Qualificavam-se como simples aquelas coisas unitárias percebidas singularmente. As compostas eram formadas pela união coerente de coisas simples da mesma natureza ou não. As complexas eram um conjunto de coisas simples que não estavam unidas entre si por algum laço material, mas que poderiam ser consideradas juridicamente como uma unidade. As implicações desta classificação eram relevantes do ponto de vista jurídico, como se pode ver, por exemplo, no comentário de Pomponio sobre a possibilidade da usucapião de coisas simples, compostas e complexas:

Pomponio (D. 41, 3, 30):

*Rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur. Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu, et graece [unitum] vocatur, ut homo, tignum, lapis, et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod [connexum] vocatur; ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex. Primum genus usucapione quaestionem non habet, secundum et tertium habet.*⁵³

⁵⁰ Ver Betti (1947, p. 362). Sublinha-se que esta classificação é pertinente para que se evite atribuir o conteúdo destinado às coisas consumíveis, para aquelas não consumíveis.

⁵¹ Betti (1947, p. 361-362).

⁵² Iglesias (1994, p. 213-214). Marchi conclui: “Pode-se reconhecer, finalmente, com apoio nas fontes papirológicas bizantinas e orientais [...], a tendência do direito justiniano para admitir de modo amplo e sem as restrições que se impunham em época clássica a figura da propriedade horizontal.” Marchi (1995, p. 90).

⁵³ “Si pregunta, si la mezcla que se hizo de algunas cosas interrumpe la anterior usucapion de cada una. Mas hay tres géneros de cuerpos: uno que está contenido por un solo espíritu, y que en griego se llama [unido], como el hombre, el madero, la piedra, y otras cosas semejantes; otro, que consta de componentes, esto es, de varias cosas unidas entre sí, que se llama [conexo], como un edificio, una nave, o un armario; y el tercero que consta de partes distantes, como muchos cuerpos no unidos, sino subordinados á un solo nombre, como un pueblo, una legión, o un rebaño. El primer género no admite cuestión respecto á la usucapion, el segundo y el tercero la admiten.” Cuerpo Del Derecho Civil Romano: Instituta

Existiu ainda entre os romanos a classificação das coisas como acessórias, partes e frutos. Acessórias eram as coisas que, unidas a outras para cumprir uma finalidade, assumiam um papel de apenas facilitar e não determinar por elas próprias o cumprimento de uma função, como, por exemplo, os instrumentos utilizados para a conservação de uma casa. Partes eram as coisas que contribuíam de um modo necessário e não acidental ao perfeito consumo ou funcionamento de um conjunto de coisas, considerado uma unidade maior, como uma vela em relação a um barco ou um telhado em relação a uma casa. Frutos eram os produtos que periodicamente podiam ser subtraídos das coisas sem alterar a sua essência, como o leite das vacas, a lenha dos bosques, o rendimento do dinheiro, etc.⁵⁴

Finalmente, é preciso destacar a classificação utilizada desde os tempos mais remotos, que distinguia as coisas em *res mancipi* e *res nec mancipi*, seguindo um critério do interesse social ou interesse individual sobre as coisas.⁵⁵

No período burocrático, quando a classificação das coisas em *res mancipi* e *res nec mancipi* não era mais utilizada, foi de certa forma substituída por outra com uma finalidade bastante próxima: coisas imóveis e coisas móveis. Esta nova classificação, estranha ao direito clássico, teve influências orientais, privilegiando um sistema de formas públicas e solenes para a alienação das coisas imóveis, que eram econômica e socialmente mais importantes.⁵⁶

Delinear, mesmo que brevemente, a maneira como os romanos visualizavam os direitos reais e classificavam as coisas, permite uma ampliada aferição do pensamento jurídico romano, possibilitando, a partir dela, definir o contexto das várias discussões referentes às origens da propriedade no Direito romano.

5 CONCLUSÃO

A propriedade, entendida como uma criação humana, tem acompanhado as transformações da civilização, assumindo mudanças de suas características em diferentes estágios da evolução do homem em razão de adaptações às necessidades das sociedades.

Na atualidade, o estudo do Direito romano busca o sentido genuíno das instituições e as soluções jurídicas romanas, partindo do estudo do *Corpus Iuris Civilis*, reacendendo o interesse dos pesquisadores em buscar mais elementos na história,

– Digesto 1^a 2^a y 3^a partes (1988, p. 343).

⁵⁴ Iglesias (1994, p. 215-216).

⁵⁵ Ver, principalmente, Bonfante (1918, p. 1-326) e Bonfante (1966, p. 201-216). Importante também é a publicação comentando os 100 anos da obra de Pietro Bonfante sobre a *res mancipi*. Ver Colognesi(1988, p. 111-154).

⁵⁶ Ver Iglesias (1988, p. 111-154).

especialmente na história romana, para os problemas atuais, com base na cultura da humanidade, guardadas as diferenças do mundo contemporâneo e romano.

No Direito romano clássico, a expressão *iuris in re* não coincide com o conceito jurídico hoje denominado de direito real. Os romanos não elaboraram um conceito de direitos reais e não tiveram um nome para representar estes direitos. Para os romanos, as classificações das coisas sempre tiveram um sentido prático porque não houve a preocupação de desenvolver uma teoria dos direitos reais, mas uma solução dos problemas cotidianos enfrentados.

A visão de propriedade do Direito romano, com certeza, reflete muito dos conflitos e analisa o caso concreto, pouco desenvolvendo o conceito abstrato dos institutos jurídicos. Isso evidencia que tomar um caso concreto como referencial único para todo o Direito romano é um equívoco, pois se trazido à baila outro caso concreto, pode levar a soluções diferentes, além do fato de se considerar as pessoas envolvidas e o local onde o caso concreto se desenrola, porque a sociedade romana foi uma sociedade de desiguais.

REFERÊNCIAS

ARANGIO-RUIZ, V. *Instituciones de derecho romano*. Tradução José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BETTI, E. *Istituzioni di diritto romano*. 2.ed. Padova: CEDAM, 1947. v. 1.

BIONDI, B. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1956.

BONFANTE, P. Corso di diritto romano: La proprietáparte 1. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1966. v. 2.

_____. *Historia del derecho romano*. Tradução Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944.

_____. *Scritti giuridici varii: proprietá e servitù*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1918. v. 2.

CLAVERO, B. *Institucion historica del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992.

COLOGNESI, L. C. A cent'anni dalle '*res mancipi*' di Pietro Bonfante. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 17.

CORREIA, A.; SCIASCIA, G.; e CORREIA, A. A. C. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. v. 2.

Maria Cristina Cereser Pezzella, Janaina Reckziegel

CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO: DIGESTO 6^a Y 7^a PARTES.

Tradução Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Lex Nova, 1988.

CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO: INSTITUTA – DIGESTO 1^a 2^a Y

3^a PARTES. Tradução Ildefonso L. García del Corral. Valladolid: Lex Nova, 1988.

DI PIETRO, A. *Derecho privado romano*. Buenos Aires: Depalma, 1996.

GADAMER, H. G. *Verdad y método I: fundamentos de una hermenéutica filosófica*.

Tradução Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 6.ed. Salamanca: Sígueme, 1996. (Colección Hermeneia).

GATTI, E. *Propriedad y dominio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

GRAZIANI, C. A *Il riconoscimento dei diritti reali*. Padova: CEDAM, 1979.

GROSSI, P. Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà ‘moderna’), In: *Il dominio e le cose – percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992.

GROSSO, G. *Problemi sistematici nel diritto romano: cose – contratti*. Torino: G. Giappichelli, 1974.

GUARINO, A. *Storia del diritto romano*. 11. ed. Napoli: Jovene Napoli, 1996.

IGLESIAS, J. *Derecho romano – historia e instituciones*. 11. ed. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *Estudios romanos de derecho e historia*. Barcelona: Ariel, 1952.

JÖRS, P.; KUNKEL, W. *Derecho privado romano*. Tradução L. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1965.

MARCHI, E.S. *A propriedade horizontal no direito romano*. São Paulo: Edusp, 1995.

MIQUEL, J. *Derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992.

ORESTANO, R. *Introduzione allo studio storico del diritto romano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1963.

PUGLIESE, G. Diritto – diritti soggettivi (diritti reali). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1988.

RABEL, E. *Grundzüge des römischen Privatrechts*. 2. ed. Basel: Benno Schwabe & Co, 1955.

RICCOBONO, S. *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*. 2. ed. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1949.

_____. *Roma, madre de las leys*. Tradução J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1975.

SCHULZ, F. *History of roman legal science*. London: Oxford University Press, 1953.

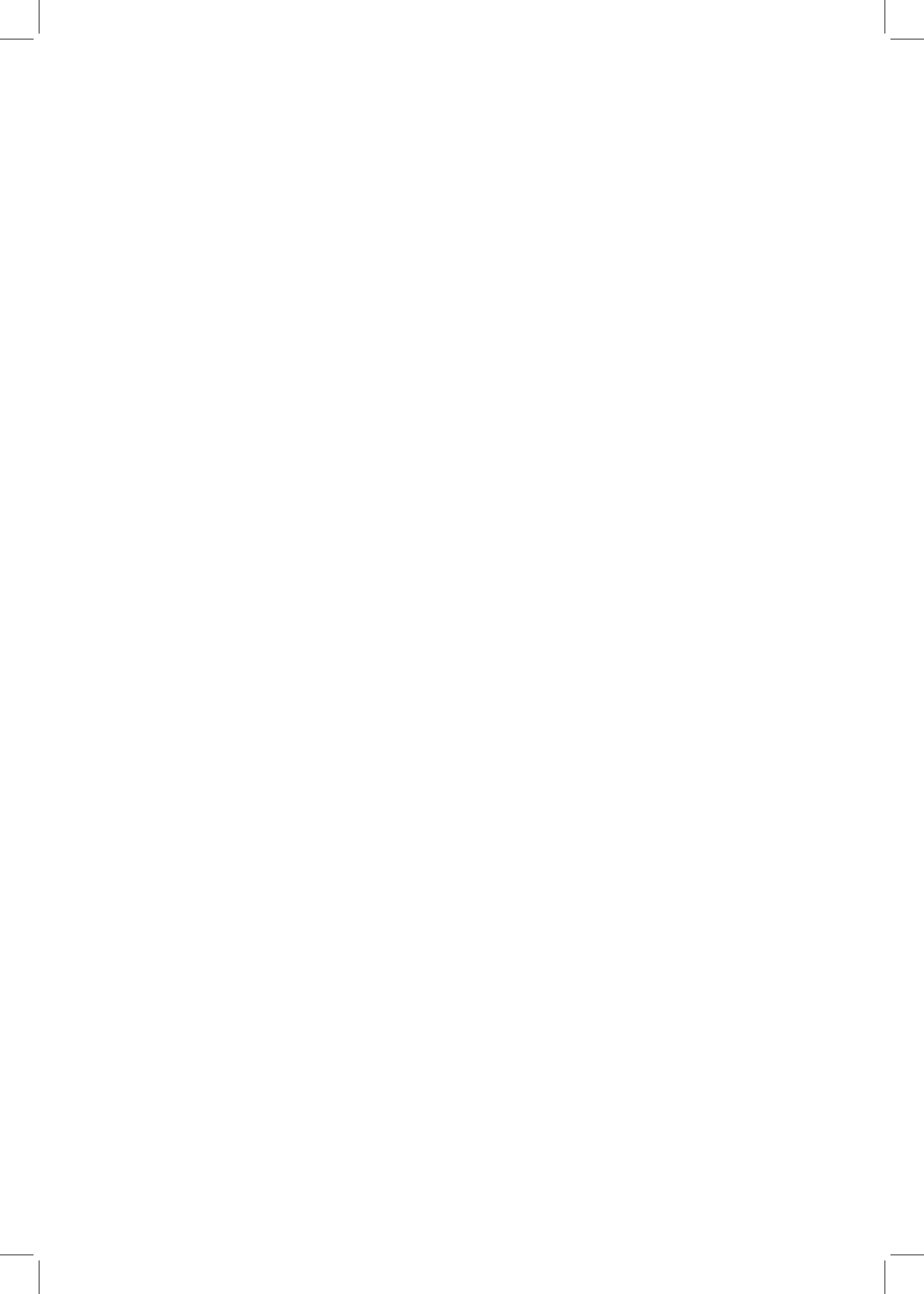
_____. *Principios del derecho romano*. Tradução Manuel Abellán Velasco. Madrid: Civitas, 1990.

SCIALOJA, V. *Teoria della proprietà nel diritto romano*. Roma: Anonima Romana, 1933. v. 2.

STAATSLEXIKON. Zeweiter Band, 7 Auff. Freiburg. u.a., 1986.

VILLEY, M. Acerca del sentido de la expresión 'ius in re' en el derecho romano clásico. In: *Estudios en torno a la nocion de derecho subjetivo*. Tradução de Alejandro Guzmán Brito et al. Valparaíso: Universitarias de Valparaíso, 1976.

WEBER, M. *História agrária romana*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1994.



LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO: UM EXAME SOBRE AS POSSÍVEIS LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Riva Sobrado de Freitas*
Matheus Felipe Castro**

1 INTRODUÇÃO

Tratando especificamente das relações que se estabelecem entre Liberdade de Expressão e discurso do ódio, o trabalho procurou promover, em primeiro plano, um estudo sobre a Liberdade de Expressão, referindo a sua importância para a construção da dignidade humana no Estado Moderno.

Para tanto, buscou estabelecer seu conteúdo a partir do século XVIII, momento em que se afirma definitivamente e passa a tomar parte nas constituições liberais, enquanto um direito fundamental.

Em verdade, a Liberdade de Expressão desdobrada em diferentes modalidades (Liberdade de Imprensa e Liberdade Religiosa) adquire relevância extrema para a afirmação da burguesia no período das Revoluções Liberais, quer como um instrumento de propagação das ideias revolucionárias (Liberdade de Imprensa), quer para a afirmação do Estado Laico, repelindo qualquer subordinação ou influência da Igreja Católica (Liberdade Religiosa).

Entretanto, a Liberdade de Expressão ao lado das demais liberdades, em face da importância de que se revestem para a construção da democracia liberal/burguesa sempre foram passíveis de punição na sua integralidade, com restrições mínimas aos moldes do *laissez-faire* e da não intervenção estatal.

De outra parte, estas liberdades assim referidas vão formar o conceito de dignidade humana nos moldes liberais.

Considerada desta forma, a Liberdade de Expressão tenderá a admitir o discurso do ódio como manifestação legítima, ainda que com prejuízo dos ofendidos.

* Professora de Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora adjunta-doutora aposentada da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”; Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo; Mestre e Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal; Investigadora do programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; rivafreit@ig.com.br

** Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, PR; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor adjunto de Direito Penal no Departamento de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina; Investigador do programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; advogado criminalista; matheusfelipedecastro@gmail.com

Por outro lado, quando tratamos do esgotamento do paradigma liberal e da afirmação do Estado Social, observamos o reconhecimento, pelo Estado, das assimetrias sociais e o compromisso que se estabeleceu (pelo menos ao nível da retórica) com a justiça redistributiva, necessária à pacificação social.

Assim, em um primeiro momento, constatamos que o Estado volta-se para as demandas oriundas do conflito capital/trabalho e, posteriormente, para as reivindicações dos movimentos emancipatórios, sempre em uma perspectiva de inclusão social, de modo a conferir legitimidade às suas decisões nas democracias contemporâneas.

A Liberdade de Expressão, pelo que observamos, passa então a ser tutelada com maior restrição, e o discurso do ódio, por se tratar de manifestação do pensamento com vistas a humilhar e a calar grupos minoritários, passa a ser repudiado e proibido pelos ordenamentos jurídicos, como forma de garantir a expressão das minorias e o exercício da cidadania.

Constatamos ainda, da leitura destas transformações, uma alteração profunda no conteúdo da dignidade humana, que abandona a perspectiva de se circunscrever unicamente às liberdades do século XVIII, para incorporar novos valores.

Considerando as alterações de conteúdo na dignidade humana e ainda os possíveis limites à Liberdade de Expressão, para garantir a participação de grupos minoritários, indagamos também no trabalho sobre a viabilidade de restrições de seu conteúdo com base na defesa da dignidade humana. A este respeito, levantamos as devidas ponderações e ressalvas, por se tratar a dignidade humana de um valor, que poderá ser revestido de conteúdos ideológicos distintos, cambiáveis no tempo e no espaço.

2 LIBERDADE E DIGNIDADE HUMANA: A LIBERDADE ENQUANTO UM VALOR ESSENCIAL À CONDIÇÃO HUMANA

Partimos da afirmação de que a dignidade humana equivale a um valor existente em sociedade e que corresponde a uma ideia de justiça e de adequação essencial ao desenvolvimento da vida humana em sua plenitude. Naturalmente, a opção por considerá-la um valor social flexibiliza substancialmente seu conteúdo, possibilitando alterá-lo em conformidade com as transformações sociais no tempo e no espaço em que estiver situado.

Dessa forma, ao longo da história observamos conteúdos distintos para a dignidade humana, consoante as variáveis políticas e sociais, havendo, pois, diferentes expectativas para a dignidade humana em constante revisão, de modo a corresponder aos novos valores sociais.¹

¹ Martins Costa (2002) com um conceito bem mais restrito de dignidade humana. Para ele, este conceito refere-se apenas à “última ratio da argumentação”, com o objetivo apenas de vedar o que está no limite da inumanidade.

Uma das primeiras aspirações na modernidade (século XVIII), no que se refere à dignidade humana, foi a afirmação da liberdade enquanto valor essencial à condição humana. Um espaço sem ingerência de terceiros, de modo a garantir a qualquer indivíduo a realização de seus próprios objetivos, sem o dever de obediência a outrem.

Naturalmente, a consciência da liberdade enquanto um poder de autodeterminação necessário à dignidade do ser humano é contemporânea às concepções ideológicas liberais do século XVIII, marcadas pela afirmação da burguesia frente ao absolutismo da monarquia de então. É importante ressaltar que a liberdade para os gregos era unicamente a prerrogativa conferida aos cidadãos de participar das decisões políticas e nisto diferenciava-se do liberalismo clássico.²

A técnica de tratamento implementada à época, consoante a leitura de dignidade humana promovida pelos liberais, consistia na consagração formal das liberdades (em Declarações de Direitos e cartas constitucionais) objetivando unicamente a proteção da autodeterminação individual quase absoluta, oponível somente ao Estado, ressaltando apenas o caráter negativo da tutela.

Várias críticas foram posteriormente empreendidas a esta técnica de tratamento, apontando, sobretudo, a sua superficialidade por não considerar as reais condições dos indivíduos inseridos em sociedade. Estas considerações partiram principalmente dos adversários das Revoluções Liberais, destacando-se, entre eles, os socialistas, como: Pierre Joseph Proudhon e Michael Bakunin e, posteriormente, Karl Marx e Friederich Engels. De outra parte, também a Igreja Católica formulou objeções à afirmação formal das liberdades e procurou fixar uma doutrina em oposição às teorias socialistas. O Papa Leão XIII, em 1891 divulgou a encíclica *Rerum Novarum*, pleiteando uma intervenção ativa do Estado na realidade social, promovendo a proteção dos menos favorecidos e relativizando as liberdades burguesas. Apontou também a importância das prestações positivas por parte do Estado com vistas à realização da liberdade.

De qualquer forma, ainda que eivada em sua origem (século XVIII) dos aspectos ideológicos do paradigma liberal vigente, as liberdades permaneceram como um direito de escolha até os dias atuais, apenas sofrendo alterações quanto às técnicas de tratamento implementadas pelos Estados contemporâneos. Caracteriza-se o modelo liberal pela tutela preferencialmente negativa, e o Estado Social pela técnica de tratamento mista: restritiva (negativa), mas também protetiva, em termos sociais, buscando compatibilizar o exercício das liberdades com as necessidades da coletividade.

Nesse sentido, observamos que a liberdade, quanto ao seu conteúdo, caracteriza-se por não haver submissão a outrem, no fato de não estar sob o controle de terceiros, e de não sofrer restrições impositivas, venham estas do Estado ou de outro indivíduo. Verificamos, portanto, uma inequívoca conotação de restrição dirigida a todos em sociedade, assegurando ao indivíduo o exercício da sua autodeterminação.³

² Coulanges (1971).

³ Burdeau (1972).

Este aspecto redutivo, em relação à intervenção de terceiros, é ressaltado por Burdeau⁴ quando discorre sobre liberdade: “liberdade é a ausência de todo e qualquer constrangimento.” Salienta o autor que esta poderá ser física ou espiritual, explicando que no segundo caso seria considerada como um sentimento de independência. Ressalta também a importância da liberdade como a faculdade de participar da elaboração das normas necessárias à manutenção da ordem social. Para o autor, o homem seria efetivamente livre, à medida que o poder não lhe pudesse impor atitude para a qual não houvesse dado consentimentos.

Nesse sentido, Berlin⁵ apresenta duas expectativas para o conceito de liberdade: a negativa, opositora a todo o tipo de ingerência e, nesse aspecto, em nada difere da grande maioria dos doutrinadores (*freedom of*); e a positiva, identificada pela expressão *freedom to*, enfocando a liberdade enquanto participação política, aproximando-se, nesta particularidade, a Burdeau.

Estas características estão compreendidas pela concepção liberal de liberdade. Entretanto, para o Estado Social, cuja legitimidade se funda no compromisso de harmonizar as assimetrias sociais, não basta apenas a garantia do poder de autodeterminação limitado por lei, fruto do consentimento geral. Há a necessidade de que a fruição da liberdade ocorra em conformidade com o interesse da coletividade, ou então tal compromisso não terá eficácia social. Observamos, portanto, a plena compatibilidade entre igualdade formal e o tratamento da liberdade no ideário liberal. De outra parte, a total compatibilidade entre igualdade material e o reconhecimento das assimetrias sociais, com as técnicas de tratamento dispensadas à liberdade pelo Estado Social.

Com o Estado Social observamos, ainda, a emergência de um novo conteúdo para a dignidade humana. Nesta nova leitura, as expectativas a serem contempladas apontam outros valores como forma de garantia de justiça. Então, para além das liberdades, na busca para contemplar os setores menos favorecidos da sociedade, foram incorporados os direitos sociais.

Para Laski,⁶ a liberdade é “[...] ausência de coação sobre a existência daquelas condições sociais que, na civilização moderna, são as garantias necessárias da felicidade individual.”

Verificamos que Laski também faz referência ao aspecto restritivo da liberdade, opondo limites à intervenção de terceiros, muito embora nos moldes já de um paradigma de Estado Social.

Muitos outros autores ainda poderíamos relacionar, mas, com certeza, verificaríamos a presença de ambas conotações atinentes à liberdade: a) o aspecto de negação a qualquer coação ou intervenção e b) a possibilidade apenas de submissão

⁴ Burdeau (1972, p. 10).

⁵ Berlin (1981).

⁶ Laski (1945, p. 17).

a normas para as quais, diretamente, ou por intermédio de seus representantes, houvesse dado consentimento, no Estado Liberal. Veríamos de outra parte no Estado Social, além destas características relacionadas, restrições à própria fruição da autodeterminação, como: função social da propriedade para além da realização do poder de polícia, condicionando as liberdades de maneira geral.

Concluimos, pois, que a liberdade consiste em um direito de escolha, exercido em determinada situação, circunstância ou espaço social, na qual o indivíduo ou um segmento social (para os casos de liberdade coletiva) exercem plenamente a sua autodeterminação. De outra parte, observamos que a liberdade é por definição limitada. Exclusivamente pela atividade legislativa, nos moldes liberais, com a indicação das condutas ilícitas e, no Estado Social, com restrições outras (além das já elencadas para o Estado Liberal) tendo em vista as necessidades sociais.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE: LEGALIDADE INFRACONSTITUCIONAL E DIGNIDADE HUMANA

Compreendendo a liberdade como um poder de autodeterminação, reconhecido pelo Estado e positivado em suas constituições, por se tratar de um direito fundamental, cumpre-nos indagar sobre as reais possibilidades de opor limites ao seu exercício.

Certamente, em qualquer circunstância, a liberdade ou as liberdades em espécie deverão respeitar os contornos da esfera de autodeterminação traçada pelo ordenamento jurídico, convivendo em harmonia com outros preceitos constitucionais, de modo a não discrepar da unidade sistêmica pretendida e, de outra parte, não deverão incorrer em condutas ilícitas, preestabelecidas pela legislação infraconstitucional.

Dessa forma, a lei, enquanto decisão oriunda da soberania popular, teria legitimidade incontestável para lhe oferecer restrições, indicando as condutas ilícitas quanto ao seu exercício. Entretanto, para os casos em que a legislação ordinária fosse silente, poderíamos invocar o princípio da dignidade humana para opor limites à fruição das liberdades de maneira geral? Nos casos em que o princípio da dignidade humana tem previsão constitucional, como é o caso brasileiro (art. 1º, III, da Constituição Federal), pela natural irradiação que os preceitos constitucionais devem proporcionar às situações concretas em sua interpretação, esta possibilidade seria defensável, todavia, nem sempre haveria consenso a respeito, especialmente para os casos de não previsão constitucional.

Considerando, por outro lado, as possibilidades de restrição ao exercício das liberdades promovida pela legislação ordinária, forma tradicional prevista pela maioria dos ordenamentos jurídicos de tradição romano/germânica, haveria maior consenso a respeito, desde que não fosse colocada a liberdade em tela como um valor de hierarquia superior aos demais direitos fundamentais.

Assim, passamos a discorrer sobre o mecanismo suprarreferido, em uma tentativa de melhor compreender a natureza das restrições impostas à fruição das liberdades em espécie, por meio de legislação infraconstitucional.

Entre as variáveis de comportamento em face do dever ser estatal, identificamos apenas três possibilidades de ação para o indivíduo: ou ele está obrigado ao cometimento de um ato; ou está proibido a empreendê-lo; ou, ainda, para aquela circunstância estabelecida por lei existe a garantia de escolha da conduta mais adequada. Trata-se, este último caso, da liberdade: um direito à autodeterminação reconhecido pelo Estado.

Entretanto, mesmo havendo previsão legal para escolha, a liberdade não poderá ser exercida de forma ilimitada. É fundamental o entendimento de que a escolha, por definição, apresenta limites quanto ao seu exercício. Qualquer conduta que ultrapasse os limites dessa esfera de autodeterminação poderá ser objeto de repressão. Assim, por exemplo, a liberdade de Manifestação do Pensamento estabelecida pelo ordenamento jurídico não autoriza a calúnia ou a injúria, condutas estas situadas para além da possibilidade de escolha, garantida pela liberdade de expressão. Nesse sentido, poderíamos observar outro exemplo: a liberdade de Culto Religioso. Esta não é compatível com o sacrifício de crianças, ainda que este esteja previsto em algum ritual religioso. São, pois, condutas inadmissíveis, reprovadas pela sociedade, que ultrapassariam os limites da liberdade de culto religioso, passíveis, portanto, de uma ação repressiva estatal.

A liberdade, quando inserida e tutelada pelo ordenamento jurídico faz contraponto com a legalidade, por ele mesmo estabelecida, que lhe oferece os limites de atuação e escolha. Objetiva-se que o indivíduo poderá, no exercício da liberdade, escolher livremente até encontrar uma lei que lhe imponha uma obrigação ou uma proibição. Deverá, então, autodeterminar-se até que uma lei disponha em sentido contrário à sua escolha. A proibição e a obrigação quando objeto de lei (espécie normativa originada do legislativo) constituem os limites ao exercício da liberdade.

Dessa forma, temos o núcleo da liberdade tutelada diretamente pela Constituição, por se tratar de Direito Fundamental. Entretanto, os contornos que lhe estabelecem limites estão disponibilizados mediante leis do ordenamento jurídico que impõem obrigações ou proibições.

É importante ressaltar que estes limites deverão se originar em leis no sentido estrito, ou seja, no ato normativo originado do Congresso Nacional. O sentido para este entendimento é preciso: a limitação para o exercício da liberdade somente poderá advir de decisão para a qual houve consentimento popular. Assim, somente a lei enquanto decisão oriunda da soberania popular (diretamente ou mediante seus representantes) teria legitimidade para opor limites ao exercício da liberdade. Por extensão, consoante Ferreira Filho⁷ outros atos normativos primários seriam capazes também de estabelecer tais limites: medidas provisórias e leis delegadas.

⁷ Ferreira Filho (1988).

Verificamos, pois, que os limites ao direito de escolha somente poderão ser interpostos pela vontade popular, expressa por intermédio de leis, buscando sempre a defesa do interesse da coletividade, na proteção do direito de todos. Decretos regulamentares, portarias e outros dispositivos não teriam legitimidade popular para tanto, e seriam tentativas infrutíferas em face da legalidade exigível para o caso em tela.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE CONVICÇÃO: SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES

A Liberdade de Pensamento enquanto modalidade de liberdade considerada em si mesmo, antes de sua comunicação dirigida à sociedade, pouco interesse tem despertado para a diversidade dos doutrinadores na área do direito. Em verdade, compreende-se tratar de matéria unicamente atinente ao próprio indivíduo e sua esfera intelectual, sem interesse à sociedade e ao ordenamento jurídico.

Em que pese esta afirmação desconsiderar a importância dos formadores de opinião (proselitismo), ou da mídia, ou, ainda, a força da propaganda para além de eventuais manipulações dos fatos veiculados, capazes de condicionar o pensamento; tal entendimento, ainda hoje, é ensinado de forma recorrente. A preocupação com a tutela da liberdade na própria elaboração do pensamento tem sido relegada a segundo plano.

Entretanto, parece não haver dúvidas no que se refere à tutela do pensamento quando ele se desloca do foro íntimo, ou simples função psíquica para a palavra manifesta. Tutela-se, portanto, a Liberdade de Manifestação do Pensamento quando dirigida ao público, ou em caráter sigiloso. De igual maneira esta proteção alcança a palavra escrita, ainda quando veiculada pela imprensa.

Observamos, então, que a Liberdade de Pensamento ganha expressão como uma liberdade primária, da qual outras liberdades são derivadas.⁸ O Ser Humano, social por excelência, sente a necessidade de transmitir seu pensamento, de forma direta e imediata, quando se encontra em presença de outro homem. Temos, então, a Liberdade de Pensamento, que poderá ter caráter público ou sigiloso. Entretanto, quando houver entre o Ser Humano que emite o pensamento e a pessoa que o recebe, um veículo de comunicação (imprensa, televisão, rádio, etc.), temos para o caso descrito o desdobramento de mais um aspecto da proteção: a Liberdade de Imprensa, ou a tutela do Direito de Informar, essencial à consolidação da democracia nos Estados contemporâneos. Consistem, ambos, no direito de veicular livremente o pensamento e os fatos, sem submetê-los à censura de qualquer natureza.

Como decorrência do Direito de Informar (liberdade individual) afirma-se o direito da coletividade à informação. Observa-se, portanto, o deslocamento da liberdade individual (liberdade de imprensa) para o direito de caráter difuso: o

⁸ Colliard (1972).

Direito da coletividade à informação.⁹ De outra parte, entre as liberdades que focam o pensamento, ressaltamos a necessidade de uma distinção. Esta refere-se aos casos em que o pensamento abandona a singeleza de um simples pensar, sem grandes comprometimentos, para transformar-se em uma convicção de cariz filosófico ou religioso. Nesses casos, as repercussões são profundas e transformadoras na órbita do comportamento humano. Uma convicção, tenha ela natureza filosófica ou religiosa, não se restringe apenas ao foro íntimo, implica a externalização de um agir em sociedade, consoante a ideologia adotada. Torna-se, inclusive, muito difícil a identificação de uma convicção. Invariavelmente, aquele que a possui evidencia um comportamento pertinente ou uma atitude intelectual consoante à convicção de sua escolha.

Assim, por exemplo, aquele que adotou por convicção a filosofia Vegan,¹⁰ terá o hábito de alimentar-se sem a ingestão de alimentos derivados de animais, por convicções éticas de respeito a estes. Também vai apresentar-se vestido com tecidos não especistas, como couro, seda, lã, etc. Verificamos, portanto, que a convicção não constitui apenas um pensamento fortuito, facilmente cambiável, mas, ao contrário, implica a reprodução de hábitos comportamentais próprios a esta convicção. Não se trata de proselitismo, ou do simples ato de manifestar o pensamento. Falamos de uma interação em sociedade pautada pela convicção.

Situação equivalente há de ser observada quando a convicção recai sobre as religiões em geral. É comum encontrarmos padres fora de seus templos católicos envergando vestimentas sacerdotais, como batinas e crucifixos; judeus exibindo em festas ou em público, nas ruas, sua Kipa e a utilização das burcas por mulheres muçulmanas.

Ao observarmos tais fatos somos levados a concluir que o respeito à liberdade de convicção (filosófica, política ou religiosa) não pode se restringir apenas à Liberdade de Culto Religioso ou à Liberdade para a criação de partidos políticos ou agremiações para a veiculação de ideologias. Sem dúvida, a tutela dessas liberdades é fundamental à garantia da liberdade de convicção. Entretanto, o que se ressalta aqui é a necessidade de uma proteção mais ampla para a Liberdade de Convicção. Esta deve compreender o respeito à exteriorização de um comportamento, para além dos templos religiosos, consentâneo com a convicção, como forma de garantia da dignidade de cada um, em sua diversidade.

Ainda, como Liberdade de Convicção, apontamos também a importância do direito de criar a sua própria religião, bem como de não seguir nenhuma, adotando o ceticismo.

⁹ Greco (1974).

¹⁰ Vegan é a terminologia utilizada na língua inglesa; no português utiliza-se a palavra vegano. Porém, termo esse bem menos conhecido do que o primeiro citado. Para saber mais sobre essa filosofia acessar o site <www.americanvegan.org>.

5 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERALISMO: TÉCNICAS DE TUTELA PROMOVIDAS PELO ESTADO LIBERAL

Com vistas a desenhar uma estrutura organizacional para os Estados modernos, afastar definitivamente os regimes absolutistas e estabelecer as bases para a implementação das democracias modernas, ganha força na segunda metade do século XVIII o movimento social conhecido como: “Constitucionalismo”.

Com pretensões jurídico-políticas, este movimento teve por objetivo implantar, por meio das cartas constitucionais escritas, um sistema que ao mesmo tempo pudesse estabelecer limites irreversíveis ao exercício do poder do Estado e garantir, em contrapartida, os direitos essenciais do cidadão.

Tratou-se, portanto, de um movimento em defesa das constituições, mas, sobretudo, uma proposta política de cunho ideológico/revolucionário com vistas a promover limites ao exercício do poder da monarquia absolutista para garantir, em contrapartida, o mais amplo poder de autodeterminação para a burguesia emergente.

Dessa forma, quando consideramos a dimensão social e política do movimento constitucionalista, a partir de meados do século XVIII, devemos, sobretudo, ressaltar sua importância para as Revoluções Liberais e a ascensão da burguesia que constituíram referências relevantes para a derrocada do absolutismo e a definição do paradigma liberal clássico.

Para o segmento social burguês, expressivo em termos econômicos, a referência central foi a luta em defesa das liberdades como valor essencial à dignidade humana e a construção de um Estado com ingerência mínima quanto ao poder de autodeterminação de seus cidadãos: o Estado Gendarme.

De outra parte, a criação do Estado moderno representou também, e de maneira inequívoca, a opção por uma racionalidade laica, baseada em ideias iluministas que, entre tantas propostas, também repeliu qualquer subordinação aos preceitos religiosos, afirmando a autonomia entre o pensamento político e o religioso.

O Estado moderno situa-se, portanto, ligado a esta nova racionalidade política que ganha expressão no século XVIII e surge laico, em oposição ao Estado Confessional.

Quanto ao Estado Moderno laico é interessante notar também que ele não adota uma ideologia irreligiosa ou antirreligiosa. A convivência entre as esferas temporal e espiritual traduz-se em autonomia e reciprocidade e não significa confronto entre Estado e Igreja.

Dessa forma, podemos observar que a construção histórica de afirmação das liberdades tem início com a proteção da liberdade religiosa em uma tentativa de demarcar os espaços ocupados pelo pensamento político e o ideário religioso. No século XVIII a grande maioria dos Estados reivindicam princípios laicos, como forma de afastar a Igreja Católica de qualquer ingerência política.

No que se refere à reciprocidade e autonomia entre religião e política, John Locke manifesta-se em sua obra *Epístola sobre a tolerância*, afirmando que o poder político não deve emitir juízos sobre religião, por não ter legitimidade ou competência para elaborar conceitos em matéria de fé. De outra parte indica que a Igreja deve se restringir ao campo exclusivamente espiritual, por meio do culto a Deus, sem qualquer ingerência em bens terrenos e, sobretudo, não utilizar-se da força como elemento de persuasão. A adesão à fé, segundo o autor, deve advir espontaneamente, pela formação livre de uma convicção religiosa.

John Milton em 1644, em sua obra *Areopagítica* defende a Liberdade de Expressão enquanto livre discussão de ideias e expõe suas críticas à coação como forma de impor uma vontade externa. Também aponta os livros como repositórios da sabedoria da vida, considerando a censura um homicídio à própria razão.

Voltaire¹¹ redige o *Tratado da Tolerância* baseado no assassinato de Marc Antoine, filho de Jean Calas, pelo seu próprio pai, para impedi-lo de converter-se ao catolicismo.

Voltaire é ainda responsabilizado por autores, como Lee¹² e Brugger,¹³ inclusive por ter estabelecido argumentos para o discurso do ódio na defesa da Liberdade de Expressão e da Convicção Religiosa.

O que nos parece interessante ressaltar neste momento é a importância que a defesa das Liberdades de Expressão e de Convicção Religiosa adquirem para a edificação do Estado moderno e afirmação do paradigma liberal: a liberdade de Expressão do Pensamento torna-se essencial, como forma de garantir a vinculação e propagação dos ideários das Revoluções Liberais e, de outra parte, a Liberdade de Convicção Religiosa opõe limites ao poder político da Igreja Católica, procurando afastá-la de qualquer ingerência nesta área.

Assim, descartada a monarquia absolutista com a construção do Estado mínimo e a divisão das funções do poder estatal, estabelecidas em cartas constitucionais e, ainda, afastada a ingerência da Igreja em assuntos políticos, pode então a burguesia ascender de forma irreversível ao cenário político da modernidade.

Estas transformações, como forma de evitar eventuais retrocessos, aparecem firmadas nas Declarações de Direitos posteriores às Revoluções Liberais.

A Revolução Americana de 1776 proclama as Declarações de Direitos dos Estados Americanos de 1776 e dá lugar à edição da Declaração da Virgínia de 1776. A Liberdade de Convicção Religiosa acha-se mencionada no seu artigo 16. A Igualdade formal também vem garantida na seção 4, e o artigo 12, por sua vez, positiva a Liberdade de Imprensa como garantia à Liberdade de Expressão.

Em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão lança os fundamentos para a afirmação da ordem liberal, conclamando a relevância das

¹¹ Voltaire (2000).

¹² Lee (1990).

¹³ Brugger (2007).

constituições para este propósito (artigo 16). Nesta oportunidade, evidencia uma clara opção pelo laicismo, estabelecendo (artigo 10) a Liberdade de Opinião, inclusive a religiosa, desde que a sua manifestação não confronte a ordem pública.

Observamos, ainda, nesta declaração, a consagração do princípio da igualdade na sua dimensão formal, ao lado das afirmações das liberdades enquanto direitos fundamentais do Homem.

Entre as principais características do paradigma liberal firmado à época pelas Revoluções Liberais e Declarações de Direitos, destacamos algumas que nos parece contribuir para o tema desenvolvido:

- a) A defesa das liberdades enquanto poder de autodeterminação oponível ao Estado, cuja afirmação torna-se essencial à garantia da dignidade humana, consoante as expectativas da burguesia no século XVIII;-nário, consolidando o espaço apropriado à implementação da liberdade econômica e seus derivativos, necessários ao desenvolvimento da economia nos moldes burgueses;
- b) As Liberdades de Expressão e de Convicção Religiosa ganham especial destaque no período revolucionário, consolidando o espaço apropriado à implementação da liberdade econômica e seus derivativos, necessários ao desenvolvimento da economia nos moldes burgueses;do segmento burguês em ascensão, mas exclui os setores subalternos da sociedade;
- c) A igualdade é formalmente declarada como um atributo próprio da Humanidade, sem as necessárias considerações sobre assimetrias reais da sociedade. A igualdade formal contempla perfeitamente as necessidades do segmento burguês em ascensão, mas exclui os setores subalternos da sociedade;
- d) A defesa de um Estado de mínima ingerência na vida econômica e social, sem o compromisso com as demandas dos setores subalternos da sociedade. Tal proposta, atende perfeitamente à necessidade plena de autodeterminação propugnada pelo segmento burguês em ascensão.

Dentro deste cenário, no qual se desenvolve o paradigma liberal clássico, as técnicas de tratamento implementadas para a tutela das liberdades serão extremamente permissivas, à medida que o Estado que as garante se abstém de qualquer intervenção, consoante o princípio do *laisser-faire*. De outra parte, para o segmento burguês, a defesa das liberdades de forma irrestrita está intimamente ligada ao exercício da sua cidadania enquanto ator social: plena, livre e sem restrições.

Dessa forma, dentro da perspectiva liberal/burguesa, as liberdades em geral e em especial a Liberdade de Expressão devem ser fruídas sem restrições, justificando inclusive a exclusão social de setores subalternos da sociedade.

Em face dos argumentos apontados haveria, no que se refere à Liberdade de Expressão, plena justificativa para a proteção do discurso do ódio, discriminatório que é na sua essência, ainda que pudesse significar a exclusão social de grupos sociais minoritários.

6 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ESTADO SOCIAL: O RECONHECIMENTO DAS ASSIMETRIAS SOCIAIS

Com a afirmação das concepções liberais seguiu-se um período extremamente propício à concentração de capital e desenvolvimento tecnológico, entretanto, é forçoso reconhecer que a evolução gerada pela implementação do ideário liberal não ocorreu de forma linear. Ao contrário, a capacidade para a concentração de riqueza criou condições favoráveis ao surgimento das crises cíclicas na economia do mundo ocidental, que desencadearam as Guerras Mundiais do século XX, evidenciando as contradições do sistema econômico liberal.

A partir de então foi possível observar a afirmação do paradigma de intervenção estatal em substituição à ordem liberal de intervenção mínima e a emergência do Estado Social de corte intervencionista, com o escopo de solucionar as falhas da liberdade de mercado.

Para tanto, o Estado passou ao reconhecimento das assimetrias sociais, promoveu o controle da economia (incentivando seus setores vitais) e procurou implementar a justiça redistributiva necessária à pacificação dos conflitos sociais.

O reconhecimento pelo Estado Social de novos atores, com expectativas específicas, distintas das tradicionais demandas burguesas (o proletariado) levou à reconfiguração do conteúdo da dignidade humana pela incorporação de novos direitos (direitos sociais) oriundos das reivindicações dos grupos sociais subalternos.

Assim, constatamos a incorporação paulatina dos direitos trabalhistas e previdenciários ao rol das liberdades já assimiladas pelo conteúdo da dignidade humana, como forma de administrar o conflito capital/trabalho.

Posteriormente, já na década de noventa do século XX, mais conhecida como a época do “pós-socialismo”, observamos uma realidade bastante distinta no que se refere à esfera social. A fragmentação do tecido social tornou-se evidente com a emergência de grupos organizados, com reivindicações próprias, que imprimiram modificações profundas à sociedade contemporânea.

Em verdade, estas novas expectativas geraram solicitações que privilegiaram, sobretudo, as diferenças existentes entre os vários setores sociais, confrontando-

os com os valores tradicionais que atribuíram ao Estado a responsabilidade pela minoração das desigualdades, deixando em segundo plano a diversidade.¹⁴

Este descompasso entre o valor básico que fundamentou o Estado Social, qual seja, a diminuição das desigualdades sociais e os valores denominados “pós-materialistas”, que buscam, sobretudo, a qualidade de vida (ecologia, lazer, etc.), muito contribuiu para a transformação dos Estados intervencionistas de cunho social.

Dessa forma, outros tipos de injustiças, para além da luta do proletariado se fizeram presentes e buscaram seu reconhecimento, pontuando descontentamentos e distorções que não seriam solucionados unicamente por meio da justiça redistributiva.

De outra parte, a ideia do reconhecimento dos mais variados grupos sociais implicou a necessidade de garantir a liberdade de expressão para estes segmentos minoritários como forma de viabilizar sua participação política, com vistas à construção de uma democracia pluralista, em uma perspectiva de inclusão social.

As lutas e as exigências de justiça destes movimentos libertários estão referidas na importância do reconhecimento de suas diversidades, secundarizando, para tanto, muitas vezes, dimensões ontológicas relevantes que poderiam ativar reflexões políticas mais abrangentes (ex: construção de um projeto comum emancipatório contra a opressão), do que uma simples retórica de conteúdo moral e apelo ao reconhecimento das diferenças.

Quando observamos esta dinâmica própria dos movimentos sociais contemporâneos, constatamos a importância da qual se reveste a Liberdade de Expressão para a construção da democracia pluralista que se afirma na atualidade. O novo imaginário da era “pós-socialismo”, quando fez emergir movimentos emancipatórios renovou as expectativas quanto ao exercício das Liberdades de Pensamento. Estas transformaram-se em veículos relevantes à propagação das ideias necessárias à construção de um novo referencial para a dignidade humana, possibilitando a formação da identidade de grupo, intercâmbio de opiniões e experiências, e, ainda, a exposição de suas reivindicações.

Para fazer frente às novas demandas, especialmente aquelas ligadas à etnia, ao gênero e às discriminações das mais variadas, foram formuladas políticas públicas sociais de inclusão, sempre dentro de uma perspectiva de proteção das diversidades originadas dos setores desfavorecidos.

Portanto, para o Estado contemporâneo, a Liberdade de Pensamento tem caminhado juntamente com a defesa da dignidade destes segmentos minoritários. Dessa forma, o paradigma estatal de intervenção, dentro de uma perspectiva de inclusão, seria ideologicamente incompatível com a proteção do discurso do ódio, à medida que tal manifestação é, em essência, segregacionista e tem por objetivo humilhar e calar a expressão das minorias.

¹⁴ Rosanvallon (1997).

7 DISCURSO DO ÓDIO: A BUSCA DE UM CONCEITO OPERACIONAL

Em verdade trata-se o discurso do ódio, de uma variável da Liberdade do Pensamento e, como tal, enquanto apenas sentimento de rejeição ou ódio não externado, não tem interesse para o mundo jurídico. Entretanto, quando manifesto, o discurso do ódio repercute como expressão do pensamento e de acordo com Waldron¹⁵ passa a gerar efeitos nocivos que poderão perdurar no tempo, de acordo com o veículo de transmissão utilizado.

Assim, a palavra veiculada oralmente, dirigida ao público trará impacto imediato, mas se impressa e publicada, poderá promover um dano que permanecerá ao longo do tempo. Consequentemente, é possível afirmar que um discurso consoante o meio de divulgação escolhido promoverá maior impacto.¹⁶ Nestes casos teríamos com o advento das novas tecnologias (internet) a viabilidade de um prejuízo em escala mundial trazendo, ainda, uma dificuldade maior no que diz respeito à questão do anonimato e sua investigação de autoria.¹⁷

Na busca de um conceito operacional para o discurso do ódio (*hate speech*), observamos que este apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais.

Tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado “diferente”, quer em razão de sua etnia, opção sexual, condição econômica, gênero; para promover a sua exclusão social.

A este respeito observamos Thweatt¹⁸ em suas considerações sobre o discurso do ódio ressaltar que, para além das discriminações de grupos minoritários, o foco central do ódio é a desvalorização do outro.

Por outro lado há de se pontuar o dano difuso provocado. Em verdade, ainda que um indivíduo seja referido neste discurso haverá violência ao segmento social ao qual ele pertence, na sua integralidade. Trata-se, portanto, de um dano não divisível, difuso em sua abrangência.¹⁹ De outra parte, é possível observar que tal discriminação indica não apenas uma diferença, mas uma assimetria entre duas posições: uma supostamente superior, daquele que expressa o ódio e outra inferior, daquele contra o qual a rejeição é dirigida.

O objetivo pretendido é humilhar para amedrontar pessoas ou grupos sociais evidenciando que, por suas características específicas, não são dignos da mesma participação política.²⁰ Calar, excluir e alijar são propósitos da manifestação do ódio.

¹⁵ Waldron (2010).

¹⁶ Leal da Silva et al. (2011).

¹⁷ Machado (2002).

¹⁸ Thweatt (2001).

¹⁹ Silveira (2007).

²⁰ Waldron (2010).

Alguns autores, como Lee²¹ atribuem a Voltaire a responsabilidade pela defesa do discurso do ódio, enquanto manifestação legítima do pensamento, necessária à afirmação da democracia. Para estes casos a tolerância deveria provir dos setores discriminados que suportariam as ofensas originadas dos discursos em nome da defesa da democracia.

Esta é, por exemplo, a proposta de Escámez²² que propugna pela “Tolerância como uma resposta frente à humilhação das sociedades modernas.”

Sem dúvida, a democracia considerada pelos padrões liberais burgueses contemplaria a Liberdade de Expressão, exercida em sua plenitude, compreendendo, inclusive, a manifestação do ódio. Assim, haveria prevalência da Liberdade de Expressão sobre a dignidade dos ofendidos.

De outra parte, a aceitação de discursos do ódio legitimaria a competição entre eles, sempre com a crença de que o melhor discurso prevaleceria, cabendo aos ofendidos aguentar a rudeza da violência levada a efeito.

Entretanto, se enfocarmos a democracia contemporânea que se afirma em sua pluralidade, a tolerância significa respeito à alteridade e à personalidade do ofendido, conseqüentemente, o discurso do ódio, à medida que tende a inviabilizar o caráter comunicativo da Liberdade de Expressão não pode ser aceito, quer pelo desrespeito aos direitos do ofendido, quer porque busca a sua exclusão do exercício da cidadania, comprometendo a própria democracia.

Observamos, portanto, que a proteção ou proibição do discurso do ódio é matéria controvertida e os sistemas jurídicos, refletindo a opção política/ideológica do paradigma estatal ofenderá tratamentos distintos ao tema: os Estados liberais tenderão a valorizar a Liberdade de Expressão de forma irrestrita, protegendo na prática o discurso do ódio,²³ enquanto que os Estados sociais oporão limites à Liberdade de Expressão como forma de proteger a manifestação dos grupos minoritários para legitimar as decisões em suas democracias.

8 DISCURSO DO ÓDIO: TUTELAS DISTINTAS EM DIFERENTES PAÍSES

8.1 ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, a primeira emenda da sua Constituição apresenta vedação expressa ao Congresso, no que se refere à atividade legislativa, destinada a opor limites à Liberdade de Expressão, bem como à Liberdade de Imprensa.

²¹ Lee (1990).

²² Escámez (2005, p. 11).

²³ Brugger (2007).

Dessa forma, a Suprema Corte estadunidense tem sistematicamente protegido o discurso do ódio como forma de garantir a Liberdade de Expressão, inclusive desprestigiando outros valores. Entretanto, segundo Fiss,²⁴ nem sempre isto ocorre dessa forma; houve momentos em que ganhou destaque o entendimento de que a Liberdade de Expressão deveria sofrer restrições. Esta situação ocorreu quando se pretendeu a supressão do Partido Comunista nos Estados Unidos, sob a justificativa da necessidade de inviabilizar a propagação do stalinismo.

O maior perigo, entretanto, no que se refere ao discurso do ódio, não é a persuasão do discurso a outros membros da sociedade, ao contrário, é a imposição autoritária de ideias preconceituosas com o propósito de fazer calar grupos minoritários.²⁵

Decisão importante, reveladora desta proteção, está referida no caso *Brandenburg versus Ohio* em 1969, em que um indivíduo líder da Ku Klux Klan foi condenado pela Suprema Corte de Ohio por apologia ao crime, ao defender a violência e os métodos de terrorismo como meio de empreender reforma política e industrial.

Em uma reunião filmada por um jornalista convidado, havia ainda o pronunciamento de palavras de ordem valorizando brancos e depreciando negros e judeus.

Esta decisão foi revertida pela Suprema Corte estadunidense. Os juízes Black e Douglas entenderam que a doutrina do perigo claro e eminente de dano (*clear and present danger*) não deveria ser considerada em tempos de paz, na interpretação da primeira emenda da Constituição. Constatou ainda a Corte, a falta de evidência do incitamento porque a Ku Klux Klan defendeu ideias abstratas e com convicção, não tendo o governo o poder de invadir o espaço da crença.

Outra decisão no sentido da proteção do *hate speech* aparece descrita no caso *R.A.V. versus City of Saint Paul* (1992) Minnesota.

Nesta oportunidade, alguns adolescentes foram presos por invadir o quintal de uma família afrodescendente e atear fogo a uma cruz. A Suprema Corte de Minnesota, com base em legislação estadual que tipificava crimes motivados por preconceito entendeu que tal ato consistia em clara demonstração de depreciação em razão de raça e proferiu a condenação.

A Suprema Corte estadunidense, entretanto, reverteu, também, esta decisão considerando, inclusive, inconstitucional a Lei do Estado de Minnesota, porque esta estabelecia restrições para preconceito, envolvendo raça, cor, credo religioso, etc.; proibindo palavras de ordem que contivessem o discurso do ódio.

Argumentou, ainda, que o governo não pode regular categorias de discurso com base em hostilidades ou favoritismos, como os discursos depreciativos em razão de raça, por exemplo. Estas manifestações estariam protegidas pela Liberdade de Expressão e pela primeira emenda da Constituição estadunidense.

²⁴ Fiss (2005).

²⁵ Fiss (2005).

8.2 ALEMANHA

Em países como a Alemanha, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, observa-se preocupação clara com a regulação da Liberdade de Expressão e a repercussão do discurso do ódio.

Sem dúvida, a Liberdade de Expressão constitui direito fundamental, mas convive com o princípio da dignidade humana e lhe opor limites.

É importante ressaltar também que o princípio da dignidade humana adquire valor máximo de hierarquia no ordenamento jurídico alemão consagrado no artigo 1º da Lei Fundamental, Constituição promulgada no pós-guerra conhecida como a Lei Fundamental de Bonn.²⁶

Dessa forma, haverá sempre a ponderação entre a Liberdade de Expressão e outros direitos fundamentais.

Para os casos de violação de um direito constitucional, a solução ocorrerá pelo princípio da proporcionalidade, com base em uma análise multinível consoante Brugger.²⁷

Por outro lado, é importante mencionar também que a negação do holocausto não é considerada manifestação do pensamento possível. Para a Alemanha, trata-se de negação de fato ocorrido e não de mera expressão do pensamento.

Este entendimento advém do julgado da Corte Constitucional alemã de 1994, que se posicionou sobre a tese revisionista do historiador David Irving, sobre a não existência do holocausto, como um dado histórico.²⁸ Caso relevante, entretanto, ocorrido na Alemanha, na década de 1990, refere-se à condenação de alguns indivíduos por crime de insulto às Forças Armadas.

Estas pessoas foram condenadas pela distribuição de cartazes que continham afirmações de que os soldados eram assassinos em potencial.

A Corte Constitucional alemã discutiu a condenação, entendendo que não havia hipótese de crime contra a honra, à medida que não havia acusação de homicídio dirigida a nenhum soldado. Tratava-se apenas de um protesto contra a guerra.

Observa-se, portanto, que a Liberdade de Expressão foi privilegiada pelo Tribunal Constitucional alemão, neste caso, em tela.²⁹ Constatamos, então, que o discurso do ódio tende a ser rejeitado pelo modelo alemão de abordagem. Entretanto, vale ressaltar que a Liberdade de Expressão será sempre tutelada como um direito fundamental.

²⁶ Silveira (2007).

²⁷ Brugger (2002).

²⁸ Sarmiento (2006).

²⁹ Brugger (2002).

8.3 BRASIL

No Brasil, a Liberdade de Expressão é constitucionalmente prevista como um direito fundamental (art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988). Sua tutela consiste na consagração da plena autonomia para o seu exercício, vedando apenas o anonimato como forma de evitar a verbalização do discurso sem a devida responsabilidade.

Entretanto, é importante ressaltar que esta liberdade, como as demais, não é de fruição ilimitada. Está referida no sistema constitucional pelo princípio da legalidade. Assim, consoante o art. 5º, II da CF/88, a possibilidade de escolha estará sempre limitada pela integralidade do ordenamento jurídico; em normas constitucionais, quando terá de conviver com outros valores também prestigiados pela constituição, como a dignidade humana, direitos de personalidade, etc.; pelas normas infraconstitucionais que tipificam condutas ilícitas, determinadas pelo código penal e outros dispositivos, como a Lei n. 7.716/89, que aponta os crimes de preconceito em razão de raça, cor, etnia, religião, etc.

Portanto, o que se pode depreender é que a Liberdade de Expressão não é absoluta, nem um direito fundamental de hierarquia maior, aos moldes da tutela estadunidense. Terá de ser compatibilizada com outros direitos fundamentais, em respeito ao sistema constitucional em vigor. Para tanto, poderão ser utilizados, em casos de violação de direitos, uma solução promovida pelo princípio da proporcionalidade ou da cedência recíproca entre valores constitucionais, ou ainda outros recursos disponibilizados pela hermenêutica.

Quanto ao discurso do ódio, entretanto, observamos vedações expressas infraconstitucionais promovidas pela Lei n. 7.716/89 que tipifica em seu artigo 20, como condutas criminosas, a prática da discriminação que deprecia e desqualifica em razão da raça, cor, etnia, procedência nacional ou religião.

Fica claro, portanto, o limite promovido por texto de lei infraconstitucional à Liberdade de Expressão, consoante o art. 5º, II da CF/88, que estabelece o princípio da legalidade.

Entretanto, apesar de em um primeiro momento estas questões doutrinárias e dogmáticas aparentarem certa estabilidade, constatamos que são controvertidas, especialmente quando verificamos decisões do Supremo Tribunal Federal, como esta que ora trataremos.

8.3.1 O caso Siegfried Ellwanger

O caso que ora evocamos com brevidade, refere-se ao editor Siegfried Ellwanger, que escreveu e publicou livros pregando e justificando o ódio aos judeus.

Acusou-os de responsabilidade pelas mais variadas mazelas e problemas mundiais, inclusive a eclosão da Segunda Guerra Mundial.

Incitou portanto em seus livros, a aversão ao povo judeu, para além de pregar a sua segregação.

Seus livros foram: *Holocausto Judeu ou Alemão?*; *Nos bastidores da mentira*; *Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra*.

Fica evidente, para além da questão religiosa de rejeição ao Judaísmo, a prática do discurso do ódio, evidenciada pela clara desqualificação promovida ao povo judeu.

Dois aspectos, ambos atinentes à dignidade humana, foram evocados: Liberdade de Expressão e discriminação étnica contra os judeus.

Aparentemente tal conflito seria de fácil solução, uma vez que a discriminação étnica mostrava-se inequívoca e a vedação era expressamente prevista pela Lei n. 7.716/89 em seu artigo 20.

Entretanto, já em primeira instância encontramos decisões que privilegiam a Liberdade de Expressão, entendendo que não havia crime de discriminação contra a comunidade judaica.

Finalmente, chegando o caso Siegfried Ellwanger ao Supremo Tribunal Federal, incorreram aos autos os mais contraditórios argumentos, claramente eivados de ideologias distintas, não apenas sobre a conceituação de racismo, também quanto aos limites ao exercício da Liberdade de Expressão.

O ministro Ayres Brito considerou em seu voto que a Liberdade de Expressão seria uma liberdade de hierarquia maior e, portanto, excludente de qualquer limite, aos moldes da tutela estadunidense, justificando o discurso do ódio.

Já o ministro Moreira Alves, em seu voto afirmou categoricamente que os judeus não constituem uma raça, indicando que tal constatação poderia ser verificada em razão de dados físicos, como cor da pele, formato dos olhos, textura do cabelo, etc. Não havendo raça, o crime não poderia ser enquadrado como racismo. Pronunciando-se, dessa forma, também justificou o discurso do ódio.

Observa-se, portanto, que, mesmo havendo previsão legal para a discriminação racial tipificando-a como crime, decisões foram proferidas contra a Lei n. 7.716/89.

Felizmente tais fundamentos não influenciaram a unanimidade dos votos e a decisão final acabou por repudiar o discurso do ódio.

Assim, a Liberdade de Expressão não constituiu justificativa para acobertar manifestações preconceituosas, nem incitar a violência e a intolerância contra grupos humanos.

Quanto ao tema, deveríamos formular uma última questão pertinente à realidade brasileira. Poderia a dignidade humana opor limites à Liberdade de

Expressão?³⁰ Consoante à Constitucionalização dos Direitos Fundamentais e à irradiação que seus preceitos devem promover a todo o ordenamento jurídico (calcando inclusive as relações privadas), não teríamos dúvidas em uma resposta afirmativa, até porque trata-se a dignidade humana de norma fundamental de eficácia plena (art. 1º, III, CF/88).

Entretanto, não podemos nos olvidar que a dignidade humana é um valor passível de várias leituras de cunho ideológico que podem transitar do liberalismo ao Estado Social, justificando, por vezes, o discurso do ódio como mero exercício da Liberdade de Expressão; ou fundamentando o seu repúdio de forma definitiva.

Nesse sentido, os votos dos ministros do STF no caso *Ellwanger* devem servir de alerta quando nos demonstram as várias leituras possíveis para a dignidade humana.

9 CONCLUSÃO

Em uma perspectiva de estabelecer os contornos à Liberdade de Expressão e precisar o seu conteúdo nos deparamos com o discurso do ódio enquanto manifestação ofensiva e repulsiva, dirigida em especial a grupos minoritários da sociedade contemporânea, com o objetivo de promover a sua segregação e minimizar sua participação no exercício da cidadania.

No que se refere às relações entre a Liberdade de Expressão e o discurso do ódio, observamos que a Liberdade de Manifestação do Pensamento consoante às técnicas de tratamento promovidas pelo Estado Liberal tenderá a ser admitida, na sua integralidade, como um direito fundamental de maior hierarquia, sobrepondo-se aos demais valores constitucionais sem quaisquer restrições à sua função.

Dessa forma, o discurso do ódio passa a ser considerado forma legítima de Liberdade de Expressão, necessária à afirmação democrática. Quanto aos ofendidos pelo discurso, estes deverão tolerar as ofensas em nome da afirmação da democracia.

A Liberdade de Expressão tutelada pelo Estado Social de corte intervencionista, tenderá, todavia, a sofrer limites ao seu poder de autodeterminação, como forma de atender às demandas dos segmentos subalternos, em uma perspectiva de inclusão social.

Os grupos sociais libertários, organizados com base na sua diversidade (etnia, orientação sexual, opção religiosa, etc.) buscam na Liberdade de Expressão a visibilidade necessária à expressão de suas lutas e reivindicações.

Assim, não pode o Estado Social, sob pena de comprometer a legitimidade de suas decisões, admitir o discurso do ódio, porque este tem por objetivo segregar e calar a expressão de grupos minoritários.

³⁰ Leal da Silva et al. (2001).

Considerando, ainda, os limites à Liberdade de Expressão para garantir a participação de grupos minoritários, poderíamos indagar sobre a visibilidade de restrições ao seu conteúdo, com base na defesa da dignidade humana, para os casos não previstos em norma infraconstitucional.

Constatamos que a dignidade humana, por se tratar de um valor, ainda que prevista em texto constitucional, não será revestida de conteúdo ideológico que poderá transitar do liberalismo/burguês às concepções do Estado Social.

Dessa forma, poderíamos ter irradiações de seu conteúdo a proibição do discurso do ódio, mas também a sua proteção.

Estas afirmações podem ser constatadas da leitura dos votos dos ministros do STF no caso Ellwanger.

REFERÊNCIAS

- BERLIN, I. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wumberto Hudson Ferreira. Brasília, DF: Ed. da UNB, 1981.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, v. 15, n. 117, jan./mar. 2007.
- BRUGGER, Winfried. XVI Congresso of the International Constitutional Law. The Constitutional Treatment of Hate Speech. The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law. *Brisbane*, v. 14, n. 20, p. 1-52, jul. 2002.
- BURDEAU, G. *Les Libertés Publiques*. 4. ed. Paris: Press Universitaires de France, 1972.
- COLLIARD, C. A. *Libertés Publique*. Paris: Dalloz, 1972.
- COULANGES, F. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. Lisboa: Clássica, 1971.
- ESCÁMEZ, Sebastian. Modelos de tolerancia. Prudencia y respeto como justificaciones de una institución moderna. Madrid. 2005. Disponível em: <<http://www.uam.es/centros/derecho/cpolitica/papers.htm>.> Acesso em: 10 mar. 2012.
- FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão*: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.
- GRECO, A. *La Libertá do Stampa Ne'll Ordinamento Giuridico Italiano*. Roma: Bulzoni Ediotres, 1974.
- LASKI, H. J. *La libertas en El Estado moderno*. Tradução Eduardo Watshaver. Buenos Aires: Abril, 1945.

LEAL DA SILVA, Rosane et al. Discursos de ódio em redes sociais: Jurisprudência brasileira. *Revista Direito – GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, São Paulo, p. 445-468, jul/dez. 2011.

LEE, Simon. *The Cost of Free Speech*. Londres: Faber and Faber, 1990.

LOCKE, John. *Cartas acerca da tolerância*: segundo tratado sobre o Governo. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MACHADO, Jónatas. E. M. *Liberdade de Expressão*: dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MILTON, John. *Areopagitica*: a Speech for the Liberty. Unlicensed Printing: Paras 1-19. Disponível em: <www.bartleby.com/3/3/2.html>. Acesso em: 14 mar. 2012.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-Providência*. Goiânia: Ed. da UFG, 1997.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006.

SILVEIRA, Renata Machado da. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2007.

THWEATT, Elizabeth. *Bibliography of Hate Studies Materials*. 2001. Disponível em: <guweb2.gonzaga.edu/againsthate/thweatt.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2012.

VOLTAIRE, François Marie Arouet. *Tratado sobre a tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: the Visibility of Hate. *Harvard Law Review*, v. 123, n. 1596, p. 1597-1657, 2010.

ZANONE, V. Laicismo. In: BOBBIO, N. (Org.). *Dicionário de Política*. Brasília, DF: Ed. da UNB, 2002.

SUFRÁGIO E VOTO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Filomeno Moraes*
Cristiana Silveira**

1 INTRODUÇÃO

O voto, como instrumento da cidadania, ora restrita, ora ampliada, acompanha toda a evolução histórica do Brasil, da Colônia aos dias atuais, em que se vivencia um formidável experimento democrático. Em algumas épocas foi facultativo, em outras, obrigatório; já foi censitário, econômico ou cultural, atualmente, permite-se, inclusive, aos analfabetos. Houve momentos nos quais as eleições foram caracterizadas por muita coerção; conjunturas em que se alternam coerção e sedução; etapas com rarefeita ou com elevada participação popular. A evolução também ocorreu no sentido da ação de votar, ou seja, o voto falado, o voto escrito e, mais recentemente, o voto eletrônico.¹

O presente trabalho propõe-se a restaurar, com base na legislação, a constitucional e a infraconstitucional, os delineamentos gerais do voto no país, como Estado constitucional, e, especialmente, após o Código Eleitoral de 1932. Ressalte-se que, hoje, a legislação eleitoral brasileira é muito discutida, inclusive com a tendência marcante a desconsiderá-la em nome de uma “reforma política”, a maioria das vezes confusa ou despropositada. Todavia, tal legislação foi, em épocas pretéritas, muito elogiada. Como afirma Manuel Rodrigues Ferreira,² tal “[...] fama não vem dos dias atuais”, pois “desde o século XIX já havia no Brasil uma legislação considerada superior a da Inglaterra e Estados Unidos. O voto ao povo brasileiro não foi conquistado à força ou imposto.” Na verdade, “[...] a tradição democrática do direito ao voto, de escolher governantes (locais), está de tal maneira entranhada na nossa vida política, que remonta à fundação das primeiras vilas e cidades brasileiras, logo após o descobrimento.”

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Mestre em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará; Livre-docente em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará; Professor titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional/Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza.

** Discente do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional/Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza; Professora tutora da Fundação Getúlio Vargas; Professora tutora Nead/Universidade de Fortaleza.

¹ Moraes e Silveira (2011).

² Ferreira (2005, p. 8).

2 O VOTO NO BRASIL COMO ESTADO NACIONAL

2.1 A CONSTITUINTE DE 1823 E A CONSTITUIÇÃO DE 1824

Proclamada a independência do Brasil em relação a Portugal, em 25 de março de 1824 é outorgada a primeira Constituição brasileira. Tal Carta Magna trazia um sistema eleitoral pelo voto indireto e em dois graus, segundo estabelecia o art. 90:

As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembleia Geral, e dos Membros dos Conselhos Gerais das Províncias, serão feitas por Eleições indiretas, elegendo a massa dos Cidadãos ativos em Assembleias Paroquiais os Eleitores de Província, e estes os Representantes da Nação, e Província.³

A lista das pessoas que não podiam votar em primeiro grau era bem maior do que a das que tinham o direito ao voto:

Art. 92. São excluídos de votar nas Assembléias Paroquiais: I. Os menores de vinte e cinco anos, nos quais se não compreendem os casados, e Oficiais Militares, que forem maiores de vinte e um anos, os Bacharéis Formados, e Clérigos de Ordens Sacras. II. Os filhos de famílias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Offícios públicos. III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guarda-livros, e primeiros caixeiros das casas de comércio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas rurais, e fábricas. IV. Os Religiosos, e quaisquer, que vivam em Comunidade claustral. V. Os que não tiverem de renda líquida anual cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio, ou Empregos.⁴

Nas eleições de segundo grau somam-se a estes os que não tinham renda líquida anual de 200 mil réis por bem de raiz, indústria, comércio ou empregos, os libertos e os criminosos pronunciados em querela ou devassa. Para ser deputado ainda havia outras restrições, isto é, tinha de ter uma renda de 400 mil réis, como também não podia ser brasileiro naturalizado, tampouco religiosos.

No dia seguinte à outorga da primeira Constituição, foi expedida a primeira Lei eleitoral, com o título de Instruções de 26 de março de 1824. O conteúdo dela pouco diferia da Instrução de 19 de junho de 1822.

Novidade foi o alistamento ou registro prévio dos eleitores, que era feito pelos párocos. A eleição acontecia dentro da igreja, o voto não era secreto, tendo o

³ Brasil (1824).

⁴ Brasil (1824).

eleitor que escrever na própria cédula o nome do seu escolhido e assinar. Também foi instituído o voto por procuração. Em 1842 esta Lei foi substituída pela Instituição de 4 de maio. Os pontos mais importantes da norma substitutiva foi um capítulo destinado somente para o alistamento dos cidadãos ativos, tentando moralizar as eleições. Também se proibiu o voto por procuração.

A partir de 1828 o país passou a ter outra lei eleitoral, a qual regulava as eleições de vereadores às câmaras municipais, substituindo-se as Ordenações do Reino e inovando-se em relação às multas. Caso o eleitor faltasse, pagaria uma multa que variava de 30 a 60 mil réis, sendo essa quantia enviada para os estabelecimentos de instrução pública dos respectivos lugares. Caso as mesas dos colégios eleitorais não fossem diligentes com suas obrigações, pagariam uma multa de 300 a 600 mil réis, montante que iria para os cursos jurídicos.

Outras novidades que podem ser apontadas são a inscrição prévia dos eleitores, o retorno ao voto do analfabeto e a eleição em um só grau e direta. “Assim, a eleição direta tem, com essa lei, o seu advento no Brasil.”⁵

Em 12 de agosto de 1824, nasce outra lei eleitoral regulamentando as eleições de regente. Esta lei tem uma característica bem marcante, pois modificou alguns artigos da Constituição em vigor. Por fim, deve ser acentuado que a lei eleitoral mais importante do Império foi a de 9 de janeiro de 1881, conhecida como Lei Saraiva. Ela estabelecia que a escolha de senadores, deputados para a Assembleia Geral e os membros das assembleias legislativas das províncias, assim como a eleição de qualquer outra autoridade, seriam procedidas pelo sistema de votação direta e secreta. Ademais, determinava as regras do alistamento dos eleitores, permitia o voto do analfabeto e arrolava as exigências para que os cidadãos pudessem ser eleitos na esfera municipal, provincial e nacional.

No caso do Império, o Brasil possuía uma legislação eleitoral à frente de muitos países desenvolvidos. Na verdade, conforme acentua Ferreira:

A Lei Saraiva, de 1881, foi a culminância de um processo evolutivo que durou 67 anos, desde os primeiros dias da Independência. Durante todo o Império, os partidos, os políticos nas assembleias, os jornais, os publicistas, enfim, a classe dirigente da sociedade esteve voltada para o aperfeiçoamento do sistema eleitoral. Esse esforço culminou na Lei Saraiva, que colocou o Brasil entre as nações civilizadas.⁶

⁵ Ferreira (2005, p. 107).

⁶ Ferreira (2005, p. 220).

2.2 O BRASIL REPUBLICANO E A CONSTITUIÇÃO DE 1891

Com a instalação da República em 1889, era o momento de adequar as leis eleitorais à nova forma de governo. Assim, as primeiras providências foram no sentido de revogar a Lei Saraiva e de elaborar nova normatividade, que pudesse, principalmente, garantir as eleições de líderes que os fautores da nova forma de governo pretendiam no poder. No dizer de Ferreira:

A República foi um regime outorgado ao povo brasileiro. Aliás, os regimes políticos no Brasil nunca foram submetidos à escolha do povo. A este, sempre, só foi dado escolher os dirigentes dos regimes recém inaugurados. Os republicanos de 1889 temiam que as primeiras eleições para a escolha dos representantes do povo à Constituinte fossem transformadas em consulta popular, pois poderia ser eleita a maioria monarquista.⁷

As primeiras eleições da República ocorreram em 15 de setembro de 1890, com o fito de escolher o presidente da República, o vice e a Assembleia Constituinte. Como se queria, os republicanos lograram sair vitoriosos.

Diz Felisberto Freire⁸ que “[...] poucas incompatibilidades figuraram na lei e ainda menores as que foram observadas no pleito. Assim, tiveram entrada na representação cidadãos investidos dos cargos de governadores, ministros, chefes de polícia, comandantes de armas, etc.” Ainda segundo ainda o autor, tiveram assento “[...] médicos, juristas, bacharéis em direito, engenheiros civis e militares, literatos, jornalistas, militares de mar e terra”, todavia, “[...] outro fator que não deixou de preocupar nossa atenção foi a latitude que teve o elemento militar na constituinte”, pois “[...] crescido foi o número de militares que nela tiveram assento.”

As eleições para o Congresso Constituinte se basearam no disciplinamento traçado por meio do Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, conhecido como Regulamento Alvim.

Naquele momento, certamente, o primeiro passo da longa marcha da “[...] democracia brasileira, representativa, laica e republicana”, foi dado com “[...] o primeiro voto na eleição de deputados à Assembleia Constituinte de 1891.”⁹ Todavia, a organização social, econômica e política subjacente à Constituição de 1891, isto é, a

⁷ Ferreira (2005, p. 223).

⁸ Freire (1895, p. 9).

⁹ O sistema representativo no Império pode ser caracterizado pelo “sorites” de Nabuco de Araújo: “[...] o Poder Moderador pode chamar a quem quiser para organizar Ministérios; esta pessoa faz a eleição porque há de fazê-la; esta eleição faz a maioria. Eis aí o sistema representativo no nosso país!” (NABUCO, 1997, p. 764 apud SANTOS, 2007, p. 13).

República Velha, foi muito bem caracterizada por Robert Levine¹⁰ como um período de “cidadania limitada”, em que “[...] os brasileiros [...] não gozavam nem de uma democracia nem de mais oportunidades para melhorar de vida.” Assim,

Em 1889, o governo do Brasil passou de monarquia constitucional a república federativa secular, fundamentada nos princípios ortodoxos do liberalismo econômico e comandada de forma ditatorial durante quase toda a primeira década de sua existência. Os presidentes civis que governaram após 1896 o fizeram sob a ameaça constante de uma intervenção militar. A estabilidade chegou depois de 1898 sob o comando dos paulistas, e o governo federal expandiu-se com a república. De 1900 a 1930, as despesas do governo central aumentaram mais de 5% ao ano, três vezes a taxa de 1930-45, apesar de todos os novos departamentos criados por Vargas.

No período, na sua maior parte, “a cidadania, na prática, estendia-se apenas à elite” e “abusos contra os direitos humanos eram lugar-comum”:

Mesmo durante os períodos em que não havia censura formal, os editores de jornais instintivamente amenizavam, ou excluía totalmente, notícias sobre greves, especialmente aquelas contra grandes proprietários de terras (como no caso da greve de 1931 contra as fazendas de café de Albuquerque Lins) e contra ferrovias de propriedade estrangeira. Os militares chefiavam campos de concentração para prisioneiros políticos, num dos quais, em Clevelândia do Norte, no distante Amapá, descobriram-se décadas depois túmulos cheios de cadáveres de prisioneiros que receberam injeções de morfina ou haviam sido forçados a ingerir grandes quantidades de vidro moído. Excetuando-se as atividades religiosas, a sociedade tinha poucas oportunidades de se reunir. A vida nos vilarejos, prejudicada pelo poder dos proprietários de terras, carecia da tradição de autonomia que gozavam os vilarejos no México ou no Peru.

De modo geral, os críticos da Constituição republicana insistiam na necessidade de adaptar as instituições à realidade nacional e afirmavam o contraste do “país legal” em relação ao “país real”, isto é, a parcial ou total inadequação das instituições a partir de 1891 à evolução do Brasil. Por conta do dedutivismo jurídico-formal, o constitucionalismo republicano seria vítima da *reificação institucional*, ou seja, da aceitação do ponto de vista segundo o qual as mesmas instituições acarretam sempre os mesmos efeitos políticos, independentemente da ordem econômica e social em que se inscrevem.¹¹

¹⁰ Levine (2001, p. 20-21).

¹¹ Felisberto Freire, pelo contrário, considera que a República “[...] constitui uma tradição histórica em nossa vida política”, afirmando “[...] a convicção que toma corpo justamente no fato incontestável de

Para Alberto Torres,¹² a Constituição Federal de 1891 fora “[...] fruto de uma revolta sem cultivo prévio na opinião e sem preparo organizador – surgida, inesperadamente, das trevas da conspiração política, para a realidade, por força de um trabalho subterrâneo.” Tal revolta fora favorecida por alguns acidentes da política imperial, a saber, a abolição dos escravos e a moléstia do monarca, prenunciando este último a aproximação do terceiro reinado, antipático, em geral, ao sentimento popular. Destarte, o texto constitucional republicano “[...] não é senão uma roupagem de empréstimo, vestindo instituições prematuras.”¹³ Para o autor todas as nações possuem um *regime constitucional ostensivo* e um *regime constitucional verdadeiro, mas subterrâneo*, com “o terrível problema da arte política” consistindo em conciliar a realidade com a abstração. Assim, o regime ideal seria aquele em que os dois planos se confundissem, de modo que um regime constitucional evoluísse à medida que o plano inferior se aproximasse da concepção legal. Louvando o Texto promulgado em 24 de fevereiro de 1891 e reconhecendo-lhe a perfeição técnica, assinala:

Como obra de estética e de ideal político, é talvez o mais notável documento de cultura jurídica contemporânea; não sei que haja outra onde as definições e as classificações, o rigor e o cuidado no desenvolver regras e funções, tenham atingido a tanta perfeição; nenhuma levou tão longe o empenho de proclamar as mais avançadas conquistas da liberdade humana e da democracia.¹⁴

Todavia, a “perfeição técnica” discrepa substancialmente das “necessidades positivas” e das “formas de vida real”:

Desde que se sai [...] do terreno puramente abstrato e da contemplação da forma, começam a surgir as lacunas, as imperfeições e incoerências do sistema. Não tendo por fim regular fatos da vida pública do povo e do país, atender às suas necessidades positivas, faltou ao legislador o critério prático, próprio de um trabalho legislativo assentado sobre o terreno da observação e da experiência, único que pode dar às leis uma feição inteligível, porque reflete as formas da vida real democrática.¹⁵

Por seu turno, Oliveira Vianna também acentuou a disjunção entre o “país legal” e o “país real”,¹⁶ como a base do diagnóstico do caráter utopicamente

que a República teve suas causas de origem, de desenvolvimento, suas fases e seus períodos históricos, sofrendo a influência cultural do meio e reagindo sobre ele.” (FREIRE, 1895, p. 9).

¹² Torres (1982, p. 34).

¹³ Torres (1982, p. 35).

¹⁴ Torres (1982, p. 80).

¹⁵ Torres (1982, p. 80).

¹⁶ Conforme observa Bolívar Lamounier (1977, p. 354), “[...] a disjunção entre o ‘país real’ e o ‘país legal’

liberal das instituições jurídico-políticas levadas a termo com a Constituição de 1891, em contraste com o caráter clânico-oligárquico das instituições sociais. A seu ver, os “[...] bons rapazes, que se haviam adestrado em atirar pedras no governo, colhidos de surpresa para a grave missão de estadistas, tiveram que improvisar às pressas um programa de construção,”¹⁷ ademais de terem uma mentalidade cujo traço mais distintivo

[...] era a crença no poder das fórmulas escritas. Para esses sonhadores, pôr em letra de forma uma ideia era, de si mesmo, realizá-la. Escrever no papel uma Constituição era fazê-la para logo uma cousa viva e atuante: as palavras tinham o poder mágico de dar realidade e corpo às idéias por elas representadas.¹⁸

Assim,

[...] os republicanos da Constituinte construíram um regímen político baseado no pressuposto da opinião pública organizada, arregimentada e militante. Ora, esta opinião não existia, e ainda não existe entre nós: logo, ao mecanismo idealizado pelos legisladores de 91 faltava o sopro inspirador do seu dinamismo. Daí a sua falência.¹⁹

Prossegue Oliveira Vianna afirmando que o erro dos reformadores políticos foi querer realizar no Brasil uma democracia do tipo inglês, o que, segundo ele, seria coisa totalmente impossível, porque, “[...] seja qual for a pregação dos novos Rui do futuro, estaremos condenados a jamais ser ingleses.”²⁰ (VIANNA, 1987, p. 124).

A Constituição de 1891 estabelecia que podiam ser eleitores os maiores de 21 anos, desde que não fossem mendigos, analfabetos, praças de pré (exceto alunos de escolas militares de ensino superior), religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou de qualquer comunidade sujeitos ao voto de obediência, regra ou estatuto que importasse a renúncia da liberdade individual.

Na verdade, o voto pela renda foi abolido, e instituída a proibição do voto ao analfabeto.

2.3 A CONSTITUINTE DE 1933/1934 E A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Revolução de 1930 definiu de forma aguda o impasse político-constitucional que caracterizou a República Velha, com as fortes críticas que, desde

é uma forma narrativa extremamente comum em todos os países onde se verificou uma reação forte contra o iluminismo e o constitucionalismo abstrato do liberalismo francês do século XVIII”.

¹⁷ Vianna (1927, p. 23-24).

¹⁸ Vianna (1927, p. 25).

¹⁹ Vianna (1927, p. 43).

²⁰ Vianna (1987, p. 124).

a promulgação da Constituição de 1891, eram veiculadas. A cidadania restrita e a hegemonia das oligarquias já eram objeto das revoltas tenentistas dos anos 1920, das cisões interoligárquicas e das demandas relativas ao sistema eleitoral, ao respeito pelo voto, ao reconhecimento dos candidatos eleitos, além da organização do movimento operário, que se manifestava, inclusive, pela emergência de greves a partir da segunda década. Assim, o movimento que culminou com a Revolução de 1930, a crer nos discursos e manifestos da Aliança Liberal (AL), tinha como finalidade o restabelecimento da legitimidade da forma representativa de poder, abalada pelos desvios, distorções e degenerações do presidencialismo e das práticas eleitorais que desfiguravam a manifestação da vontade popular.²¹

O Governo Provisório foi instituído por meio do Decreto n. 19.938, de 11 de novembro de 1930.²² Tal Decreto, com força constituinte similar à do Decreto n. 1, do primeiro Governo Republicano, estabelecia que o Governo Provisório passava a exercer discricionariamente todas as funções e atribuições do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembleia Constituinte, fosse restabelecida a organização jurídica do país.

Somente em 14 de maio de 1932, o Governo Provisório expediu o Decreto n. 21.402,²³ que determinava o dia 3 de maio do ano seguinte para a realização das eleições à Assembleia Nacional Constituinte (ANC), assim como criava, sob a presidência do Ministro da Justiça e dos Negócios Interiores, comissão incumbida de elaborar o anteprojeto da Constituição.

Quase um ano depois, em 5 de abril de 1933, foi editado o Decreto n. 22.621,²⁴ que tratava da convocação da Assembleia Constituinte, aprovava o seu regimento interno e prefixava o número de deputados. O art. 2º do Decreto estabelecia que:

[...] a Assembléa Nacional Constituinte terá poderes para estudar e votar a nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, devendo tratar exclusivamente de assuntos que digam respeito à respectiva elaboração, à aprovação dos atos do Governo Provisório e à eleição do Presidente da República – feito o quê, se dissolverá.²⁵

Por sua vez, o Decreto n. 22.364, de 17 de janeiro de 1933,²⁶ cuidou dos casos de inelegibilidade, entre os quais são arrolados o de chefe do Governo Provisório, os de interventores federais, Ministros de Estado, Ministros do Supremo

²¹ Moraes (2011).

²² Brasil (1930).

²³ Brasil (1932).

²⁴ Brasil (1933).

²⁵ Brasil (1933).

²⁶ Brasil (1933).

Tribunal Federal, do Supremo Tribunal Militar, do Superior Tribunal de Contas e do Superior Tribunal de Justiça Eleitoral, e os de chefes e subchefes dos Estados-maiores do Exército e da Armada.

O Decreto n. 22.621, de 5 de abril de 1933, demonstra que a direção do processo constituinte coube ao Governo Provisório. Tal diploma, a par de definir a convocação e a composição da Assembleia, estabelece o seu regimento interno. Cabia à Assembleia, além de elaborar a nova Constituição, julgar os atos do Governo Provisório e eleger o presidente da República, dissolvendo-se depois. O Decreto em tela também dispunha sobre a composição da Assembleia – 254 deputados eleitos na forma da lei e mais 40 representantes classistas, eleitos por sindicatos reconhecidos pelo Ministério do Trabalho –, regulava a inviolabilidade dos deputados constituintes e criava controle de suas presenças nas sessões da Assembleia.

Por fim, o Governo Provisório editou ainda o Decreto n. 22.653, de 20 de abril de 1933,²⁷ que fixava o número e estabelecia o modo de escolha dos deputados classistas, e o Decreto n. 22.696, de 11 de maio de 1933, que aprovava as instruções para a execução daquele.²⁸

De fato, temendo a volta dos “políticos” ao poder, a realização das eleições em maio e a convocação da Assembleia para novembro não foram do agrado dos *tenentes*, que consideravam prematura a reconstitucionalização do país, assim como fora do seu desagrado a instituição do Código Eleitoral;²⁹ sobretudo porque não houve renovação apreciável nos quadros representativos, nem na mentalidade daqueles que se dividiram em 1929, na sucessão de Washington Luis. Em relação aos políticos, pode-se dizer que, “nos campos opostos, com poucas exceções, quase todos apostolavam as mesmas idéias e praticavam atos semelhantes.”³⁰

Permaneciam intocados os currais eleitorais sob o mando dos chefes políticos locais, fundados no latifúndio e nas condições que reduziam o trabalhador rural à condição análoga à de escravo. Enfim, permaneciam os mecanismos de repressão e de sedução próprios da República Velha, que deram azo à busca da “justiça e representação” contida na plataforma da Aliança Liberal.

Em 1 de novembro de 1932 o Governo Provisório edita o Decreto n. 22.040,³¹ com o objetivo de apressar e regular os trabalhos da Comissão Constitucional, criada para a elaboração do anteprojeto de Constituição, a ser dirigido pelo Governo Provisório à Assembleia Constituinte. A Comissão – criada em 14 de maio de 1932 e composta de “[...] tantos membros quantos fossem necessários à elaboração do

²⁷ Brasil (1933).

²⁸ Brasil (1933).

²⁹ Silva (1972) e Gomes (1980).

³⁰ Silva (1972, p. 30).

³¹ Brasil (1932).

referido projeto e por forma a serem nela representadas as correntes organizadas de opinião e de classe, a juízo do Chefe do Governo” – é uma tentativa de dar resposta à efervescência que fez deflagrar, dois meses depois, a Revolução Constitucionalista.

É oportuno também acentuar que, por determinação presidencial de fevereiro de 1931, estabeleceu-se comissão – formada por Joaquim Francisco de Assis Brasil, João Crisóstomo da Rocha Cabral e Mário Pinto Serva, destinada ao estudo e à revisão da legislação vigente –, considerando a apresentação de projeto de Código Eleitoral.³² Por fim, por meio do Decreto n. 20.076, de 24 de fevereiro de 1932, foi instituído o Código Eleitoral, para regular “[...] em todo o país o alistamento eleitoral e as eleições federais, estaduais e municipais” (art. 1º), com o que se procedia à institucionalização de princípios e demandas que orientaram a Revolução de 1930.

O Código Eleitoral proporcionou profundas mudanças, como o estabelecimento do sufrágio universal e do voto direto e secreto, a instituição da Justiça Eleitoral (com “funções contenciosas e administrativas”) em substituição às comissões legislativas de verificação de poderes,³³ enfim, um conjunto de alterações que consistiam nas propostas da Aliança Liberal, no seu lema “justiça e representação”. Ademais, o Código Eleitoral de 1932 ampliava o colégio eleitoral, ao mesmo tempo que, embora mantendo a idade de 21 anos prevista também no Texto

³² O Decreto n. 19.459, de 6 de dezembro de 1930, instituiu *Comissão Legislativa*, sob “[...] ‘a presidência de honra do ministro de Estado da Justiça’, com o fito de ‘elaborar os projetos de revisão ou reforma da legislação civil, comercial, penal, processual da justiça federal e do Distrito Federal, de organização judiciária do Distrito Federal, e de outras matérias indicadas pelo mesmo ministro’.” A Comissão “[...] dividir-se-á em subcomissões de três membros, incumbida cada uma de determinado projeto de lei, podendo também designar-se relatores individuais para o mesmo fim.” Ademais, dispunha também que “[...] as subcomissões e os relatores individuais receberão e apreciarão todas as sugestões que lhes forem enviadas, e, logo que concluídos, farão publicar os anteprojetos elaborados, a fim de sofrerem críticas e observações, que serão apreciadas fundamentalmente e atendidas, como merecerem, nos projetos definitivos. Os projetos definitivos, à proporção que forem concluídos, serão remetidos, por intermédio do consultor geral da República, ao ministro de Estado da Justiça, para serem promulgados por decreto, com as modificações que o governo possa julgar necessárias.” Por fim, estabelecia que “[...] todos os decretos assim expedidos entrarão em vigor, nos prazos que determinarem, mas serão submetidos oportunamente à aprovação do Congresso Constituinte.” (BRASIL, 1930).

³³ Uma das pedras angulares da República Velha, a verificação de poderes pela Câmara dos Deputados, foi mecanismo instituído durante o Governo de Campos Sales, favorecendo o poder das oligarquias contra as tentativas de oposição e organizando “uma maioria arregimentada e resoluta”, no dizer de Campos Sales. De fato, a verificação de poderes, como bem observou Assis Brasil, “[...] substituiu-se à eleição. E que reconhecimentos! As crônicas autênticas da época, as próprias atas dos corpos legislativos exibem casos de se fazer um representante da nação por simples emenda, mandando trocar um nome por outro. E não simplesmente isso, mas um nome que aparecia virtualmente sem votos por outro que os ostentava nos papéis eleitorais. A única atenuante era – não se tratar verdadeiramente de averiguar quem era mais votado, porque ninguém o era: as eleições figuravam na consciência pública como simples fantasmagoria.” (BRASIL, 1990, p. 140).

Constitucional de 1891 (art. 70, *caput*), estabelecia “[...] que é eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código.”³⁴

Para as eleições para a Câmara dos Deputados e as Assembleias Legislativas, passava-se a obedecer ao sistema de representação proporcional,³⁵ ultrapassando-se um debate recorrente desde a época do Império entre majoritaristas e proporcionalistas. Incluiu-se também no Código Eleitoral a representação classista, fruto das pressões tenentistas, por meio do Clube 3 de Outubro.³⁶

Como observa José Murilo de Carvalho,³⁷ “[...] o voto secreto protegia o eleitor das pressões dos caciques políticos; a justiça eleitoral colocava nas mãos de juízes profissionais a fiscalização do alistamento, da votação, da apuração dos votos e o reconhecimento dos eleitos. O voto secreto e a justiça eleitoral foram conquistas democráticas”. Ademais, ao tratar da ampliação da cidadania, Carvalho³⁸ ainda observa que a introdução da representação classista, isto é, a eleição de deputados não pelos eleitores em geral mas por delegados escolhidos pelos sindicatos, “[...] era uma tentativa a mais do governo de reduzir a influência dos donos de terra e, portanto, das oligarquias estaduais, no Congresso Nacional.”

O significado do Código Eleitoral, no que se refere ao processo de reconstitucionalização, foi enfatizado por Getúlio Vargas em discurso na sessão solene de abertura da Assembleia Nacional Constituinte, em 15 de novembro de 1933:

O governo revolucionário, responsável pelo saneamento dos costumes políticos contra os quais a Nação se rebelou, não poderia cogitar de reorganizá-la constitucionalmente, antes de aparelhá-la para manifestar, de modo seguro e inequívoco, a sua vontade soberana. A reforma eleitoral que era, para mim, compromisso de candidato [...] tornou-se imposição inadiável ao assumir a chefia do governo revolucionário. De como cumpri esse compromisso de honra, resistindo e sobrepondo-me à pressão dos acontecimentos, atesta-o o Código Eleitoral, já qualificado “carta de alforria do povo brasileiro”, e o pleito

³⁴ O art. 4º do Código Eleitoral estabelecia: “Não podem alistar-se eleitores: a) os mendigos; b) os analfabetos; c) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior. [...]”. Por sua vez, a qualificação fazia-se *ex officio* ou por iniciativa do cidadão. Qualificavam-se *ex officio*: “a) os magistrados, os militares de terra e mar, os funcionários públicos efetivos; b) os professores de estabelecimentos de ensino oficiais ou fiscalizados pelo Governo; c) as pessoas que exerçam, com diploma científico, profissão liberal; d) os comerciantes com firma registrada e os sócios de firma comercial registrada; e) os reservistas de 1ª categoria do Exército e da Armada, licenciados nos anos anteriores.” (art. 37).

³⁵ “Art. 38. [...] § 2º Na eleição do Presidente da República, dos Governadores dos Estados, dos membros do Conselho Federal, ou para o preenchimento de vagas nas Câmaras Legislativas, prevalecerá o princípio majoritário.”

³⁶ “Art. 142. No decreto em que convocar os eleitores para a eleição de representantes à Constituinte, o Governo determinará o número de representantes nacionais que a cada Estado caiba eleger, bem como o modo e as condições de representação das associações profissionais.”

³⁷ Carvalho (2002, p. 101).

³⁸ Carvalho (2002, p. 101).

de 3 de maio, do qual se disse, unanimemente, ser a eleição mais livre e honesta realizada, até hoje, no Brasil.³⁹

A emergência da nova legislação eleitoral acabou por ter impactos sobre as eleições para a Assembleia Constituinte, impactos estes reconhecidos mesmo por críticos severos da democracia liberal. Azevedo Amaral destacou:

A Constituinte da segunda República foi incontestavelmente o primeiro exemplo, em toda a nossa história política, de uma assembléia cujos membros podiam ser encarados como autênticos representantes do eleitorado. O elemento de fraude que porventura maculou o processo eleitoral foi tão diminuto que de modo algum afetou o caráter verídico do pleito considerado em conjunto. A Nação teve assim oportunidade de poder apreciar e julgar o valor da democracia do sufrágio universal promíscuo e da eleição direta em condições que, para o meio brasileiro, podiam ser consideradas ideais. Além das garantias de independência proporcionadas ao eleitor pelo voto secreto e pela atitude de impecável imparcialidade do governo durante o pleito, bem como da apuração honesta dos resultados das urnas pela justiça eleitoral, outro fator imprimiu à eleição da Constituinte um caráter inequivocamente democrático, no sentido dado à expressão pelos partidários da democracia liberal. O eleitorado fora consideravelmente reforçado e as facilidades ao alistamento ex-ofício ainda engrossaram as fileiras dos cidadãos habilitados a levar os seus sufrágios às urnas.⁴⁰

Algo inusitado foi a presença de ministros, embora sem direito a voto, nas sessões da Assembleia Nacional Constituinte.⁴¹ Na primeira sessão de trabalho da Assembleia, Osvaldo Aranha, então ministro da Fazenda, foi investido na liderança da maioria. Por conseguinte, nos trabalhos da Assembleia tinha voz de comando quem, sequer, fora eleito constituinte. No seu primeiro discurso na Assembléia, o líder da maioria salientou que “[...] o Governo Provisório, pela presença e pela palavra do seu grande chefe, acaba de dar-vos o testemunho dessa segurança e dessa autoridade, entregando-vos, sem reservas, a elaboração do estatuto fundamental e o exame dos seus próprios atos.”

Em julho de 1934 promulgou-se uma Constituição liberal-democrática que apresentava inovações políticas sociais de grande relevância para o país. Um dos

³⁹ Mensagem lida à Constituinte de 1933 (VARGAS, 1938, p. 29).

⁴⁰ Amaral (1981, p. 73).

⁴¹ O Regimento Interno (Decreto n. 22.621/1933) estabelecia que “[...] aos Ministros de Estado é reconhecido o direito de comparecer às sessões da Assembléia Nacional sempre que o entenderem, ou quando forem destacados pelo Chefe do Governo para assistirem ou tomarem parte nos debates. Em hipótese alguma, terão direito a voto, embora permaneçam no recinto, ocupando a bancada ministerial [...]” (art. 53, § 5º). (BRASIL, 1933).

primeiros artigos afirma que o poder emana do povo e que em nome dele é exercido, caracterizando um regime democrático. Com o objetivo de reduzir as fraudes, foi introduzido o voto secreto e criado uma justiça eleitoral.

O voto secreto protegia o eleitor das pressões dos caciques políticos; a justiça eleitoral colocava nas mãos de juizes profissionais a fiscalização do alistamento, da votação, da apuração dos votos e o reconhecimento dos eleitos. O voto secreto e a justiça eleitoral foram conquistas democráticas. Houve também avanços na cidadania política. Pela primeira vez, as mulheres ganharam o direito ao voto.⁴²

O direito ao voto foi concedido aos maiores de 18 anos, inclusive às mulheres e aos religiosos. Continuavam sem votar os analfabetos, os mendigos, os praças e os que tivessem temporariamente ou definitivamente impedidos de votar.

O voto tornou-se obrigatório para homens e mulheres que exerciam cargos públicos remunerados. Os direitos políticos eram suspensos por incapacidade civil absoluta e condenação criminal, enquanto durasse a pena. Deixava-se de ter os direitos políticos por perda da nacionalidade brasileira, pela isenção do ônus ou serviço que a lei impunha aos brasileiros, por motivos de convicção religiosa, filosófica ou política e pela aceitação de títulos nobiliárquicos, ou condenação estrangeira, quando este imputasse a restrição de direitos ou deveres com a República.

No entanto, a Constituição de 1934 teve uma duração muito curta, pois temendo as ideias fascistas e nazistas vigentes, o presidente da época, Getúlio Vargas, decretou o Estado de Sítio, o qual perdurou até 1937. Neste ano é estabelecido o Estado Novo por meio de um Golpe militar e publicada uma nova Constituição. A Carta Magna de 1937 mantinha a Unidade Federativa, mas a representatividade do poder e a democracia estavam totalmente comprometidas. O Parlamento Nacional, representante do Poder Legislativo, ficou subordinado ao Poder Executivo. A eleição dos membros da Câmara dos Deputados deveria ocorrer mediante o sufrágio indireto.

2.4 A CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Ainda sob a direção de Getúlio Vargas, a partir do início de 1945, começou-se a promover a distensão política. Primeiramente, por meio do Ato Adicional (Lei Constitucional n. 9, de 28 de fevereiro de 1945), estabeleceu-se que, no prazo de 90 dias, seriam fixadas as datas das eleições para a Presidência da República, Câmara dos Deputados e Conselho Federal, Governadorias dos Estados e Assembleias Legislativas.

⁴² Carvalho (2002, p. 101).

Por conseguinte, deixava-se para trás o plebiscito previsto pela Constituição de 1937.⁴³ De acordo ainda com a Lei Constitucional n. 9/45, instaladas as casas legislativas, o Presidente perderia a faculdade de legislar por leis constitucionais e decretos-leis, e aquelas passariam a emendar a Constituição de 1937 e a legislar ordinariamente.

Ademais, a Lei Constitucional n. 9, de 28 de fevereiro de 1945, considerava que “[...] a eleição de um Parlamento dotado de poderes especiais para, no curso de uma legislatura, votar, se o entender conveniente, a reforma da Constituição, supre com vantagem o plebiscito de que trata o art. 187 desta última” e, também, que “[...] o voto plebiscitário implicitamente tolheria ao Parlamento a liberdade de dispor em matéria constitucional.”

Depois, promoveu-se a anistia de todos os presos políticos, por meio do Decreto-Lei n. 7.474, de 18 de abril de 1945.⁴⁴ Em 28 de maio de 1945, conforme o prazo estipulado pela lei Constitucional n. 9/45, editou-se o Decreto-lei n. 7.586,⁴⁵ que marcou as eleições para 2 de dezembro do mesmo ano.

Enquanto isso, o movimento “queremista” ganhava as ruas, estimulado pelo próprio Presidente da República e apoiado, inclusive, pelo PCB, a defender a “Constituinte com Vargas”.

Pelo Decreto-Lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945, que regulou, “[...] em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional n. 9, de 28 de fevereiro de 1945”, “[...] os lugares não preenchidos com a aplicação do quociente eleitoral e dos quocientes partidários são atribuídos ao partido que tiver alcançado maior número de votos, respeitada a ordem de votação nominal de seus candidatos.”⁴⁶ (art. 48).

Diferentemente do pleito para a Constituinte dos anos 1930, agora, as eleições consistiram em votar em Senadores e Deputados Federais, respectivamente, pelo sistema majoritário e pelo sistema proporcional; sendo aquele Decreto editado com a finalidade de dirigir as eleições que marcaram o restabelecimento do regime democrático, restabeleceu os órgãos da Justiça Eleitoral, extintos na Carta de 1937, confirmou àquela as mesmas atribuições estabelecidas pela Constituição de 1934 e pelo Código Eleitoral de 1935 e trouxe-lhe outras competências, entre as quais ordenar o registro dos partidos políticos e dos candidatos à Presidência da República e à Constituinte.

Em 1945, foi estabelecido que os candidatos não poderiam disputar eleições sem o apoio de partidos, alianças ou coligações partidárias, admitindo-se, inclusive, que nos pleitos majoritários o candidato pudesse inscrever-se em mais de uma legenda, e tornando-se obrigatória a constituição de partidos nacionais.

⁴³ “Art. 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.” (BRASIL, 1937).

⁴⁴ Brasil (1945).

⁴⁵ Brasil (1945).

⁴⁶ Brasil (1945).

As eleições, inclusive para a Assembleia Constituinte, realizadas em 2 de dezembro de 1945, marcam “[...] a incorporação definitiva dos setores médios e baixos das classes médias no processo político e o advento da participação política das classes trabalhadoras”,⁴⁷ em outras palavras, ocasionando o fim da hegemonia da política oligárquica e a sua substituição por uma política poliárquica, com uma participação cada vez maior dos setores populares.

Deve-se destacar a proibição do voto do analfabeto, pois em 1950, 57% da população ainda não sabia ler e escrever. “Como o analfabetismo se concentrava na zona rural, os principais prejudicados eram os trabalhadores rurais.”⁴⁸

Durante a vigência desta Constituição, a participação popular nas eleições teve um grande crescimento.

Em 1930, os votantes não passavam de 5,6% da população. Na eleição presidencial de 1945, chegaram a 13,4%, ultrapassando, pela primeira vez, os dados de 1872. Em 1950, já foram 15,9%, e em 1960, 18%. Em números absolutos, os votantes pularam de 1,8 milhão em 1930 para 12,5 milhões em 1960. Nas eleições legislativas de 1962, as últimas antes do golpe de 1964, votaram 14,7 milhões. O número de eleitores inscritos era em geral 20% acima do dos votantes, devido à abstenção que sempre existia, apesar de ser o voto obrigatório. Em 1962, por exemplo, o eleitorado era de 18,5 milhões, correspondente a 26% da população total.⁴⁹

No período de vigência desta Constituição foram instituídos quatro Atos Institucionais, os quais iam contra o que esta regulava, como a suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão e a cessação dos mandados Legislativos Federais, Estaduais e Municipais, ampliação dos Poderes Legislativos do Presidente da República, extinção dos partidos políticos, cancelamento dos respectivos registros, entre outros.

2.5 O CONGRESSO CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na esteira da convocação estabelecida pela Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985,⁵⁰ o Brasil viveu um dos mais importantes momentos de ativação política da sociedade civil organizada, que continuava com o processo de mudança política, o qual, iniciando-se em meados da década de 1970 e prolongando-se pelos anos 1980, ocasionou a inflexão do regime militar, a construção de instituições

⁴⁷ Soares (1973, p. 59).

⁴⁸ Carvalho (2002, p. 145).

⁴⁹ Carvalho (2002, p. 146).

⁵⁰ Brasil (1985).

representativas e multipartidárias e a realização de uma nova constituição.⁵¹ O ritmo cadenciado das mudanças e as negociações entre os agentes que pressionavam pela abertura política e os líderes do regime burocrático-autoritário⁵² sugeriram a existência de um tipo especial de transição, denominado “transição pela transação”.⁵³

A atitude conciliatória do Governo Geisel teve o condão de fazer com que o Parlamento despertasse do marasmo a que fora reduzido durante os anos do Governo Médici. Ademais, o debate político que precedeu as eleições de 1974, a franquia aos candidatos tanto da Arena quanto do Movimento Democrático Brasileiro (MDB) ao rádio e à televisão e a relativa liberdade com que se procedeu às eleições, faziam acreditar que o regime realmente estava mudando, embora o Presidente da República reiterasse a sua disposição de governar com os “instrumentos de exceção”, apesar de preferir vê-los “[...] não tanto em exercício duradouro ou frequente, antes como potencial de ação repressiva ou contenção enérgica.”⁵⁴ (apud COUTINHO; GUIDO, 2001, v.III, p. 2.513).

Mas os resultados das eleições de 1974 afetaram o próprio *modus faciendi* do projeto de mudança política, a partir do que decidiram o papel que o Legislativo deveria exercer durante a “transição”, bem como a natureza do relacionamento Executivo-Legislativo. A decisão de “abrir” o regime sempre foi vocalizada enfatizando a disposição de o seu controle não ser repartido, devendo constituir, por conseguinte, monopólio do núcleo de poder que ocupava o aparelho de Estado, à frente do qual se situava o grupo que ascendera com o General Geisel.

⁵¹ Moraes (2012).

⁵² O Estado burocrático-autoritário, muito esquematicamente, pode ser resumido nos seguintes pontos: 1. é, primária e fundamentalmente, o aspecto da sociedade global que garante e organiza a dominação exercida por meio de uma estrutura de classes subordinada às frações superiores de uma burguesia altamente oligopolista e transnacionalizada, que é, em outros termos, sua principal base social; 2. institucionalmente, é um conjunto de organizações no qual adquirem peso decisivo as especializadas na coerção, bem como as que tentam levar a cabo a “normalização” da economia; 3. é um sistema de exclusão política de um setor popular previamente ativado, o qual submete a severos controles que visam a destruir ou capturar os recursos (especialmente os cristalizados em organizações de classe e movimentos políticos) que sustentavam essa ativação; 4. tal exclusão provoca a supressão da cidadania e da democracia política, e também a proibição do “popular”; 5. também é um sistema de exclusão econômica do setor popular, ao promover uma “normalização” econômica particular e um padrão de acumulação de capital fortemente orientados em benefício das grandes unidades oligopolistas de capital privado e de algumas instituições estatais, que aumenta as desigualdades preexistentes; 6. a partir das suas instituições, levam-se a cabo tentativas sistemáticas de “despolítizar” o tratamento de questões sociais, submetendo-se àquilo que se qualifica como critérios neutros e objetivos de racionalidade técnica; 7. seu regime, não formalizado, porém claramente vigente, implica o fechamento dos canais democráticos de acesso e, junto com eles, dos critérios de representação popular ou de classe, ficando o acesso limitado aos ocupantes da cúpula das grandes organizações, especialmente as Forças Armadas e as grandes empresas privadas ou públicas (O’DONNELL, 1990).

⁵³ Share e Mainwaring (1984), Moraes (1998) e Santos (2000). Evidentemente, processos de transição diferentes deram azo a que “[...] processos de normatização de transformações sociais e políticas sejam também substancialmente diversos.” (CANOTILHO, 2003, p. 57).

⁵⁴ Coutinho e Guido (2001, p. 2513).

Com as eleições parlamentares de 1974, o Congresso Nacional, formalmente, adquiriu uma posição importante dentro do sistema decisório, com a oposição passando a ter “poder de veto” em matéria constitucional. Já que as emendas constitucionais necessitavam de 2/3 dos membros de cada casa legislativa e o MDB alcançava mais de 1/3 dos Deputados Federais (além de adquirir uma bancada de 20 senadores), estas emendas somente poderiam ser aprovadas mediante acordo entre o Governo e a oposição, o que, em tese, significava a divisão do controle do processo de transição.

Ademais, os resultados das eleições, à medida que constituíam a primeira manifestação do eleitorado depois de iniciada a “distensão”, eram muito significativos para a mensuração da popularidade do regime. Acarretavam mesmo o esboroar da sua autoestima, a prenunciar medidas tendentes a evitar a perda do controle do processo de mudança política. Ou seja, partindo do pressuposto de que a manutenção do controle do processo pelo próprio regime era a condição *sine qua non* sob a qual repousava a possibilidade de abertura, era bastante previsível a tomada de medidas que evitassem o crescimento da oposição parlamentar e que anulassem os efeitos dos resultados eleitorais.

2.6 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PARTIDÁRIO-ELEITORAL RECENTE

Embora substancialmente alterada por uma série de dispositivos constitucionais, leis e Decretos-Leis, a moldura normativa do processo partidário-eleitoral, em que foram escolhidos os constituintes em 1986, coube a dois instrumentos jurídicos básicos: a Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral),⁵⁵ e a Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos).

Para melhor compreensão das mutações normativas pelas quais passou o sistema partidário-eleitoral desde 1979 até as vésperas das eleições de 1994, o conjunto de mecanismos que foi introduzido na regulação dos partidos e eleições pode ser distribuído em três escaninhos: a) a fixação ou ampliação de limites para o exercício da cidadania eleitoral; b) as decisões que afetaram o processo eleitoral e a organização partidária; c) as decisões que alteraram a representação política.

Deve ser ressaltado também que, pelo menos, três aspectos cristalizados por tais mudanças legislativas foram de crucial importância para a volta do país à democracia política:

- a) O restabelecimento das eleições diretas para Governador, a partir de 1982, e para prefeitos das capitais, a partir de 1985;

⁵⁵ Brasil (1965).

- b) a autorização para a criação de partidos nacionais, que fugia ao figurino bipartidário traçado pelo Ato Complementar n. 4/65;⁵⁶
- c) o estabelecimento do voto facultativo para o analfabeto (1985) e para os maiores de 16 e menores de 18 anos de idade.

No período, conservou-se o registro eleitoral obrigatório para as pessoas com idade compreendida entre 18 e 70 anos e, facultativamente, para os maiores de 70 anos, ampliando-se esse direito para os maiores de 16 e menores de 18 anos e analfabetos. No que diz respeito aos partidos políticos, assistiu-se no período ao desenrolar de um processo de progressiva e paulatina abertura para a sua criação. Desde 1978 – momento em que se extinguíram as duas siglas criadas pela legislação do regime militar, Arena e MDB – até a promulgação da Constituição de 1988, as normas relativas ao sistema partidário-eleitoral caminharam sempre no sentido da abertura para a criação de partidos, criando-se um estatuto extremamente permissivo.⁵⁷

Por outro lado, o sistema caminhou com igual hesitação quanto às exigências do funcionamento dos partidos políticos. A Emenda Constitucional n. 11/78 fixava a necessidade de filiação de, pelo menos, 10% de representantes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que tivessem, como fundadores, assinado seus atos constitutivos, concomitante ao apoio, expresso em votos, de 5% do eleitorado, que houvesse votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, por nove Estados, com o mínimo de 3% em cada um deles, sendo considerada nula a votação do partido que não satisfizesse tal requisito.

Em relação ao registro individual de candidatos para as eleições proporcionais à Câmara dos Deputados e Assembleias Legislativas, um partido podia registrá-los em quantidade igual ao número de lugares a preencher mais a metade, completada a fração (art. 92, *a*, do Código Eleitoral). O aparato normativo em discussão modificou substancialmente as regras partidárias elaboradas na vigência do regime militar, estabelecendo, inclusive, completa ausência de sanção por mudança de partido e igual ausência de mecanismos que vinculassem os políticos a compromissos programáticos e organizacionais mínimos. Nesse aspecto, caminhou-se em sentido totalmente contrário ao período militar, à medida que foi revogada a fidelidade partidária, instituída pelo art. 152 da Constituição de 1969.

⁵⁶ Brasil (1965).

⁵⁷ No que concerne ao sistema eleitoral dos Deputados Federais (e Estaduais e Vereadores), de 1979 em diante, caminhou-se de modo hesitante entre a instituição, via inspiração do Executivo militar, do sistema distrital misto (majoritário e proporcional), e a manutenção do sistema proporcional de lista aberta, introduzido no país em 1932. O sistema distrital misto chegou mesmo a ser adotado constitucionalmente em 1982, todavia, foi revogado pela Emenda Constitucional n. 25/85. De resto, mantiveram-se, no geral, as linhas estabelecidas pelo Código Eleitoral de 1965.

A natureza do poder constituinte e as suas competências específicas parecem ter resultado das conversações estabelecidas entre os dirigentes da Aliança Democrática e os altos escalões militares, sobretudo, os não comprometidos com as manobras continuistas de parte do grupo do presidente João Batista Figueiredo. Conforme destacado pela imprensa na época, tal pacto foi definitivamente concluído em um encontro entre Tancredo Neves e o General Leônidas Gonçalves, e comportava o compromisso assumido pelo chefe da Aliança Democrática de se abster de qualquer iniciativa suscetível de abalar a estabilidade de organismos essenciais do poder de Estado, a começar pelas Forças Armadas. Em contrapartida, seria garantida a posse de Tancredo Neves como Presidente da República. Tal acordo envolveria a manutenção do estatuto constitucional das Forças Armadas, assim como a natureza do próprio processo constituinte, com a rejeição à Assembleia “exclusiva”, em que os “radicais” pudessem inflar os “revanchismos”.

Na campanha para as eleições de 15 de novembro de 1986, acentuou-se a escolha dos Governadores, tudo sob a euforia do Plano Cruzado I, responsável pela transitória política de estabilização monetária, pela expansão da produção e do consumo interno e pelo freio na escalada inflacionária. Os partidos PMDB e PFL, formando a Aliança Democrática, foram os grandes vitoriosos. Como de praxe, sobretudo as eleições para Governador, a segunda vez que aconteciam diretamente desde a edição do AI-2, em 1965, acabaram por lançar uma cortina de fumaça sobre as eleições para os parlamentares constituintes, tanto Senadores quanto Deputados Federais. O resultado foi a vitória do PMDB nas eleições de 21 dos 22 Estados.

O voto nas urnas eletrônicas começou a ser regulamentado no Brasil por meio da Lei n. 9.100/95, que instituía o seu uso e permitia ao TSE o poder de regulamentá-lo. A primeira eleição com as referidas urnas aconteceu em 1996 em eleições municipais somente. Entretanto, somente alguns municípios puderam ter a presença delas sendo utilizadas por 33 milhões de eleitores. Apenas em 2000 houve a primeira eleição na qual todas as zonas eleitorais utilizaram as urnas eletrônicas.

Em 1999, surgiu no Senado o primeiro projeto de lei que obrigava que máquinas de votar imprimissem o voto para a conferência do eleitor, criava a auditoria estatística de 3% das urnas a serem sorteadas depois da eleição, impedia a identificação do eleitor na mesma máquina em que fosse votar e obrigava o uso de *software* aberto nas urnas eletrônicas.

Atualmente, há eleição para os principais postos de representação no Brasil, não havendo dúvida quanto à legitimidade do processo eleitoral brasileiro, considerando que “[...] as fraudes foram praticamente eliminadas. A urna eletrônica permite que os resultados sejam proclamados poucas horas depois do pleito. As eleições são competitivas, com uma enorme oferta de candidatos e partidos.”⁵⁸

⁵⁸ Nicolau (2002, p. 7-8).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 1979, iniciava-se no Brasil um longo processo de elaboração de normatividade partidário-eleitoral, o qual chegaria ao ápice com a Constituição de 1988. Se tal processo começava como um dos itens da agenda de reformas que o próprio regime autoritário empreendia, portanto, vinculada ao seu cronograma “lento”, “gradual” e “seguro”, a dinâmica da transição democrática acabaria por conceder-lhe vida própria.⁵⁹ A rigor, e embora substancialmente alterada por uma série de dispositivos constitucionais, leis e decretos-leis, a moldura normativa do processo partidário-eleitoral até o momento coube a dois instrumentos jurídicos básicos: a Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e a Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos).

Para melhor compreensão das mutações normativas pelas quais passou o sistema partidário-eleitoral a partir de 1979, o conjunto de mecanismos que foi introduzido na regulação dos partidos e eleições pode ser distribuído em três escaninhos: a) a fixação ou ampliação de limites para o exercício da cidadania eleitoral; b) as decisões que afetaram o processo eleitoral e a organização partidária; c) as decisões que alteraram a representação política.⁶⁰

Deve ser ressaltado também que, pelo menos, três aspectos cristalizados por tais mudanças legislativas foram de crucial importância para a volta do país à democracia política: a) o restabelecimento das eleições diretas para Governador, a partir de 1982, e para prefeitos das capitais, a partir de 1985; b) a autorização para a criação de partidos nacionais, que fugia ao figurino bipartidário traçado pelo Ato Complementar n. 4/65; c) o estabelecimento do voto facultativo para o analfabeto (1985) e para os menores entre 16 e 18 anos de idade.

O sistema atual mescla formas de representação incomuns nas democracias industriais avançadas, dado que reúne eleições majoritárias com segundo turno, eleições majoritárias simples e eleições proporcionais. Conservou-se o registro eleitoral obrigatório para as pessoas com idade compreendida entre 18 e 70 anos e, facultativamente, para os maiores de 70 anos, ampliando-se esse direito para os maiores de 16 e menores de 18 anos e analfabetos.

No que diz respeito aos partidos políticos, assistiu-se no período ao desenrolar de um processo de progressiva e paulatina abertura para a criação de partidos. Desde 1978 – momentos em que se extinguíram as duas siglas criadas pela legislação do regime militar, Arena e MDB – até a promulgação da Constituição de 1988, as normas relativas ao sistema partidário-eleitoral caminharam sempre no sentido da abertura para a criação de partidos, criando-se um estatuto extremamente permissivo em relação a estes.

⁵⁹ Lamounier (1989, 1990), Vianna (1986, 1989) e O'Donnell e Schmitter (1988).

⁶⁰ Lima Junior (1990).

No que concerne ao sistema de escolha dos parlamentares, de 1979 até agora se caminhou de modo hesitante entre a instituição, via inspiração do Executivo militar, do sistema distrital misto (majoritário e proporcional), e a manutenção do sistema proporcional de lista aberta, introduzido no país em 1932. O sistema distrital misto chegou mesmo a ser adotado constitucionalmente em 1982, todavia, foi revogado pela Emenda Constitucional n. 25/85. De resto, mantiveram-se, no geral, as linhas estabelecidas pelo Código Eleitoral de 1965.

Por outro lado, o sistema caminhou com igual hesitação quanto às exigências do funcionamento dos partidos políticos. A Emenda Constitucional n. 11/78 fixava a necessidade de filiação de, pelo menos, 10% de representantes na Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que tivessem, como fundadores, assinado seus atos constitutivos, concomitante ao apoio, expresso em votos, de 5% do eleitorado, que houvesse votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, por nove Estados, com o mínimo de 3% em cada um deles, sendo considerada nula a votação do partido que não satisfizesse tal requisito.

Ademais, o sistema é marcado por uma característica peculiar, que somente encontra similar em um único país – a Finlândia⁶¹ – pela qual os votos preferenciais determinam completamente a ordem dos candidatos, votando o eleitor em apenas um Deputado e não podendo o seu voto ser transferido.

O aparato normativo em discussão modificou substancialmente as regras partidárias elaboradas na vigência do regime militar, estabelecendo, inclusive, completa ausência de sanção por mudança de partido e igual ausência de mecanismos que vinculem os políticos a compromissos programáticos e organizacionais mínimos. Nesse aspecto, caminhou-se em sentido totalmente contrário ao período militar, à medida que foi revogada a fidelidade partidária, instituída pelo art. 152 da Constituição de 1969, e restabelecida, recentemente, pela via jurisdicional.

Como se viu, o Brasil é um dos países de vanguarda no que se refere ao sistema eleitoral, além de ter uma história muito rica. Desde o período colonial já havia eleições para escolher os representantes dos Conselhos Municipais. A Constituição de 1988 possibilitou o aumento da participação popular, com o voto do analfabeto e o voto facultativo para os maiores de 16 e menores de 18 anos.

Nos dias atuais, não há muita dúvida acerca da legitimidade do processo eleitoral, considerando o seu constante aperfeiçoamento, inclusive, com a utilização do que há de mais moderno na era da informática: as urnas eletrônicas.

⁶¹ Mainwaring (1991).

REFERÊNCIAS

AMARAL, Azevedo. *O Estado autoritário e a realidade nacional*. Brasília, DF Ed. UnB, 1981.

BRASIL. *Ato Complementar n. 4, de 20 de novembro de 1965*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 6 jun. 2008.

_____. Constituição (1824). *Constituição política do Império do Brasil*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

_____. *Decreto n. 19.459, de 6 de dezembro de 1930*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Decreto n. 19.938, de 11 de novembro de 1930*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Decreto n. 20.076, de 24 de fevereiro de 1932*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Decreto n. 21.402, de 14 de maio de 1932*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Decreto n. 22.040, de 1 de novembro de 1932*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Decreto n. 22.621, de 5 abril de 1933*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Decreto n. 22.364, de 17 de janeiro de 1933*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Decreto n. 22.653, de 20 de abril de 1933*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Decreto-Lei n. 22.696, de 11 de maio de 1933*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Decreto-Lei n. 7.474, de 18 de abril de 1945*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Decreto-Lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Emenda n. 26, de 27 de novembro de 1985*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

_____. *Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. *Ideias políticas de Assis Brasil*. Brasília: Senado Federal; Rio de Janeiro: FCRB, 1990. v. 3.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Videoconferência – 21/2/2 - UFPR (J. J. Gomes Canotilho e Grupo das Jornadas da Fazenda Cainã). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COUTINHO, Amélia; GUIDO, M. Cristina; GEISEL, Ernesto. In: ABREU, Alzira A. et al. (Coord.). *Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-1930*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV: Cpdoc, v. 3. p. 2.510-2.522, 2001.

FERREIRA, Manuel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. 2. ed. Brasília, DF: TSE/SDI, 2005.

FREIRE, Felisberto. *História constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*. ano 5. v. 1, n. 51, 1895.

GOMES, Angela Maria de Castro. A representação de classes na Constituinte de 1934. In: _____ (Coord.). *Regionalismo e centralização política: partidos e constituinte nos anos 30*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

LAMOUNIER, Bolívar. Formação de um pensamento político autoritário. In: FAUSTO, Boris (Org.). *História geral da civilização brasileira: sociedade e instituições (1889-1930)*. Rio de Janeiro: Difel, 1977. v. 2.

_____. *Partidos e utopias: o Brasil no limiar dos anos 90*. São Paulo: Loyola, 1989.

_____. *Um projeto, três utopias: variações sobre o tema da reorganização político-institucional brasileira*. São Paulo: IESP, 1990.

LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1949.

LEVINE, R. M. *Pais dos pobres? O Brasil da era Vargas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. *Instituições políticas democráticas*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1990.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário e Estado no Brasil: tribunais superiores e juizes na formação do Estado brasileiro. *Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, DF: n. 6, p. 171-199, 1995.

MAINWARING, Scott. Políticos, partidos e sistemas eleitorais: o Brasil numa perspectiva comparada. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 29, p. 34-58, 1991.

MORAES, Filomeno. *A construção democrática*. Fortaleza: UFC/Casa de José de Alencar, 1998.

_____. *Constituição econômica brasileira: história e política*. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Participação e representação como instrumentos direitos políticos na ordem constitucional brasileira. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (Org.). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e oficiais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

MORAES, Filomeno; SILVEIRA, Cristiana Maria Maia. *A evolução do voto no Brasil: das eleições “a bico de pena” às urnas eletrônicas*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/anais/XXcongresso/integra.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. v. 1.

NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. *Corcundas e constitucionais: a cultura política da Independência (1820-1822)*. Rio de Janeiro: Revan: Faperj, 2003.

NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

O'DONNELL, Guillermo. *Análise do autoritarismo burocrático*. Rio Janeiro: Paz e Terra, 1990.

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Vértice 1988. v. 3.

SANTOS, Fabiano. Escolhas institucionais e transição por transação: sistemas políticos de Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Dados – *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 4, p. 637-669, 2000.

SANTOS, Wanderley G. dos. *O paradoxo de Rousseau: uma interpretação democrática da vontade geral*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

SHARE, Donald; MAINWARING, Scott. *Transitions from above: democratization in Brazil and Spain*. Indiana-Indianapolis: Kellogg, 1984.

SILVA, Hélio. *1931 – Os tenentes no poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. *Sociedade e política no Brasil*. Rio de Janeiro: Difel, 1973.

TORRES, Alberto. *A organização nacional*. 4. ed. São Paulo: Nacional; Brasília: UnB, 1982.

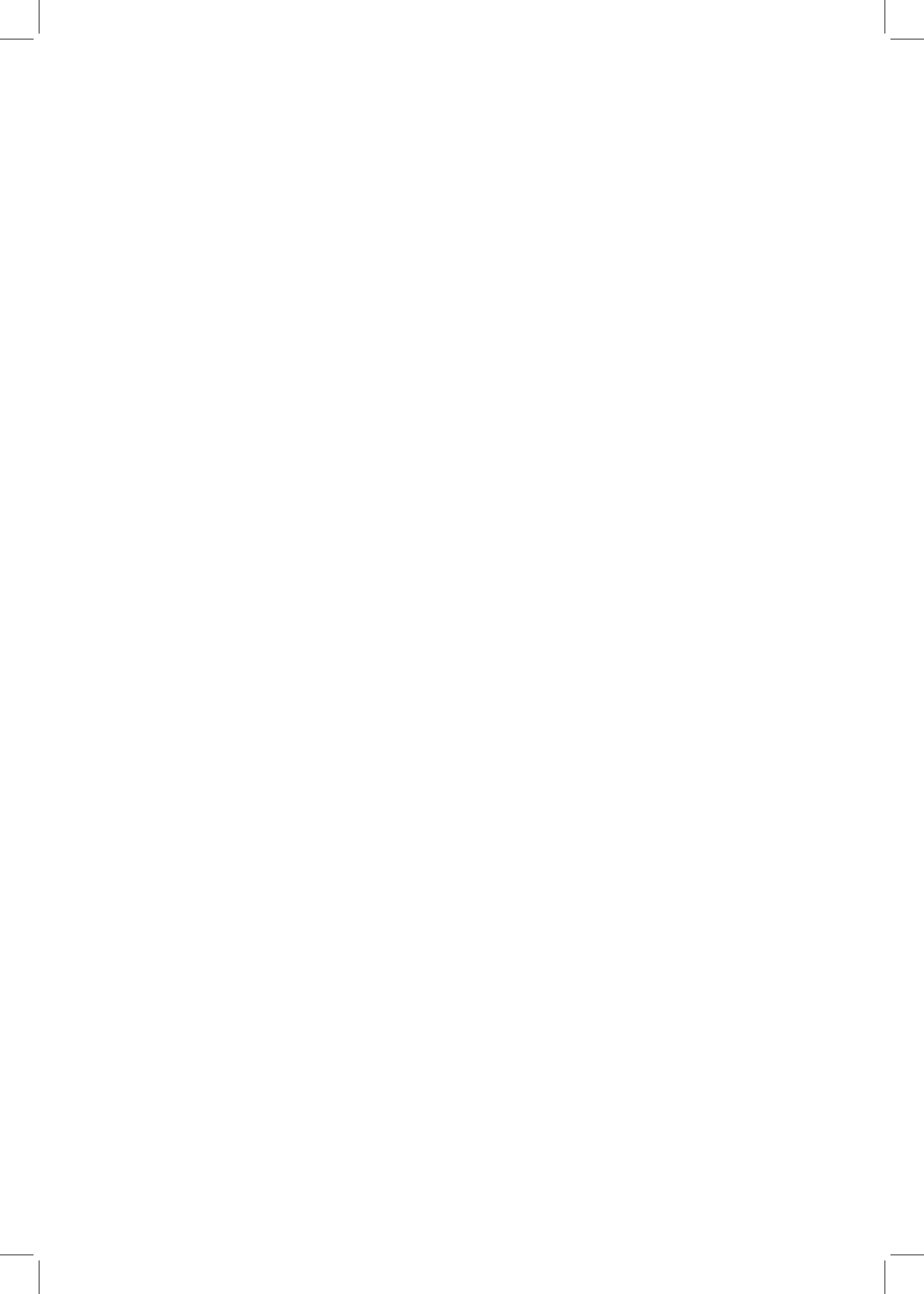
VARGAS, Getúlio. *A nova política do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.

VIANNA, Luiz Werneck. *A transição: da constituinte à sucessão presidencial*. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

_____. *Travessia: da abertura à constituinte de 1986*. Rio de Janeiro: Taurus, 1986.

VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília, DF: Itatiaia:USP: UFF, 1987.

_____. *O idealismo na constituição*. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.



A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL: MECANISMOS E ALTERNATIVAS À SUA IMPLEMENTAÇÃO

Mônica Bonetti Couto*

1 NOTAS DE ABERTURA

Encontra-se “na ordem do dia” a discussão em torno do grave problema da excessiva lentidão do Poder Judiciário, atribuída ao assustador volume de processos – e, notadamente, de recursos – que tramitam nos Juízos e Tribunais brasileiros, sobrecarregando-os demasiadamente. Apenas para ilustrar a hipótese e o que se afirma, como já se teve a oportunidade de mencionar em outro trabalho,¹ apenas a Justiça do Estado de São Paulo recebeu mais de 5 milhões de novos processos no ano de 2010.²

A respeito dessa temática, o professor Rodolfo de Camargo Mancuso examinou o acúmulo de “serviço judiciário”, e constatou, com inteira precisão, que a garantia constitucional da inafastabilidade do Judiciário (ou do acesso à justiça) tem recebido, no Brasil, leitura ou compreensão muito acentuadas, “[...] como se ali se contivesse uma sorte de *convite à demanda* ou uma *franquia à litigiosidade*.”³ Para o mesmo autor, esses exageros provocam efeitos de três ordens, a saber: favorece a percepção, pelo jurisdicionado (efetivo ou virtual), de que a judicialização dos conflitos é o caminho natural ou mesmo necessário para todos os interesses contrariados ou insatisfeitos; passa a (falsa) ideia de que toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita deva ser resolvida por uma decisão de mérito, a ser oportunamente estabilizada pela coisa julgada; desestimula a busca pela solução alternativa dos conflitos, alvitre até hoje percebido com certa relutância pela população, *acostumada* à liturgia e à majestade da tradicional Justiça togada.⁴ Nada mais verdadeiro.

Não por outra razão se tem visto uma atuação intensa do Poder Legislativo, já há algum tempo, no sentido de se implementarem reformas ao Código de Processo Civil, com vistas a uma atuação mais efetiva do processo e do Poder Judiciário.

Neste cenário, tiveram lugar as chamadas reformas setoriais efetivadas em nosso Código – fruto dos estudos das Comissões Reformistas – procurando emprestar maior celeridade e efetividade ao processo civil, que há muito não atende

* Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora do Programa de Mestrado em Direito (Justiça, Empresa e Sustentabilidade) da Universidade Nove de Julho; Advogada.

¹ Couto (2007, p. 17-21).

² Fonte: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 14 fev. 2012.

³ Mancuso (2006, p. 1070).

⁴ Mancuso (2006, p. 1070).

aos anseios da sociedade. A partir da identificação dos pontos de “estrangulamento” do processo civil, foram pensadas alternativas hábeis a contornar o problema do acesso à justiça e da tutela jurisdicional (efetivamente) “justa”. Neste norte, entre muitas outras relevantes alterações, incorporou-se ao Código de Processo Civil a técnica da antecipação da tutela genérica e específica (arts. 273 e 461/461-A) e, em um segundo momento, repensaram-se algumas regras atinentes aos recursos (*v.g.*, restringindo o cabimento dos embargos infringentes).

No ano de 2004, ainda sob esta mesma filosofia, veio a lume a Emenda Constitucional 45, promovendo diversas alterações no texto constitucional, inaugurando a chamada *Reforma do Judiciário*. Entre as modificações implementadas no texto constitucional, merecem ser referidas a criação do Conselho Nacional de Justiça; a eliminação das férias coletivas nos juízos de primeiro grau e nos tribunais de segundo grau (art. 93, inc. XII); o acréscimo do inc. XV ao mesmo dispositivo, prevendo que a distribuição dos processos, em todos os graus de jurisdição, haverá de ser imediata; a instituição de um mecanismo de filtragem aos recursos extraordinários, mediante a necessidade de demonstração da *repercussão geral* (art. 102, § 3.º) e a instituição da súmula vinculante (art. 103-A).^{5,6}

Ainda por conta dessa mesma Emenda Constitucional, resultou acrescida ao art. 5º o inciso LXXVIII, assegurando a todos, *expressa e nomeadamente*, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, “[...] a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, objeto de nossas considerações neste breve ensaio.

2 A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A morosidade da atividade jurisdicional tem sido apontada, aqui e no mundo, como uma das principais mazelas do Poder Judiciário e, em certo ponto, pelo enfraquecimento do próprio Estado. No Brasil, ela decorre de diversas causas, entre elas o alto índice de litigiosidade, o excesso e a retenção de processos e de recursos.

É verdade, porém, que a Constituição da República de 1988 é enfática ao assegurar no rol de direitos e garantias fundamentais o acesso à justiça (art. 5, inciso XXXV), cujo significado e compreensão há de ser o direito de ingressar na justiça e também de obter uma prestação jurisdicional célere e eficaz.⁷

⁵ Sobre a EC 45 v., por todos: Wambier et al. (2005) Particularmente sobre o instituto da repercussão geral, traçando um paralelo com o direito comparado, consulte-se o trabalho de Arruda (2005, p. 63-99) e Dinamarco (2005, p. 291-306).

⁶ No final do ano de 2006, a súmula vinculante e a repercussão geral foram objeto de regulamentação e disciplina pelas Leis 11.417 e 11.418, respectivamente, ambas de 19 de dezembro de 2006.

⁷ Cappelletti e Garth (1988, p. 13).

Nesse sentido, parece que, em termos práticos ou significativos, pouco resultado teve o acréscimo, no rol dos direitos e garantias individuais, o direito à razoável duração do processo. Já se podia afirmar que a razoável duração do processo é inerente à própria garantia de acesso à justiça.⁸ Há de se considerar que uma atividade jurisdicional morosa esvazia por completo o conteúdo do direito ao acesso à justiça,⁹ pois de que adianta acessá-la se ela não será eficaz; tal direito fica sem aplicação, o que definitivamente, não é o desiderato constitucional.¹⁰ É dizer, o acesso à justiça somente é amplo e eficazmente garantido com o asseguramento de uma justiça célere, efetiva e justa.

No mesmo sentido, aliás, já se afirmava, no seio da doutrina, que a duração razoável do processo era exigência implicada (ou que, em grande medida, derivava da) na própria garantia do devido processo legal. Nesta linha, Cláudio Cintra Zarif anotou que:

[...] uma das garantias intrínsecas ao devido processo legal é o de que os processos devem ser céleres, buscando uma rápida solução para o conflito de interesses levado ao Judiciário, sem que se deixe de lado o respeito a outros princípios também decorrentes do *due process*, como o da ampla defesa e do contraditório.¹¹

É possível também apontar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, como antecedente legislativo, contemplando a garantia de celeridade ou de uma duração razoável do processo. É o que dispõe o art. 8, I, de referido diploma:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ao menos era essa a base normativa para a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, que assim julgava – reconhecendo a existência do direito fundamental ao processo sem dilações indevidas – conforme se verifica da seguinte ementa:

O réu [...] tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva

⁸ Cappelletti e Garth (1988, p. 161).

⁹ Rosas (2008, p. 431).

¹⁰ Rodrigues (2005, p. 283).

¹¹ Zarif (2006, p. 140).

nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 632). Doutrina. Jurisprudência. – O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário [...], traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional.¹²

Como quer que seja, a inclusão nominal, no art. 5º, entre o rol de direitos e garantias, a razoável duração do processo parece ter um efeito positivo, por sua conotação altamente didática. Representando a consagração do anseio da população pela maior celeridade do Judiciário, deixa clara a imposição ao Estado de um “[...] dever de atuação em favor da maior efetividade do processo, assegurando-se a maior qualidade na prestação da justiça aos jurisdicionados.”¹³

O Supremo Tribunal Federal tem invocado e reiteradamente aplicado a garantia da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII), e, com esse lastro, decidido pela concessão de (novo) *habeas corpus*, à vista da demora do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de recurso ordinário, que perante aquela Corte foi interposto. Assim, decidiu-se:

1. *Habeas corpus*. 2. Excessiva demora na realização do julgamento de mérito de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto no Superior Tribunal de Justiça. Ausência de prestação jurisdicional. Violação ao princípio constitucional da duração razoável do processo. 3. Constrangimento ilegal configurado. 4. Ordem concedida para que a autoridade coatora apresente o recurso ordinário em *habeas corpus* em mesa para julgamento até a 10ª sessão subsequente à comunicação da ordem.¹⁴

E, na mesma direção:

Constitucional. Habeas corpus. Razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVII, da Carta Magna). 1. A demora de quase dois anos para o julgamento de RHC é irrazoável, mormente em se tratando de réu preso e com parecer ministerial pelo provimento parcial do recurso, a indicar, *prima facie*, a consistência das razões jurídicas nele expostas, por isso viola a garantia constitucional da razoável duração do processo, estatuída no art. 5º, inc. LXXVIII, da Carta Magna. Precedentes de ambas Turmas do STF: HC 109.825, 2ª T, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 6/3/2012, e HC 111.200, 2ª T, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 6/3/2012.

¹² RTJ 187/933-934, Rel. Ministro Celso de Mello.

¹³ Relatório do Projeto de Lei 166/2010 (fonte: <www.senado.gov.br>).

¹⁴ HC 111383/MT, Relator(a): Ministro Gilmar Mendes, DJe-099 DIVULG 21-5-2012.

A duração razoável do processo como direito fundamental no Brasil...

2. Ordem concedida para determinar o julgamento do RHC n. 28.627 na sessão seguinte à comunicação desta decisão.¹⁵

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, tem trilhado caminho equivalente, procurando garantir, de sua parte, a realização do postulado constitucional da duração razoável do processo.¹⁶

3 A DURAÇÃO RAZOÁVEL E OS MECANISMOS PARA A SUA IMPLEMENTAÇÃO

3.1 O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Foi no cenário acima traçado – de asfixia, estrangulamento e morosidade do processo e do Judiciário – que amadureceram e ganharam corpo as reflexões em torno da oportunidade e conveniência da elaboração de um Novo Código de Processo Civil.

Terá pesado, em favor da proposta, o fato do vigente Código de Processo Civil (de 1973) ter sido objeto de mais de 60 leis que o reformaram, ora apenas parcial e pontualmente, ora em reformas que alteraram significativamente institutos centrais do sistema processual projetado em 1973. Além disso, o vigente CPC teve de enfrentar o advento de um novo regime constitucional (a Constituição de 1988), que imprimiu ao processo civil significativas alterações. A tudo isso se deve somar, ainda, a intensa massificação das relações constitucionais, entre outros fatores.

Reunidos em torno dessa problemática, juristas de todo o país – sob a competentíssima regência da professora Teresa Arruda Alvim Wambier,¹⁷ encarregada da relatoria-geral dos trabalhos – apresentaram ao Senado Federal o Anteprojeto para a instituição de um Novo Código de Processo Civil, que deu origem ao Projeto de Lei (PLS) n. 166, de 2010, e que atualmente tramita na Câmara Federal, sob o número 8.046.

O projeto apresentado – e, agora, tanto mais, aprimorado que foi no Senado Federal e na comissão instaurada perante a Câmara – carrega grandes inovações e inúmeros pontos positivos.

¹⁵ HC 110707/SP, Relator(a): Ministro Luiz Fux, DJe-121 - Divulg 20-6-2012.

¹⁶ Assim: “[...] 3. Verificando-se, portanto, que o sobrestamento do pedido de progressão já perdura por longos 16 meses, tem-se a existência de constrangimento ilegal por ofensa ao primado da obrigatoriedade da jurisdição e da razoável duração do processo. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida.” (HC 236351/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14.5.2012).

¹⁷ A Presidência do Senado Federal, mediante os atos de ns. 379 e 411, de 2009, instituiu a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do CPC, com a seguinte composição: Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Luiz Fux, Marcus Vinícius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Empresta-se maior organicidade ao seu texto: composto por 970 artigos, o PLS n. 166, de 2010, que institui o Código de Processo Civil, é dividido em cinco Livros: Livro I – Da Parte Geral; Livro II – Do Processo de Conhecimento; Livro III – Do Processo de Execução; Livro IV – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais; Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias. Verifica-se, assim, que a disciplina relativa aos recursos foi relegada à parte final do Código, com total acerto, além da organização de uma parte geral, que trata de institutos fundamentais e aplicáveis a todos os livros (*ex. competência, cooperação nacional*).

Há a assunção expressa de diversos dispositivos constitucionais (princípios da razoabilidade, efetividade, proporcionalidade), inaugurando seu texto com os seguintes dizeres: “[...] *o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal [...]*” (art. 1, do PL 166),¹⁸ o que denota uma “sintonia fina” entre seu regime e os preceitos constitucionais.

O Projeto do Novo CPC dedica particular atenção à mediação, com a declarada intenção de favorecer um ambiente propício ao maior incremento dos mecanismos de soluções alternativas de conflitos, dando ênfase à possibilidade de as partes colocarem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação, compreendendo-se uma satisfação efetiva das partes pode ocorrer de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.¹⁹ Assim, outorga-se aos Tribunais do país competência e a possibilidade de criarem setores de conciliação e mediação destinados a estimular a autocomposição (art. 144, do Projeto).

A ênfase ao estímulo que deve ser dado à mediação é dirigida não apenas aos magistrados, mas também aos advogados, ao Ministério Público e igualmente aos defensores públicos (art. 145).

Merece destaque a garantia que é dada ao instituto da mediação, no sentido de que esta será informada pelos “princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade”, o que é realmente digno de aplausos.

Há um evidente incremento na disciplina do assunto. Diferentemente do Código de Processo ainda em vigor, que data do ano de 1973, o Projeto do Novo CPC preocupa-se em disciplinar as atividades inerentes aos mediadores, o que é feito nos arts. 146 e seguintes. Com efeito, estabelece que os conciliadores terão a atribuição de sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Estabelece, também, que ao mediador competirá o auxílio às pessoas interessadas para que estas compreendam as questões e os interesses envolvidos, como consta do parágrafo segundo do art. 145, do Projeto em questão.

¹⁸ O Capítulo I de seu Título I é intitulado “Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil”.

¹⁹ O que, sem dúvida, favorece a garantia de acesso à justiça, na sua compreensão mais genuína, ou seja, escapando da já ultrapassada ideia de que o acesso à justiça somente se realiza pelo acesso ao Poder Judiciário.

Para além disso, o Projeto contempla a participação do *amicus curiae*, a fim de se assegurarem condições de uma maior e mais efetiva participação de terceiros interessados no deslinde de processos em curso.

Corrige-se a grave imprecisão técnica do Código atual, regulamentando-se no Livro I (mais precisamente no Título dedicado ao que pode ser chamado de “teoria geral das provas” (arts. 257 a 276) a “produção antecipada de provas”, a “justificação” e a “exibição”).

O Livro II do Projeto, dedicado a disciplinar o “processo de conhecimento”, simplifica-o, substancialmente: as “exceções formais” e demais incidentes, inclusive a “nomeação à autoria”, são transformados em meras preliminares de contestação, alteração digna de aplausos. Além disso, há um maior aproveitamento do processo, relativamente às nulidades.

Mantendo todas as inovações trazidas ao nosso sistema desde 1994 (e mais notadamente pela reforma das Leis 11.232 e 11.382, o cumprimento de sentença no Projeto permanece no livro dedicado ao processo de conhecimento (Livro II). Assim, o Livro III do Projeto dedica-se ao “processo de execução” (arts. 697 a 846), é dizer, em disciplinar a execução fundada em título executivo extrajudicial, mas cujas regras serão aplicadas, supletivamente, ao cumprimento de sentença (art. 697, *caput*). Neste Livro III as novidades –entre muitas outras - que merecem destaque, são: o estabelecimento de contraditório para que o bloqueio de ativos financeiros (“penhora on-line”), quando solicitado eletronicamente pelo juiz, transforme-se em penhora e o estabelecimento de regras específicas para a execução fundada em título *extrajudicial* em face da Fazenda Pública (art. 834).

O Livro IV, intitulado “Dos Processos nos Tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais”, é dividido em dois Títulos. Na linha de uma forte tendência de aproximação com o sistema anglo-saxônico (*common law*), os precedentes judiciais ganham ainda maior destaque e força. Além disso, há a regulamentação – mais ampla e já no primeiro grau de jurisprudência – para os julgamentos repetitivos, ou julgamentos por amostragem, que é o chamado “incidente de resolução de demandas repetitivas” (arts. 895 a 906),²⁰ a fim de evitar “[...] grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.”

3.2 OUTROS CAMINHOS, PARA ALÉM DE UM NOVO CÓDIGO

São inúmeros os méritos do Projeto proposto e que advirão de um Novo Código de Processo Civil, mais racional, simplificado e comprometido com o formalismo *valorativo* (e não com o formalismo excessivo, e o excessivo apego às formas em detrimento do mérito). Esse é um ponto sobre o qual não se discute,

²⁰ O que se verifica, hoje, para os recursos especiais repetitivos e para a repercussão geral.

ou dele se pode duvidar. Apenas se pretende, nestas breves linhas, propor algumas reflexões para além do Novo Código, assentados na premissa de que não se pode esperar ‘milagres’ de uma (mera) reforma legislativa.²¹

De qualquer modo, que caminhos ou alternativas seriam essas?

Sem pretender esgotar o tema e outras reflexões – *quijá mais demoradas e profundas* – que o assunto, de altíssimo relevo, demanda, enumeraríamos as seguintes propostas, ainda que de maneira bastante sucinta e embrionária:

- a) o *Gerenciamento de processos*: esse gerenciamento há de ser implementado a partir de duas óticas: a do processo (e, assim, concentrar-se-á na figura do juiz, que deverá adotar uma postura mais ativa em relação ao controle da petição inicial, análise das condições da ação e saneamento do processo); de outro lado, também passará pelo gerenciamento dos processos sob o ângulo do Cartório, cuja gestão há de ser relegada a uma equipe multidisciplinar (administradores, gestores, profissionais de recursos humanos);
- b) o incremento das *técnicas de solução de conflitos extrajudiciais*, notadamente no campo das conciliações perante o Poder Judiciário, o que há de ser feito mediante uma equipe técnica especializada e treinada; além disso, a disseminação da cultura de formas alternativas de solução, passa, necessariamente, por uma revisão na formação dos nossos operadores de Direito,²² voltada que é, fundamentalmente, para a solução contenciosa, calcada na solução dos conflitos (e de todos eles!) por meio de processo judicial;
- c) a ampliação da *desjudicialização*, inaugurada pela Lei n. 9.307/1996 e significativamente incrementada por outras leis mais recentes (*v.g.*, a Lei n. 10.931/2004, referente à retificação de registros de imóveis; a Lei n. 11.101/2005, que substituiu a Lei n. 7.661/45, modernizando o processo falimentar do empresário e da sociedade empresarial, criando a recuperação extrajudicial da empresa; a Lei n. 11.441/2007, que prevê a Separação, Divórcio e Inventário por escritura pública), retirando da esfera de competência dos tribunais atos e procedimentos que possam ser eliminados ou transferidos para outras entidades, salvaguardando-se, porém, o núcleo essencial da função jurisdicional;

²¹ Qualquer alteração legislativa dependerá da composição de outros fatores (sociais, econômicos, etc.), especialmente da (re)estruturação do Poder Judiciário e da alteração da mentalidade dos jurisdicionados, com a modificação da cultura de “*recorrer-se sempre*”. Ver, sobre o assunto, Couto (2007, p. 17-21).

²² A esse respeito escrevemos, em coautoria com Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, sobre a importância e a urgência da reformulação na grade curricular dos cursos de Direito no Brasil, a fim de que contemplem o estudo de práticas de novos mecanismos de acesso à justiça, tais como mediação, técnicas de negociação, etc. Couto; Meyer-Pflug (2012, p. 409-422).

- d) é cediço que a cultura demandista e de interposição desmedida de recursos tem no Estado (Poder Executivo) um grande protagonista. Pesquisas recentes demonstram que a administração pública (federal, estadual e municipal) é a maior “cliente” do Judiciário. Nesse sentido, propõe um comprometimento do Poder Executivo, para um maior respeito às leis e às decisões judiciais (inclusive o pagamento de precatórios), o que significaria uma substancial diminuição dos números e da taxa de congestionamento que assolam o Judiciário.
- e) a tudo isso se deve somar, ainda, uma solução que nos afigura relativamente fácil de ser implementada, que é pelo emprego da *hermenêutica*. Nesse sentido, é claro, o compromisso do Poder Judiciário, com vistas ao (total) abandono da jurisprudência defensiva e ao formalismo exacerbado (em prol do formalismo valorativo ou útil, a respeito do qual nos fala Carlos Alberto Álvaro de Oliveira).²³

Há um longo caminho ainda a ser percorrido. Sabe-se, também, que o Novo Código de Processo Civil, nos moldes em que está projetado, favorecerá um ambiente de maior dinamização, simplicidade e celeridade processuais e, portanto, de respeito às decisões judiciais, ambiente este em que, implementadas as sugestões acima trazidas, poderá nos aproximar de uma superação (um dia, total), da crise da Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.

ARMELIN, Donaldo. Uma visão da crise atual do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 137, p. 245-256, jul. 2006.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²³ Oliveira (2010).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As bases do direito processual civil. *Temas de direito processual – primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Recurso Extraordinário, repercussão geral e súmula vinculante, *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 151, p. 99-119, set. 2007.

COUTO, Mônica Bonetti. Objetivação do recurso extraordinário: notável tendência? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 83, fev. 2010.

_____. *Recurso Adesivo à luz da teoria geral dos recursos*. Biblioteca Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Repercussão geral da questão constitucional: algumas notas reflexivas. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A educação jurídica no Brasil e os meios não contenciosos de solução de conflitos. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. In: RABELLO, Sérgio; RENAULT, Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contensão dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC – Críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NICOLITT, André Luiz. *A Duração Razoável do Processo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WANBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROSAS, Roberto. Reforma do Judiciário: acertos e desacertos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSON, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). *Coletânea de Estudos Jurídicos*. Brasília, DF: Superior Tribunal Militar, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZARIF, Cláudio Cintra. Da Necessidade de Repensar o Processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUX, Luiz et al. (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



A TEORIA RAWLSIANA DAS OBRIGAÇÕES POLÍTICAS: O DEVER DE OBEDECER ÀS LEIS

Robison Tramontina*

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação destaca e analisa uma das propostas sustentadas por Rawls sobre obrigações políticas. O mencionado autor em duas oportunidades distintas apresentou fundamentações diferentes para o dever de obedecer às leis. A primeira data de 1964 e foi exposta no texto *Legal obligation and the duty of fair play* (LO), a segunda, de 1971, é destacada na sua principal obra *A Theory of Justice* (TJ). O escopo desta é listar as principais limitações que a primeira formulação rawlsiana apresenta. Ela está dividida em duas partes: na primeira, apresenta-se a tese de que o *fair play* (equidade) fundamenta o dever de obedecer à lei e posteriormente, demonstram-se as limitações das reflexões rawlsianas sobre o referido tema. A ideia central defendida é que falta à proposta de Rawls um conceito adequado de esquema cooperativo, não há uma explicitação dos termos que tornam a cooperação justa ou igual e também não existe uma discussão adequada da questão da aceitação de benefícios. Além disso, ele não justifica consistentemente a tese de que as obrigações são devidas aos cidadãos.

Para Rawls, os vínculos políticos entre os indivíduos e destes com as instituições, em um regime democrático constitucional, estão fundados no dever natural de justiça. Este dever, em TJ (1971), ocupa papel central na justificação da desobediência civil e na fundamentação do dever de obedecer às leis, sejam elas justas ou injustas.¹ Ao priorizar o dever natural de justiça, Rawls relega o princípio da equidade a um papel secundário.

Esse cenário teórico não é idêntico àquele montado e justificado em LO (1964). Nesta obra, a tese central é a de que a obrigação de obedecer às leis está fundada no dever de *Fair Play* (Princípio da equidade). Rawls, portanto, alterou o modo de fundamentar a obediência à lei. O princípio da equidade (*fair play*) foi substituído pelos deveres naturais. Contudo, o primeiro não foi completamente

* Doutor (2011) e Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000); graduado em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo (1997), atualmente é Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; tem experiência na Área de Filosofia, com ênfase em Ética, Filosofia Política e Filosofia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Teorias da Justiça, Epistemologia Jurídica e Argumentação Jurídica.

¹ Evidentemente que o dever de obedecer à lei se torna problemático, em se tratando de leis injustas. As leis justas, aparentemente, justificam-se por si mesmas.

excluído em TJ. O que chama a atenção é que em momento algum essa alteração foi indicada ou justificada na trajetória argumentativa rawlsiana.

Considerando-se isso, dever-se-ia: indicar as prováveis causas desta alteração, como também suas consequências teóricas e investigar se a troca de fundamento torna a teoria rawlsiana das obrigações políticas mais ou menos consistente. Contudo, por razões didáticas e de espaço, reduzir-se-á significativamente o campo de análise. A presente investigação ficará restrita à fundamentação destacada em LO.

Para atender aos objetivos propostos, é necessário, primeiro, expor e analisar, em linhas gerais, os argumentos desenvolvidos por Rawls em LO (1964) e, posteriormente, indicar os limites de tal proposta.

2 O PRINCÍPIO DA EQUIDADE (*FAIR PLAY*)² COMO FUNDAMENTO DA OBEDIÊNCIA À LEI

Em LO (1964), Rawls pretende investigar os fundamentos da obrigação moral³ de obedecer à lei defendendo duas teses: a obediência à lei é um dever *prima facie* de *fair play* e a obrigação não é devida ao Estado ou à lei propriamente dita, porém aos outros cidadãos. O ponto central do argumento rawlsiano não é se tal obrigação existe, ele a pressupõe, mas qual o fundamento dela.

Cabe observar que o pano de fundo institucional pressuposto por Rawls é o de uma democracia constitucional. O sistema legal em questão atende ao conceito de Estado de direito (*rule of law*), à noção de sistema de regras públicas, em que os casos são tratados similarmente e assegura os princípios básicos da cidadania igual, da liberdade das pessoas e garante a participação no processo político. É o fundamento da obrigação a um sistema legal dessa natureza que está em jogo. Não se discute a obrigação a qualquer sistema legal, mas a de um tipo específico, o sistema legal de uma democracia constitucional. Uma das suas principais características é de que os princípios, as regras, os procedimentos legais e políticos são assegurados pela Constituição.

Indicado o quadro institucional, no qual a obrigação moral de obedecer à lei é discutida, faz-se necessário propor duas linhas de investigação para esclarecer e averiguar a consistência do argumento apresentado. A primeira refere-se à (i) e a segunda à (ii).

Quanto à (i), primeiro, é necessário investigar os conceitos de obrigação e o de *Fair Play* (i1). Na sequência, avaliar se o argumento de Rawls é consistente (i2).

² Aqui os termos são utilizados como intercambiáveis.

³ Destaca-se a expressão “obrigação moral” por entender que um dos grandes problemas de toda teoria das obrigações políticas é justificar a possibilidade de uma fundamentação moral desse tipo de obrigação.

(i1a) Rawls entende o termo “obrigação” em sentido estrito, associado a deveres e responsabilidades institucionais. De acordo com ele, as obrigações têm conexão com regras institucionais. Assim, ao ocupar determinadas posições ou papéis sociais, os indivíduos assumem ou geram obrigações.

Como laços institucionais, esses vínculos não são naturais, eles derivam de atos voluntários, geralmente assumidos, na maior parte das vezes, por promessas ou aceitação de benefícios. Contudo, obrigações desse tipo podem ser derogadas por outras mais fortes.

Estar obrigado ou se sentir obrigado⁴ implica restrições e, em algumas situações, agir sobre pressão, coação. As obrigações estabelecem condutas ou expectativas de comportamentos. Assumem o papel de condutoras da ação à medida que sugerem, para a ação do indivíduo, certas expectativas de comportamentos, as quais ele pode ou não ter consentido ou pretendido gerar. Elas, de certo modo, pressionam-no a agir de acordo com o exigido. Contudo, não há um dever moral absoluto, ou outro de qualquer natureza, de cumpri-las, elas são condicionais. São obrigações *pro tanto*.⁵

Rawls opera com o conceito de obrigação tal como formulado por Brandt⁶ e por Hart.⁷ Aceita a distinção entre “ter uma obrigação” e “dever fazer” e ressalta que as obrigações diferem dos deveres.⁸

Segundo Hart,⁹ as obrigações diferem dos deveres. Aquelas apresentam as seguintes características:

- a) Uma obrigação é uma exigência moral gerada por um ato voluntário (ou omissão). Diferentemente dos deveres, as obrigações exigem um tipo especial de *performance*;
- b) uma obrigação é devida de uma pessoa específica para uma pessoa ou mais pessoas. Os deveres, em contraposição, são devidos a todas as

⁴ Aqui as expressões são utilizadas no mesmo sentido.

⁵ “A *pro tanto* reason is a reason that always carries some weight in the balance of reasons concerning how one should act. If no other reasons bear on the case, then one should act as the reason dictates, as one should also do if it outweighs any competing reasons.” Knowles (2010, p. 16).

⁶ Brandt (1964).

⁷ Hart (1984).

⁸ “Considerando isso um juízo de obrigação, como: “A tem a obrigação de fazer X” exprime o conteúdo das obrigações da seguinte maneira: (a) são devidas às pessoas específicas; b) foram geradas ou assumidas pela relação “especial” com essas pessoas; c) estão fundadas em boas razões, por exemplo, uma promessa e (d) são exigências condicionais. Em contraposição, um juízo de dever, por exemplo, “X deveria fazer A” sugere, ao contrário, que: (a) não há especificação a quem são devidos; b) não há relação especial com essas pessoas; c) estruturam-se em fortes razões e (d) exigem de forma absoluta. Em outros termos, os deveres são “mais fortes” do que as obrigações.” (TRAMONTINA, 2011, p. 16).

⁹ Hart (1984).

pessoas. As obrigações pessoais, são entendidas como pagamentos ou débitos e podem ser renunciadas. Os deveres são difusos, alguém deve para todos e são irrenunciáveis;

- c) para toda obrigação gerada um direito correlato é criado. A existência de uma obrigação implica a existência de direito correspondente. Os deveres obrigam, mas não asseguram direitos. Por exemplo: “X está se afogando. Tenho o dever (moral) de ajudá-lo. Contudo, isso não implica que ele tenha o direito de ser salvo”;
- d) é a natureza da transação ou relação e não a do ato exigido que o torna obrigatório. A obrigação não deriva do conteúdo moral do ato exigido. Nem todo ato moralmente aceitável ou prazeroso é obrigatório. Em outros termos, não é nobreza nem a correção do ato que obriga, mas o fato de existir tal obrigação, gerada de alguma forma.

Rawls aceita e trabalha com esse conceito restrito de obrigação. Ele observa que, apenas desse modo, pode-se sustentar que o princípio do *fair play* pode fundar a obrigação de obedecer à lei. O conceito restrito de obrigação é condição para que o princípio da equidade possa fundamentar referida obrigação. Para reforçar esse entendimento, nega a possibilidade de fundar o dever de não realizar, por exemplo, crimes violentos (assassinato, furto, roubo) no referido princípio. Estes crimes, por serem errados em si (*mala in se*), são errados independentemente da ordem legal. O dever de não cometê-los está fundado em outro princípio ou princípios, especificamente, em outra ordem que aparentemente não depende da aceitação do indivíduo. Aqui há uma sugestão de que algumas ações podem ser exigidas por serem “deveres naturais”. Isso será posteriormente melhor detalhado.

(i1b) Embora alguns filósofos anteriores tenham sugerido algo parecido com o princípio do *fair play*, Hart foi o primeiro a formulá-lo, apesar de não utilizar essa expressão. Ele o expressou da seguinte forma:

[...] Quando uma quantidade de pessoas conduz qualquer empreendimento em conjunto de acordo com regras e assim restringem sua liberdade, aqueles que se submeteram a estas restrições quando solicitados têm direito a uma submissão similar daqueles que se beneficiaram de sua submissão.¹⁰

De acordo com o autor citado, esquemas cooperativos estão fundados em restrições, mais precisamente, em uma “mutualidade de restrições”, ou seja, neles, pessoas que cooperam produzem benefícios que podem ser usufruídos por todos, inclusive por aqueles que não cooperam. Desse modo, mesmo os não cooperadores podem se beneficiar dos esforços expendidos pelos demais. Contudo, consoante o princípio do

¹⁰ Hart (1984, p. 85).

fair play, os cooperadores podem exigir dos não cooperadores que estes se submetam às regras e limitem sua liberdade, uma vez que eles estão se beneficiando da submissão, dos sacrifícios dos outros. Assim, é justo que eles também façam a sua parte. Nessa linha de raciocínio, ninguém pode usufruir, justamente, de benefícios produzidos pelos outros sem dar sua parcela de contribuição. Os que cooperam podem exigir daqueles que estão se beneficiando da sua submissão que também se submetam e cooperem.

A mutualidade de restrições hartiana traz em seu bojo uma concepção de reciprocidade. Essa parece ser a principal ideia do princípio do *fair play* esboçado por Hart. A reciprocidade informa que a distribuição dos benefícios e encargos dos membros de grupo deve ser justamente compartilhada.¹¹

O princípio do *fair play* é retomado de forma mais detalhada por Rawls.¹² Na versão rawlsiana o princípio apresenta o seguinte teor:

Suponha que há um esquema mutuamente benéfico e justo de cooperação social, e que as vantagens que ele gera podem somente ser obtidas se todos, ou quase, todos, cooperarem. Suponha ainda que a cooperação exija um determinado sacrifício de cada pessoa, ou pelo menos envolva uma determinada restrição de sua liberdade. Suponha finalmente que os benefícios produzidos pela cooperação são, até certo ponto, livres, o esquema da cooperação é instável no sentido que se qualquer pessoa souber que todas as outras continuarão a fazer sua parte, ainda poderá compartilhar de um ganho do esquema mesmo se não fizer sua parte. Sob estas condições uma pessoa que aceitou os benefícios do esquema é limitada pelo dever de *fair play* para fazer sua parte e não para se aproveitar dos benefícios livres de não cooperar.¹³

A passagem demonstra que Rawls introduz alguns novos elementos em relação à versão hartiana. O primeiro concerne à caracterização do tipo de esquema social, o qual precisa ser mutuamente benéfico e justo. Aquele parece estar implícito em Hart, mas este não. O esquema social de cooperação deve ser justo, ou seja, deve satisfazer aos dois princípios de justiça¹⁴ esboçados por Rawls alguns anos antes.

O segundo refere-se à tese rawlsiana de que os benefícios de um esquema cooperativo dependem da colaboração da maioria ou de todos. Como existe a possibilidade de alguém não cooperar, e, por conseguinte, desfrutar dos benefícios sem ter contribuído (o problema do *free-rider*), em razão da instabilidade do sistema de cooperação, o princípio do *fair play* serve para justificar a necessidade da cooperação. O *free-rider* aceita os benefícios,¹⁵ ao desfrutar deles, e por essa razão necessita ou deveria colaborar.¹⁶

¹¹ Horton (1996), Horton (2006) e Horton (2007).

¹² Rawls (1999).

¹³ Rawls (1999, p. 9-10).

¹⁴ Serão expostos e explicados posteriormente.

¹⁵ Rawls não percebe que ser beneficiado e aceitar benefícios são questões distintas (SIMMONS, 1981).

¹⁶ Smith (1999, p. 79), um crítico da teoria rawlsiana, destaca como relevantes no princípio do *fair play*

(i2) Após a exposição sobre como Rawls entende a noção de obrigação e o princípio do *fair play*, passa-se à avaliação da consistência da tese de que a obrigação de obedecer à lei se fundano referido princípio. De acordo com Rawls, em uma democracia constitucional, na qual o sistema legal atende às regras do Estado de direito, as regras são públicas, os direitos e as liberdades civis e políticas são assegurados, há uma obrigação moral de obedecer à lei.

O autor supracitado argumenta que, algumas vezes, há a obrigação de obedecer às leis, mesmo quando: a) pensa-se corretamente que as leis são injustas e b) nas situações em que desobediência aparentemente garantiria um bem maior.

- a) A exigência de obedecer às leis, quando elas são injustas, está relacionada à existência de princípios e mecanismos institucionais, próprios da democracia constitucional, que são parâmetros de avaliação das propostas ou reivindicações apresentadas, pela maioria ou minoria. São exemplos: a constituição justa e a regra da maioria. Associado a isso está o senso de justiça de cada cidadão e a capacidade de concordar sobre um procedimento constitucional considerado justo.

Sustenta Rawls:

Se uma pessoa pensa a constituição como uma parte fundamental do esquema da cooperação social, então, pode-se dizer que se a constituição é justa, e se uma ela aceitou os benefícios de seu funcionamento e pretende continuar a assim fazer, e se a regra decretada está dentro de determinados limites, então a pessoa tem uma obrigação, baseada no princípio do *fair play*, de obedecer. Ao aceitar os benefícios de uma constituição justa a pessoa se torna limitada a isto, particularmente, a pessoa se torna limitada a uma de suas regras fundamentais: dar um voto majoritário no benefício de um estatuto, que deve ser decretado e executado corretamente.¹⁷

Desse modo, as leis aprovadas pelo procedimento constitucional, anteriormente mencionado, mesmo as que parecem ser injustas, são um caso de *fair play*. Encaixam-se assim desde que: o esquema de cooperação social seja justo; e os benefícios tenham sido aceitos e continuarão a serem aceitos.

Como o esquema da cooperação social somente é justo, se operar com os princípios justos da Constituição, é necessário identificá-los. Os princípios que asseguram a justiça da Constituição e posteriormente do esquema social, são os seguintes:

três aspectos: a necessidade da cooperação quase universal para que o esquema social tenha sucesso; a obediência às regras pressupõem algum tipo de sacrifício; e, que o esquema social deve estar de acordo com os princípios de justiça.

¹⁷ Rawls (1999, p. 122).

O primeiro destes princípios exige que todos tenham um direito igual a mais extensiva liberdade compatível com a liberdade para todos; o segundo é que as desigualdades são arbitrárias a menos que seja razoável esperar que elas contribuam para a vantagem de todos e que as posições e deveres a que eles se unem ou dos quais podem ser ganhas estão abertos a todos.¹⁸

Os mencionados princípios, o da liberdade igual e o da diferença (as desigualdades são razoáveis e beneficiam a todos – igualdade equitativa de oportunidades), assegurados na Constituição e em seus procedimentos, formam a referência avaliativa do esquema social. A efetivação ou operacionalização destes princípios em um esquema social cooperativo o tornam justo, especialmente, do primeiro princípio, o da liberdade igual. Assim, de acordo com Rawls, quando essas liberdades são garantidas e procedimentos constitucionais adequados existem, pode-se dizer que a legislação promulgada é compatível com os princípios da justiça. Contudo, nem a mais eficiente Constituição pode prevenir a promulgação de leis injustas, nem o procedimento constitucional justo pode assegurar resultados justos.

Em síntese, as vantagens produzidas pelo esquema social cooperativo justo e o fato de se terem aceitado os benefícios dele, obrigam-no a obedecer às leis, mesmo aquelas que possam ser injustas. Uma lei injusta não desqualifica todas as vantagens e benefícios produzidos por um sistema legal de um sistema cooperativo justo e não há como garantir que a constituição justa e os procedimentos constitucionais adequados efetivem ou possam se distanciar das injustiças. Desse modo, o princípio do *fair play* pode justificar a obediência a uma lei injusta.

- b) Agora se destacam as situações em que desobediência, por parte de alguns ou da minoria, aparentemente garantiria um bem maior. Por que mesmo assim a lei precisaria ser obedecida? Rawls sustenta a tese de que, além do dever de *fair play* que justifica a obrigação de obedecer à lei, os princípios da justiça são absolutos em relação ao princípio da utilidade (o princípio de maximizar a soma total das vantagens), o qual é incapaz de justificar instituições justas.

Rawls não justifica em detalhes sua tese, apenas afirma que, quando ocorre um conflito entre o princípio de justiça e o da utilidade, o primeiro deve prevalecer, pois, provavelmente, está mais próximo do conceito de direito (*concept of right*). Para “provar” esta proximidade, sugere, como hipótese, assumir que o conceito de justiça tem um peso absoluto e ver se tal sugestão, com base em opiniões morais consideradas, leva a conclusões que não podem ser aceitas. Isso seria pensado por

¹⁸ Rawls (1999, p. 123).

peças capazes do senso de justiça, as quais estivessem reunidas com o propósito de indicar os princípios de funcionamento de suas instituições, a partir de uma posição inicial de igualdade. Desse modo, poder-se-ia mostrar a proximidade do conceito de direito com o conceito de justiça. Em razão da precariedade do argumento destacado pelo próprio Rawls (argumento analítico), não será avaliado.

3 OS LIMITES DE UMA FUNDAMENTAÇÃO DO DEVER DE OBEDECER À LEI BASEADA NO PRINCÍPIO DO *FAIR PLAY* (EQUIDADE)

A tese central rawlsiana de que a obrigação de obedecer à lei é um caso de *fair play* levanta alguns problemas. Estes se referem ao que se entende por esquema cooperativo, a exigência de que os termos de cooperação sejam justos ou iguais e questão da aceitação dos benefícios.¹⁹ Também podem se relacionar ao entendimento de que os benefícios de esquemas cooperativos dependem de que todos ou quase todos cooperem.²⁰

O que se entende por esquema social de cooperação? Quando um determinado esquema social é cooperativo? Horton²¹ sustenta que exemplos claros de esquemas cooperativos, os quais podem ser justificados pelo princípio do *fair play*, apenas aparecem em micros situações (*micro-situations*), por exemplo, jogar futebol no mesmo time, construir junto um computador, mas não em relação à sociedade ou ao Estado. De acordo com ele, é pouco plausível conceber a sociedade ou ao Estado como exemplos de esquemas de cooperação, dada a sua complexidade e amplitude. Assim, um dos problemas de Rawls é não explicar como e por qual razão a sociedade é um esquema de cooperação social. Caso a objeção seja consistente, a concepção rawlsiana fica evidentemente prejudicada.

Ligado a esse ponto está a questão dos benefícios mútuos. Quando uma cooperação é mutuamente vantajosa? Quando atende aos interesses pessoais? Quando todos ganham? Como no argumento anteriormente destacado, as micros situações podem ser utilizadas para explicar quando um esquema social cooperativo garante benefícios mútuos, contudo, elas não conseguem explicar o que é mutuamente benéfico em se tratando do Estado ou da sociedade.²²

Para gerar obrigações, o esquema social de cooperação, além de ser mutuamente benéfico, precisa ser justo. A mutualidade benéfica é uma condição necessária, mas insuficiente para obrigar. Esquemas mutuamente benéficos não são necessariamente justos. Por tal motivo, Rawls estabelece, na descrição do princípio do *fair play*, como base da obrigação política uma cláusula de justiça; a obrigação é nula quando os sistemas cooperativos são injustos.

¹⁹ Horton (1996).

²⁰ Simmons (1981).

²¹ Horton (1996).

²² Horton (1996).

Contudo, o ponto não seria problemático, se o que é justo não fosse, prática e teoricamente, controverso. Na ausência de critérios ou princípios que estipulem como seria uma distribuição justa dos benefícios e encargos da cooperação social não se tem condições de avançar muito na discussão sobre o que é o justo. A própria fundamentação dos critérios ou princípios demandaria acurada e profunda discussão.

Já foi destacada a hesitação de Rawls ao justificar a tese de que o princípio da justiça deve prevalecer sobre o da utilidade. Assim, por não ter ainda uma teoria da justiça adequada, o argumento rawlsiano construído, para fundamentar a obrigação de obedecer à lei no princípio do *fair play*, é incompleto e imparcial na tentativa de indicar o que é o justo. Por essa razão, sua proposta tem alcance limitado.²³

O terceiro ponto refere-se à aceitação dos benefícios. Consoante o argumento rawlsiano, a aceitação dos benefícios de uma constituição justa e a intenção de continuar recebendo-os faz com que as pessoas estejam obrigadas a fazer a sua parte. Ela é a terceira condição pela qual a pessoa reconheceria que ela tem uma obrigação. Pode-se dizer que para que as obrigações sejam geradas, dois níveis de exigência precisam ser atendidos: o objetivo e o subjetivo. O objetivo é expresso nas condições do esquema social cooperativo mutuamente benéfico e justo, e o subjetivo, na ação individual de aceitar os benefícios.

De acordo com o argumento do *fair play*, uma pessoa assume obrigações a partir do momento em que aceita os benefícios da mutualidade benéfica e do esquema social justo. Logo, o ponto central da discussão deve girar em torno do ato de aceitar benefícios. O que significa “aceitar benefícios”? Há necessidade de que o indivíduo saiba das consequências de sua aceitação? É um ato voluntário?

A característica central do argumento do *fair play* é não exigir atos voluntários, nem o conhecimento das implicações de ingressar em um esquema cooperativo. As obrigações estão fundadas sob a mutualidade de restrições, não em promessas ou acordos.²⁴ Desse modo, pelo menos sob esse aspecto, a teoria do *fair play* se afasta da teoria contratualista das obrigações políticas. Caso a aceitação de benefícios implique ato voluntário e de conhecimento de todas as exigências de entrar em um esquema cooperativo, o próprio termo não seria problemático.

Tudo indica que a mera recepção do benefício resultaria em obrigação, pois significaria aceitação. Mas isso leva ao problema da imposição dos benefícios. O que diferencia a recepção da imposição? Quem primeiro discutiu essa questão foi Nozick.²⁵ Ele apresenta uma série de exemplos para demonstrar que a existência (recepção) de benefícios não é suficiente para obrigar alguém. O mais conhecido é o que segue:

²³ Nessa direção, Horton (1996, p. 96) também observa que: há necessidade de uma teoria da justiça para preencher as lacunas da abordagem do *fair play*; e a natureza desta teoria é crucial para uma explanação e caracterização das obrigações que derivam do *fair play*.

²⁴ Hart (1984).

²⁵ Nozick (1994).

Vamos supor que algumas pessoas de seu bairro (há mais 364 adultos) fundaram um sistema de autofalantes e resolveram instituir um serviço de entretenimento público. Publicaram uma lista de nomes, um para cada dia, o seu entre eles. No dia que lhe é designado (pode-se trocar facilmente o dia com outra pessoa) o indivíduo deve operar o sistema [...] Depois de 138 dias em que todos fizeram a sua parte, chega seu dia. Está você obrigado a aceitar a sua vez? Você se beneficiou com o serviço, às vezes abrindo a janela para escutar apreciando algumas músicas ou soltando risadas com as piadas divertidas que ouviu etc. As outras pessoas cooperaram. Mas terá você que atender a convocação quando chegar a sua vez? [...] Embora você tenha se beneficiado com o arranjo, pode ter sabido durante todo tempo que 364 dias de entretenimento proporcionado por outras pessoas não valem para você renunciar um único de seus dias. Você preferiria não ter o serviço e não contribuir com um dia a tê-lo e ter que dar um dia de trabalho.²⁶

A passagem pode ser explorada a partir de diversas perspectivas e problemáticas. Investigar-se-á se há diferença entre o ato de ser beneficiado, a aceitação de benefícios e a imposição de benefícios. No exemplo citado, embora alguém não tenha participado da fundação, estruturação e definição do funcionamento do sistema público de entretenimento, incluíram-no nele, e, em algumas situações, obteve, benefícios. Contudo, na sua avaliação, participar é desvantajoso e não é do seu interesse integrar o arranjo. A questão é: O fato de alguém ter sido beneficiado gera a obrigação de cooperar?

Na esteira do argumento de Nozick, receber um benefício, sem ter consentido de alguma forma, não gera obrigação. Receber um benefício sem pressupor algo que indique que o indivíduo o está aceitando pode ser entendido como uma imposição de um benefício. Desse modo, a aceitação de um benefício envolve mais do que a mera existência e recepção deste.²⁷ O princípio da equidade não justifica a existência de uma obrigação, nem a exigibilidade dela. Esta decorre da primeira, por ele não demonstrar que o recebimento do benefício gera obrigação, também não dá razões para que aqueles que cooperam exijam dos demais a cooperação. Consequentemente, o referido princípio é vulnerável e inaceitável.²⁸

Nos termos em que foi apresentado e no interior do arcabouço teórico que Rawls dispunha em 1964, o princípio do *fair play*, pelas razões destacadas, apresenta muitos pontos problemáticos para fundamentar a obrigação de obedecer às leis. Assim compreendido, ele não pode justificar satisfatoriamente as obrigações políticas.

²⁶ Nozick (1994, p. 111).

²⁷ De acordo com Klosko (2008, p. 6), os exemplos apresentados por Nozick são fracos por se referirem a benefícios de pequeno valor. O argumento do *fair play* (equidade) é mais efetivo para explicar benefícios mais significativos produzidos por esquemas cooperativos. Estes benefícios mais significativos são os bens públicos que não podem ser excluídos. São exemplos destes bens: proteção pessoal, defesa nacional, ordem legal, proteção ambiental e proteção contra desastres naturais.

²⁸ Nozick (1994).

4 A QUEM SÃO DEVIDAS AS OBRIGAÇÕES: AO ESTADO OU AOS CIDADÃOS?

(ii) A segunda tese defendida por Rawls no texto LO, como já destacado, é de que a obrigação não é devida ao Estado ou à lei propriamente dita, mas aos outros cidadãos.

As teorias da obrigação política podem ser classificadas a partir de diversos critérios. Um dos possíveis é aquele que estabelece a quem a obrigação é devida. Assim, de acordo com este critério, as obrigações políticas podem ser devidas aos outros cidadãos ou ao Estado. Por conseguinte, elas podem ser classificadas em horizontais (cidadãos) e verticais (Estado).²⁹ São exemplos de teorias verticais: a fundada no argumento de gratidão e a no consentimento (histórico, tácito ou hipotético). Das teorias horizontais, podem ser citadas: o princípio da equidade (*fair play*) e o dever natural de justiça.

O argumento da obrigação política, fundado na gratidão, sustenta que os Estados providenciam importantes benefícios que não seriam assegurados, caso eles não existissem e não exigissem dos cidadãos grandes sacrifícios, gerando um débito de gratidão.³⁰ A obediência às leis indicaria uma demonstração de gratidão; a desobediência, de ingratidão.

A teoria do consentimento, de forma simplificada, defende que se está obrigado a obedecer, quando se consente, e desse modo, precisa-se obedecer à autoridade a quem foi dado o consentimento.³¹

Para a teoria do *fair play*, a obediência é devida aos concidadãos: “[...] é uma obrigação devida aos nossos concidadãos em geral: isto é, àqueles que cooperam conosco no funcionamento da constituição. Não é uma obrigação devida aos oficiais públicos, embora possa haver tais obrigações.”³²

Nas democracias constitucionais, em que existem constituições justas, o esquema cooperativo social é benéfico e justo; os benefícios resultam do sacrifício de todos ou da maioria, a obediência é devida aos concidadãos. Estes cooperam, fazem a sua parte, obedecem às leis, mesmo as que, aparentemente, podem ser injustas ou preservarem um bem maior.

O argumento centra na ideia de que os benefícios que podem ser usufruídos por todos, inclusive por aqueles que não cooperaram, exigem de todos, ou de quase todos, a obediência à lei. A cooperação, os benefícios, a justiça do esquema social, dependem da atuação de cada um. Eles existem, porque quase todos, senão todos, colaboraram, então dados os sacrifícios de cada um, é preciso se submeter à lei.

²⁹ Alves (2006).

³⁰ Wellman (2004).

³¹ Pitkin (1965).

³² Rawls (1999, p. 123).

Por que as obrigações são devidas aos cidadãos? Que pressuposto ou pressupostos justificam tal posição? Indicou-se que existem teorias que sustentam que as obrigações são devidas ao Estado.

Rawls sugere, pela natureza do empreendimento que as pessoas integram, pelo processo de formação dos benefícios, os quais implicam a participação de todos ou quase todos, e a maneira como são geradas as obrigações, a importância dos indivíduos como fundadores e fundamentos da vida política. Pode-se conjecturar primeiro, e aqui se ingressa no campo da especulação, pois não há textos ou indicações que possam corroborar tal afirmação, o autor, por formação e crença liberal, não compreende o Estado como essencial nos processos políticos e sociais, pelo menos, um Estado forte e interventor, catalisador de toda vida política e social, embora ele seja uma instituição importante da estrutura básica da sociedade.

Segundo, há uma ideia de pessoa pressuposta. Evidente, em uma análise inicial, que tal concepção, em 1964, não está claramente esboçada. As pessoas possuem um senso de justiça que as incita a não admitirem a possibilidade de obter vantagem sem a devida contrapartida. O fato de “X” estar no interior de um sistema cooperativo, regido justa, em que todos se beneficiam por uma constituição, inclusive ele, que possui senso de justiça, que aceita os benefícios, está obrigado a fazer a sua parte. Isso implica obedecer à lei. A lei preserva o funcionamento do sistema justo e do processo de produção e distribuição de benefícios. Assim, ela exprimiria aquilo que Rousseau denominou “vontade geral”, inscrita e informada pelos princípios de justiça consubstanciados na Constituição. Esta somente é considerada justa se assegurar os referidos princípios.

Ao se respeitar a lei, não apenas se cumpre com a devida obrigação, mas também se reconhece o outro como membro da sociedade, sugerindo que o esforço que ele faz é compreendido e que ao fazê-lo, espera-se que os outros façam a sua parte. Para ilustrar, “A” está em uma fila gigantesca, aguardando há 30 minutos para ser atendido, espera que os que chegarem depois dele, “não furem” a fila, ao contrário, que nela aguardem a sua vez. Qual a vantagem ou o benefício obtido por alguém que chegou depois, por não furar a fila? De um ponto de vista racional, não parece haver, momentaneamente, vantagem ou benefício algum. O melhor seria “furar” a fila e ser atendido prontamente, eliminando, assim, o desperdício de tempo, além de obter mais vantagens, como poder almoçar tranquilamente, levar os filhos ao cinema ou fazer outra atividade.

Imagina-se que, no dia seguinte, esse indivíduo que havia furado a fila esteja em uma delas e todos os que chegaram depois dele, passaram para frente. É possível que ele pense, nesse momento, sobre a conveniência e a necessidade de que, em algumas situações, senão na maioria delas, observar certas regras/leis é benéfico para todos e que ao desrespeitá-las, não se desrespeita simplesmente uma regra/lei,

mas também todos aqueles que se beneficiam dela. Então, supondo que fila seja o procedimento correto para situações que exigem um critério para definir a prioridade de atendimento, consta que: em sistemas cooperativos o respeito às regras/leis precisa ser pensado em longo prazo; certas regras/leis, não todas, se respeitadas beneficiam a todos, ou quase todos; e, ao desrespeitá-las, o indivíduo beneficia-se, viola a mutualidade benéfica e ofende os outros membros cooperadores.

Desse modo, talvez seja possível pensar a tese de que a obrigação é devida aos outros cidadãos. Ela elimina a ideia de coerção e impessoalidade, presente nas fundamentações que indicam o Estado e/ou autoridade política como sendo a quem as obrigações são devidas, e exprime de forma adequada a concepção da sociedade como sistema cooperativo.

O grande problema está na falta de coercitividade de uma proposta dessa natureza. O que garante que os membros agiram razoavelmente e não apenas racionalmente? Por essas razões, admite-se como conveniente apresentar uma proposta na qual as obrigações são devidas aos cidadãos, mas mediadas pelo poder político (Estado), proposta a ser destacada em outra oportunidade.³³

REFERÊNCIAS

- ALVES, Helio Ricardo de Couto. *Obrigação política e obrigação*. 2006. 114 f. Tese (Doutorado em Ciência Política)—Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- BRANDT, R. B. “The concepts of obligation and duty”. *Mind*, v. 73, n. 291, p. 374-393, Jul. 1964. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2251943>. Acesso em: 16 out. 2009.
- HART, H. L. A. “Are there any natural rights?” In: WALDRON, Jeremy (Ed.). *Theory of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- HORTON, John. “In Defence of Associative Political Obligations: Part One”. *Political Studies*, v. 54 p. 427-443, 2006.
- _____. “In Defence of Associative Political Obligations: Part Two”. *Political Studies*, v. 55 p. 1-19, 2007.
- _____. *Political obligation*. Atlantic Highlands, Humanities Press, 1992.
- KLOSKO, George. *Political Obligations*. New York: Oxford, 2008.

³³ Tal proposta foi construída e apresentada em *Uma teoria das obrigações políticas: uma proposta a partir do Liberalismo Político*, tese de doutorado defendida na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Robison Tramontina

KNOWLES, Dudley. *Political Obligation: A critical introduction*. New York: Routledge, 2010.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

RAWLS, John. “*Legal obligation and the Duty of Fair Play*”. (1964). In: FREEMAN, Samuel (Ed). *Collected papers*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. (Collected papers).

SMITH, M. B. E. “Is there a prima facie obligation to obey the law?” In: EDMUNDSON, Willian (Ed). *The duty to obey the law*. Lanhan: Rowman & Littlefield, 1999.

SIMMONS, A. John. *Moral Principles and Political Obligations*. Princeton: Princeton University Press, 1981.

TRAMONTINA, Robison. *Uma teoria das obrigações políticas: Uma proposta a partir do Liberalismo Político*. 2011. 140 f. Tese (Doutorado em Filosofia)—Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

WELLMAN, Cristopher Heath. “Political Obligation and the particularity requirement”. *Legal theory*, v. 10, n. 2, p. 97-115, jun. 2004.

A SUBJETIVIDADE FAMILIAR E O ESTABELECIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SUA PROTEÇÃO: UMA LEITURA A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Cristhian Magnus De Marco*
Charlotte Nagel De Marco**

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata a respeito das concepções de família através dos tempos, as formas de constituição dessa entidade e os princípios que norteiam o Direito de Família. A entidade familiar possui importância constitucional no Brasil, sendo considerada de valor jurídico e social para a formação física e psicológica de seus indivíduos. Consiste, ainda, em um meio de realização e promoção da subjetividade de seus membros.

Atualmente, quando se fala em família, têm-se como palavras-chave a dignidade da pessoa humana, a realização, o afeto e o desenvolvimento da personalidade. Diferentemente da família do passado, na qual os indivíduos membros tinham a obrigação de abrir mão de seus desejos pessoais para garantir o bem comum da entidade familiar, a família de hoje tomou a sua forma e busca a realização pessoal de seus membros e da coletividade.

O presente artigo, a partir desse panorama constitucionalizado ou constitucionalizável, procura analisar a possibilidade do estabelecimento de políticas públicas para a realização do direito fundamental à família.

2 FAMÍLIA: UM CONCEITO EM MOVIMENTO

O estudo da família comporta muitos enfoques, consubstanciando-se em categoria de forte simbolismo¹ e múltipla significação. Neste texto será focado o aspecto jurídico do fenômeno. A primeira observação a se fazer é de que o Direito de Família deixou de priorizar as questões patrimoniais; atualmente, passou a proteger os seus indivíduos membros, permanecendo como estrutura basilar da sociedade.

Para Lisboa,² é necessário que o direito acompanhe as mudanças ocorridas nas relações familiares: “Uma nova era das relações familiares se iniciou já há algumas

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor e pesquisador da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

** Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada

¹ Sartí (2004).

² Lisboa (2009, p. 11).

décadas, tornando-se urgente a mudança de mentalidade do aplicador da norma jurídica, sob pena de que ela não tenha o efeito prático desejado de pacificar as relações sociais.” Gonçalves³ afirma que “[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.” Na verdade, o objetivo da Lei, no que se refere à família, é estabelecer a estrutura, sem, no entanto, defini-la, pois não há identidade de conceitos tanto no direito quanto na sociologia.⁴

Para Groeninga,⁵ além de cumprir leis de filiação, a família também cumpre leis de aliança, protegendo e amparando física e psiquicamente seus membros, o que é inerente aos seres humanos por estes estarem ligados à dependência biológica e psíquica, tornando-se um fator essencial para a constituição da família.

No que diz respeito às relações existenciais na família contemporânea, a construção de um novo modelo familiar, voltado à dignidade da pessoa humana, é de suma importância para o desenvolvimento da personalidade de seus membros.⁶

A Constituição Federal de 1988 normatizou o respeito à dignidade da pessoa humana como o alicerce da entidade familiar, proporcionando o desenvolvimento e a realização dos seus indivíduos membros. Considerando as mudanças sofridas pela instituição familiar dentro do contexto popular do que vem a ser família, nos dias de hoje se considera o desenvolvimento, a realização, o afeto, a ética e a dignidade da pessoa humana, palavras que mostram muito bem como deve ser composta esta instituição.

Gonçalves⁷ enfatiza que o Direito de família está estreitamente ligado à vida, pois no geral, “[...] as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.”

Dias,⁸ manifesta-se em mesmo sentido:

Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos –, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito.

Segundo Farias,⁹ o modelo de família presente na atualidade não possui um padrão. Como consequência da emancipação das mulheres e dissociação entre

³ Gonçalves (2008, p. 1).

⁴ Gonçalves (2008, p. 1).

⁵ Groeninga (2003, p. 136-137).

⁶ Tepedino (2006, p. 356).

⁷ Gonçalves (2008, p. 1).

⁸ Dias (2010, p. 27).

⁹ Farias (2004, p. 23).

a família e o casamento, passaram a surgir as famílias monoparentais, bem como as advindas de uniões homossexuais, as unipessoais ou, ainda, as famílias recompostas (presença de componentes de outras famílias no mesmo lar). Esses modelos de famílias têm como princípio básico a afetividade, tirando o enfoque do patrimônio e da consanguinidade.

Gama¹⁰ leciona que o afeto demonstrado na convivência familiar é um sentimento fundamental, sem o qual esta não existe. Dentro do contexto de ética e afeto, sentimentos que são inerentes às instituições familiares, o que se deve prezar, acima de tudo, é o bem-estar da pessoa, a qual necessita de apoio da família para que esta tenha seu valor reconhecido dentro do grupo social em que vive.

Ainda, na mesma linha, o autor¹¹ afirma que “O perfil consensual e a afetividade constante e espontânea exercem, no segmento dos vínculos conjugais e companheirais, o papel de denominador comum das entidades familiares atuais.”

Portanto, o Direito de Família constitucionalizado implica em transformação. Passa a reconhecer o valor da afetividade entre seus componentes, surgindo, dessa forma, a família para realizar os interesses afetivos e também existenciais do indivíduo, promovendo suporte à sua formação e segurança na vida em sociedade.¹²

Para Lisboa,¹³ a consideração, a importância e a ligação existentes entre os membros da família por decorrência dos sentimentos que unem esses partícipes da entidade familiar, devem ser exaustivamente praticados, buscando um melhor relacionamento entre os cônjuges e os parentes.

Dias¹⁴ leciona que a Constituição Federal de 1988 é uma verdadeira carta de princípios, pois foi em decorrência dela que ocorreu um novo modo de ver o direito, a partir das normas que definem os direitos e garantias fundamentais.

Para Lôbo,¹⁵ é necessário ter uma visão mais ampla de família, a qual se baseia em um grupo social de indivíduos ligados por laços afetivos. Desse modo, denota-se que o direito de família está embasado no afeto.

Na concepção de Dias,¹⁶ mesmo que a família contemporânea tenha passado por uma mudança, é necessário que se tenha por base a ética, juntamente com a inserção do afeto, a fim de que se tenha um modo de vida equilibrado. E continua:

O seu principal papel é de suporte emocional do indivíduo, em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade

¹⁰ Gama (2008, p. 129).

¹¹ Gama (2008, p. 129).

¹² Boeira (1999, p. 85-86).

¹³ Lisboa (2009, p. 24).

¹⁴ Dias (2010, p. 57).

¹⁵ Lobo (2010, p. 96).

¹⁶ Dias (2006, p. 63).

no que diz respeito a laços afetivos. Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito. É mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento, ou seja, pessoas ligadas pelo vínculo do matrimônio. Também vem à mente a imagem da família patriarcal, o pai como a figura central, na companhia da esposa e rodeado de filhos, genros, noras e netos. Essa visão hierarquizada da família, no entanto, sofreu, com o tempo, enormes transformações. Além da significativa diminuição do número de seus componentes, também começou a haver um embaralhamento de papéis. A emancipação feminina e o ingresso da mulher no mercado de trabalho levaram-na para fora do lar. Deixou o homem de ser o provedor exclusivo da família, sendo exigida a sua participação nas atividades domésticas.¹⁷

Constata-se que é na instituição familiar que nascem as noções de *bom* ou *ruim*, *certo* ou *errado*, ou, ainda, do que se deve ou não se deve fazer. Na família se desenvolve o caráter de seus pertencentes, bem como se desenvolvem as noções éticas e morais. Inegavelmente, busca-se cada vez mais, a realização das subjetividades dos membros familiares, voltando-se para a assistência social e sentimental, deixando de lado discriminações e procurando ter como base o princípio da dignidade humana.

Para Tepedino,¹⁸ dentro das relações existentes nas famílias contemporâneas tem-se como base a dignidade da pessoa humana; esta base é um ótimo meio para o desenvolvimento da personalidade. O texto da Constituição de 1988 permite que sejam deixados de lado anos de excessivo formalismo jurídico, preconceitos e desigualdades.

Tratou-se de igualar homem e mulher, colocando-os no mesmo patamar perante a lei; da mesma forma a união estável entre homem e mulher se equiparou ao casamento, sendo ambos protegidos igualmente, bem como a criação dada ao filho por somente um dos pais. Também se proporcionou aos filhos, havidos ou não do casamento, ou ainda adotivos, igualdade de direitos entre eles. Essas são apenas algumas das muitas mudanças trazidas pela nossa Lei Maior; a Constituição Federal passou a ter papel fundamental em nosso país, tomando a frente do Código Civil em relação ao Direito de Família.¹⁹

Seguindo a linha da Constituição Federal, o Código Civil de 2002 promoveu mais ênfase ao afeto, chamando os pais a uma “paternidade responsável” e também colocando o afeto antes do vínculo sanguíneo, priorizando a família socioafetiva, e, dessa forma, reconhecendo e protegendo todos os tipos de constituição familiar.²⁰

¹⁷ Dias (2010, p. 42).

¹⁸ Tepedino (2006, p. 356).

¹⁹ Dias (2010, p. 31).

²⁰ Gonçalves (2008, p. 18).

As modificações nas estruturas sociais, culturais, políticas e econômicas sofridas em nosso país, desencadearam sensíveis transformações na família. Pertinente é a colocação de Boeira:²¹

A família ao transformar-se, valoriza as relações de sentimentos entre seus membros, numa comunhão de afetividade recíproca no seu interior. Assim, sob uma concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais, como apoio indispensável para a sua formação e estabilidade na vida em sociedade.

A chamada Constituição de 1988, portanto, refletiu uma mudança no comportamento e no modo de pensar das pessoas e nas relações familiares, transformando o modelo de família, ou seja, aquele protótipo de família em que o cabeça da casa era o pai, responsável pelo sustento da família; a mãe, dona de casa, desdobrava-se para cuidar dos afazeres domésticos e se dedicar ao marido e à educação dos filhos. Essa configuração de família já não serve mais como parâmetro absoluto.

Hoje se notam variedades de famílias, com diversas formações, conforme supracitado, existem as famílias tradicionais, aquelas constituídas de pai, mãe e filhos; existem as famílias monoparentais, as quais são formadas apenas por pai e filhos ou mãe e filhos; também existem as famílias formadas por avós e netos, tios e sobrinhos, ou, até mesmo, famílias constituídas por indivíduos do mesmo sexo.²²

Segundo Lisboa,²³ a instituição familiar de hoje é muito diferente da família patriarcal do século XIX:

[...] a menos que tratemos de considerar os núcleos sociais minoritários ainda existentes em nosso território nacional ou mesmo no exterior, que não sofreram os efeitos da tecnologia e do pós-modernismo, por questões relacionadas ora à *marginalização social*, ora ao *tradicionalismo* despropositado.

Nessa linha de posicionamento, Groeninga²⁴ constata que a família cumpre leis da aliança e leis da filiação, buscando o apoio físico e psíquico contra o desamparo, o que faz parte do ser humano, pois este é dependente biológica e psicologicamente, o que é fundamental para a sua constituição.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao referir-se a respeito da família, em seu artigo 226:

²¹ Boeira (1999, p. 85-86).

²² Bühring e Michelon (2010, p. 376).

²³ Lisboa (2009, p. 10, grifo do autor).

²⁴ Groeninga (2003, p. 136-137).

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais ou seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.²⁵

Como se pode notar, a Constituição Federal de 1988 introduziu na sociedade um sistema de novos princípios para a avaliação das entidades familiares. O Código Civil de 2002 disciplina aspectos do Direito de Família em 273 artigos, distribuídos em subtítulos, títulos e capítulos, os quais estão localizados no Livro IV da Parte Especial.

O referido diploma sistematizou mudanças já consagradas pela jurisprudência e legislação esparsa, como a Lei n. 4.121/1962, a qual alterou a figura da mulher casada; e a Emenda Constitucional n. 09/1977 que, concomitante com a Lei n. 6.015, estabeleceu o Divórcio como instrumento para a regularização da situação jurídica dos descasados, que porventura viessem a contrair novas uniões.²⁶

Considerando todas essas inovações, faz-se necessário citar, apenas a título de ilustração, as composições familiares mais frequentes em nossa sociedade.

2.1 A FAMÍLIA DECORRENTE DO CASAMENTO

Apesar de o casamento não ser mais a única forma de constituição da família legítima, a lei exerce maior normatização em relação às demais entidades familiares; por esse motivo, o legislador lhe confere maior atenção e proteção.²⁷

Conforme ensina Venosa,²⁸ as formalidades que antecedem a celebração do casamento, passando pelo ato material de conclusão, até os efeitos do negócio,

²⁵ Brasil (1988).

²⁶ Oliveira e Hironaka (2005, p. 3).

²⁷ Lisboa (2009, p. 14).

²⁸ Venosa (2007, p. 25).

os quais se estendem às relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole, todos esses trâmites são importantes ao casamento como negócio jurídico formal.

2.2 A FAMÍLIA DECORRENTE DA UNIÃO ESTÁVEL

Incontestavelmente, a Constituição Federal de 1988 inovou ao normatizar a união estável, o que já não era sem tempo. A partir da proteção constitucional conferida à união estável surgiram outras leis a respeito desta, como a Lei n. 9.278/1996, a qual regula o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, e a Lei 8.971/1994, conhecida como Lei dos Companheiros; esta reconheceu aos companheiros o direito a pleitear alimentos, bem como o direito sucessório, entre outros direitos muito importantes para o avanço da sociedade brasileira.

Da mesma forma, o Código Civil de 2002 inovou nas questões referentes ao casamento, trazendo a terminologia união estável, a qual se caracteriza pela ausência de formalismo na sua constituição; para constituir uma união estável, basta a vida em comum, ao contrário do casamento o qual requer um processo de habilitação composto de inúmeras formalidades, como publicação de proclamas, etc.²⁹

2.3 A FAMÍLIA MONOPARENTAL

A família monoparental é aquela que, diferentemente das outras formas de entidades familiares, é constituída por somente um dos pais (pai ou mãe) e sua prole. De acordo com o artigo 226 § 4º, configura-se a família monoparental “[...] como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”³⁰

Constata-se que esta entidade familiar é caracterizada pela ausência do casal, sendo assim, inexistente um vínculo matrimonial. O conceito de família monoparental foi conferido a essa entidade familiar, como forma de enfatizar a presença de um dos pais como titulares do vínculo familiar.³¹

Apesar de a família monoparental ser uma realidade cada vez mais presente na atualidade, o legislador se omitiu em regular seus direitos, já que não os incluiu no Código Civil.³²

²⁹ Gonçalves (2008, p. 538-539).

³⁰ Brasil (1988).

³¹ Dias (2010, p. 48).

³² Dias (2010, p. 48).

2.4 OUTRAS ESPÉCIES DE FAMÍLIA

Outro tipo de constituição de família acontece entre as uniões homoafetivas. Com a Constituição de 1988 houve uma ruptura da ideia de casamento, o que possibilitou outras uniões. Incontestavelmente presencia-se uma reviravolta no que se refere às relações afetivas. Hoje em dia é muito comum na sociedade a convivência de pessoas do mesmo sexo.

Apesar do preconceito dos legisladores na elaboração de leis que envolvem este tema, tem-se cada vez mais aplicado a norma de inclusão; não se pode discriminar as uniões de homossexuais se estas estão embasadas no afeto e na estabilidade.³³

Outra espécie de família é denominada de anaparental, ou seja, aquela em que existe a convivência entre indivíduos, sejam estes parentes ou não, e que se relacionam como família. Um exemplo é o de dois irmãos que vivem juntos há anos e conjuntamente constituem seu patrimônio, formando uma família.³⁴

Leciona Dias,³⁵ que outra entidade familiar é a pluriparental, também conhecida como família mosaico, que é formada a partir de desuniões de casamentos ou de uniões estáveis; cada um traz para a nova relação os vínculos, obrigações e os contextos da relação anterior.

Outra formação de família é a paralela, aquela em que existe duas ou mais relações ao mesmo tempo, seja ela um casamento e uma união estável, ou duas ou mais uniões estáveis ao mesmo tempo.³⁶

E, por fim, a família eudemonista, a qual se trata de uma nova tendência no tratamento da família, onde se tem por base o afeto. Na concepção de Dias³⁷ a família eudemonista é aquela que vive em um processo de emancipação, buscando a realização e felicidade individual de seus membros pertencentes.

Diante da quantidade de formações de famílias, e da importância constitucional do tema, percebe-se a relevância de políticas públicas voltadas à proteção da entidade familiar de acordo com as particularidades existentes em cada uma dessas modalidades.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

No constitucionalismo contemporâneo, os princípios constitucionais não são mais vistos como meros vetores políticos que deverão nortear as deliberações

³³ Dias (2010, p. 270).

³⁴ Dias (2010, p. 48).

³⁵ Dias (2010, p. 49).

³⁶ Dias (2010, p. 50).

³⁷ Dias (2010, p. 55).

parlamentares sobre determinado assunto, nem mesmo sua funcionalidade é limitada a fornecer balizamentos hermenêuticos.

Os princípios constitucionais do Direito de Família, além de possuírem funcionalidade como vetores legislativos e balizas hermenêuticas, são, sobretudo, normas jurídicas. Nesse passo, como ensina Alexy,³⁸ os princípios devem ser realizados na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas. São mandados de otimização. Observem-se alguns princípios:

3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA DOS GÊNEROS

O princípio da igualdade jurídica dos gêneros reside em tratar com igualdade homem e mulher, direito este garantido pela Constituição Federal, o qual está fundamentado no artigo 226, § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”,³⁹ ou seja, os direitos e deveres da vida conjugal deverão ser exercidos com uniformidade por ambos os companheiros ou cônjuges.

Segundo Dias,⁴⁰ não bastasse a Constituição Federal garantir o direito da igualdade em seu preâmbulo, de modo enfático reafirmou o direito à igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres. Sobre isso, manifesta-se Lisboa:⁴¹

Com o fim do patriarcalismo e a emancipação da mulher, confere-se a ela a igualdade de direitos em relação ao seu marido, durante a constância do casamento. Isso significa que não há mais o estado de sujeição no qual a cônjuge virago se encontrava, podendo ela tomar as decisões em conjunto com o seu consorte.

“Dessa maneira ambos gerenciam a vida familiar igualmente, instituindo-se um regime de *co-gestão* familiar.”⁴²

O princípio da isonomia preconiza, ainda, que essa igualdade está ligada à lei, sendo esta uma ordem encaminhada ao legislador, e perante a lei, ordem encaminhada ao operador da lei. Às pessoas iguais o tratamento igual e às pessoas desiguais o tratamento desigual ao ponto em que possam ser igualadas. Desse modo, não há óbice que seja dado tratamento diferenciado, desde que este seja justificado, observando o fundamento da razoabilidade⁴³

³⁸ Alexy (2008).

³⁹ Brasil (1988).

⁴⁰ Dias (2010, p. 65).

⁴¹ Lisboa (2009, p. 16).

⁴² Lisboa (2009, p. 16, grifo do autor).

⁴³ Gama (2008, p. 87).

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA DE TODOS OS FILHOS

Segundo Madaleno,⁴⁴ até a aprovação da Lei 7.841, de 1989, a qual densificou o princípio da igualdade positivado pela Constituição Federal de 1988, o tratamento dos filhos era dado de formas distintas de acordo com sua origem, sob as denominações de filhos legítimos, que eram aqueles oriundos do casamento e ilegítimos, os quais eram os havidos fora do casamento.

O princípio da igualdade proíbe qualquer discriminação em relação aos filhos, sejam eles advindos de relações matrimoniais, sejam advindos de relações extramatrimoniais.

Para Gama,⁴⁵ tal tratamento jurídico confere ao filho o direito de ver exercitados na prática os deveres decorrentes da paternidade, e segue:

Uma vez existente o vínculo jurídico de parentalidade-filiação, todos os filhos do mesmo pai ou da mesma mãe, têm, estritamente os mesmos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, sem possibilidade de qualquer diferenciação.

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos está respaldado no artigo 227, § 6º da Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”⁴⁶

Em razão do exposto, nota-se que todos os filhos são iguais perante a lei, sendo vedada qualquer prática discriminatória relativa à filiação. O artigo 1.596⁴⁷ do Código Civil enfatiza a igualdade entre todos os filhos, vedando a discriminação pertinente às relações matrimoniais ou extramatrimoniais. Tendo em vista os aspectos observados e baseados nesse princípio, nota-se a proibição da distinção entre filho advindo da relação do casamento ou não, ou o filho adotivo, também quanto ao poder familiar, bem como direito a alimentos, nome e sucessão.⁴⁸

3.3 PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DE FORMAS DE FAMÍLIA

O princípio da pluralidade de formas de família está expresso no artigo 226, § 1º, 3º e 4º da Constituição Federal. Infere-se dele que não somente a família advinda do casamento, mas todas as formações de família devem ter proteção estatal.⁴⁹

⁴⁴ Madaleno (2008, p. 67).

⁴⁵ Gama (2008, p. 96).

⁴⁶ Brasil (1988).

⁴⁷ “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

⁴⁸ Diniz (2006, p. 1298).

⁴⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

Segundo Pereira,⁵⁰ o princípio da pluralidade de formas de família teve seu marco histórico na Constituição Federal de 1988, trazendo inovações ao acabar com o modelo familiar constituído apenas por intermédio do casamento, dispondo a respeito de outras formas de família, como a união estável e a família monoparental.

Na concepção de Farias,⁵¹ ao ser concedida a proteção constitucional à família, sejam elas originadas em casamento, união estável ou monoparental, o legislador somente normatizou o que já estava acontecendo há algum tempo a milhares de famílias brasileiras, conferindo proteção estatal a estas.

O princípio da pluralidade de formas de família é decorrente do princípio geral do pluralismo democrático, disposto no artigo 1º, inciso V⁵² da Constituição Federal; cada indivíduo pode livremente escolher a qual espécie de família pretende fazer parte.⁵³ Tal princípio, cada vez mais, tem sido amparado e focado por doutrinas e jurisprudências nos casos concretos dos Tribunais brasileiros, e, conseqüentemente, a aprovação de outras formações de instituições familiares que não estão citadas na Constituição Federal.

Considerando esses aspectos, excluir do âmbito da juridicidade as famílias que se constituem a partir do afeto e que se comprometem e se envolvem mutuamente é concordar com a injustiça.⁵⁴

3.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Outro princípio constitucional de grande relevância do Direito de Família é o princípio da afetividade; este se encontra implicitamente disposto no artigo 226, § 3º, 6º:

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.⁵⁵

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁵⁰ Pereira (2005, p. 165).

⁵¹ Farias (2004, p. 23).

⁵² A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o pluralismo político.

⁵³ Gama (2008, p. 84).

⁵⁴ Dias (2010, p. 68).

⁵⁵ Brasil (1988).

Da mesma forma o artigo 227, *caput* e § 1º do referido Diploma esboça o princípio da afetividade:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais [...]⁵⁶

Para Dias:⁵⁷ “[...] o Estado impõe a si obrigações para com seus cidadãos e por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos.” Disso decorre um compromisso de assegurar afeto, e o primeiro obrigado a garantir afeto para com seus cidadãos é o Estado, mesmo essa palavra não estar mencionada no texto constitucional, é isso que ele está referindo.⁵⁸

A importância da afetividade é fundamental nas relações familiares contemporâneas, sejam quais forem as formações de família, o afeto deve ser focado como valor jurídico primordial para a formação e manutenção das famílias contemporâneas.⁵⁹

Para Gama,⁶⁰ o princípio da afetividade é considerado pela doutrina como aquele que introduz no Direito de Família a ideia de estabilidade entre as relações socioafetivas e de comunhão de vida, fornecendo equilíbrio no que concerne aos aspectos de ordem patrimonial ou biológica, dentro dessas relações.

Na concepção de Nazareth,⁶¹ é indiscutível que o afeto seja tido como valor jurídico na sociedade em que vivemos, haja vista que todo o afeto necessita de proximidade física e emocional.

O afeto deve ser conquistado na convivência, “[...] sendo na intimidade das relações construídas no cotidiano que ele germina, cresce e se frutifica.”⁶²

Em consequência disso, verifica-se que, atualmente, o reconhecimento do afeto para os posicionamentos do Poder Judiciário brasileiro tem demonstrado um direcionamento mais significativo e gracioso, o qual independe de qualquer condição para que tal sentimento seja, efetivamente, confirmado inteiramente. Entre

⁵⁶ Brasil (1988).

⁵⁷ Dias (2010, p. 70).

⁵⁸ Dias (2010, p. 70).

⁵⁹ Gama (2008, p. 127).

⁶⁰ Gama (2008, p. 82).

⁶¹ Nazareth (2003).

⁶² Nazareth (2003).

as relações familiares, o verbo amar perdurará, justificando a constituição de uma entidade familiar, qualquer que seja essa.⁶³

Para Dias,⁶⁴ “[...] o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue.”

Segundo Gama,⁶⁵ no âmbito do Direito Parental, o princípio da afetividade pode ser encontrado em alguns modelos de formações dos vínculos de maternidade, de paternidade e de filiação ligados à noção de parentesco civil, como nos casos de adoção, conforme o artigo 1.593 do Código Civil de 2002. E continua:

E a própria consideração de que, se o vínculo se estabeleceu a partir dos pressupostos para a constituição de paternidade-filiação, por exemplo, ainda que posteriormente haja desafeição entre o pai e o filho socioafetivos, deve-se entender pela impossibilidade da desconstituição do vínculo devido à própria ideia da indisponibilidade do estado de filiação.⁶⁶

Em razão do exposto, tem-se que o princípio da afetividade independe de laços sanguíneos, gerando vínculos de responsabilidades e obrigações indissolúveis entre os parentes.

3.5 PRINCÍPIO DO RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio reitor de todos os direitos fundamentais, “o mais universal de todos os princípios”, estabelecido no Estado Democrático de Direito, sendo assegurado logo no primeiro artigo da Constituição Federal.⁶⁷

Em consequência disso, vê-se que esse princípio obriga o indivíduo ao dever de respeito à dignidade de seu semelhante, seja por parte do Estado, seja por parte dos demais indivíduos; também, estabelece um dever fundamental de tratamento igualitário entre os semelhantes.

Canotilho⁶⁸ leciona que a dignidade da pessoa humana reflete a abertura do Estado à ideia de inclusão constitucional na comunidade, enfocada na diversidade cultural; cada cultura tem sua visão de mundo, seja ela religiosa, seja filosófica.

Quando se passa a valorizar a dignidade humana como “*núcleo essencial* do Estado”, esta se torna o oposto de “[...] verdades ou fixismos políticos, religiosos ou filosóficos.”⁶⁹

⁶³ Silva (2005).

⁶⁴ Dias (2010, p. 71).

⁶⁵ Gama (2008, p. 84).

⁶⁶ Brasil (2002).

⁶⁷ Dias (2010, p. 62).

⁶⁸ Canotilho (2002, p. 225).

⁶⁹ Canotilho (2002, p. 226, grifo do autor).

Para Sarlet,⁷⁰ a dignidade pertence intrinsecamente, a cada indivíduo; assim, não poderá ser perdida ou alienada, de modo que se esta deixar de existir não haverá mais limite para se respeitar. A dignidade da pessoa impõe ao Estado que este proteja a dignidade existente e, da mesma forma, promova tal princípio, por meio de condições que forneçam o exercício pleno do gozo da dignidade.

Denota-se que a dignidade é algo irrenunciável e inalienável; estas características qualificam o indivíduo e dele não poderão ser suprimidas. Dessa forma, a dignidade deve ser protegida, promovida, reconhecida e respeitada, “[...] já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.”⁷¹

Nesse norte, a sentimentalidade e afetividade, somadas a outros fatores, são características inerentes à pessoa humana; agem em favor do bem-estar individual e social do indivíduo.⁷² Gama⁷³ trata a dignidade da pessoa humana como garantia de cidadania:

Somente com o efetivo implemento do sistema jurídico-constitucional, fundado no existencialismo, no personalismo, no humanismo e no solidarismo, será possível o reconhecimento da presença dos fundamentos da República Federativa do Brasil no contexto de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, com a garantia da cidadania a todos, fundado na dignidade da pessoa humana, voltado à construção de uma sociedade baseada na liberdade, na justiça e na solidariedade, e funcionalizada à promoção do bem de todos sem qualquer tipo de discriminação, diante dos valores pluralistas e democráticos, que abrangem o respeito ao próximo, na busca da realização do bem comum e da justiça social.

Dessa forma, tem-se a importância do Estado em tutelar normativamente o princípio da dignidade da pessoa humana para que este seja respeitado e aplicado no cotidiano dos cidadãos.

É notório que é papel do Estado, além de dever, respeitar e proteger tal princípio e, da mesma forma, promover as condições que oportunizem e afastem todos os impedimentos que impossibilitem os indivíduos de viverem com dignidade.⁷⁴

No sentido jurídico-constitucional, o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana é a base para o indivíduo que está inserido em uma sociedade política e juridicamente organizada. Assim, para Groeninga,⁷⁵ a família, os direitos humanos e a dignidade são palavras de difícil definição, haja vista que estes se misturam com

⁷⁰ Sarlet (2004, p. 47).

⁷¹ Sarlet (2001, p. 42).

⁷² Gama (2008, p. 123).

⁷³ Gama (2008, p. 123).

⁷⁴ Sarlet (2004, p. 111).

⁷⁵ Groeninga (2003, p. 96).

nossos afetos, e se não forem utilizados com racionalidade, poderão deturpar a noção da realidade.

De acordo com Dias,⁷⁶ “[...] a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer.” A proteção desse princípio faz com que os membros da entidade familiar tenham um pleno desenvolvimento pessoal e social, baseados em “[...] ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.”

Pereira⁷⁷ acrescenta que o princípio da dignidade humana, para o Direito de Família, tem o significado de consideração e respeito à vontade do indivíduo e à sua liberdade. Portanto, não é justo dar tratamento diferente aos vários modelos de formações familiares ou modelos de filiação.

Desse modo, tem-se que o Direito de Família e tal princípio não se dissociam, haja vista vivermos em uma sociedade na qual é vedada a exclusão, amparando, dessa forma, o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, e tornando a família um instrumento de realização de seus membros.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS E A POSSIBILIDADE DE JUSTICIALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA

De acordo com Alexy,⁷⁸ os direitos sociais possuem uma estrutura complexa, em razão de suas possibilidades conceituais, suas influências no sistema jurídico e suas tarefas prático-argumentativas. A proteção à família, como se verá adiante, possui a mesma complexidade.

A motivação do presente estudo diz respeito à análise das possibilidades de promoção do valor: *família*, por meio de políticas públicas. Não estaria esse valor na ordem da subjetividade, da vida privada, cabendo ao Estado simplesmente respeitá-lo como direito individual, liberal? Ou o Estado possui um *dever* jurídico de prover políticas públicas suficientes também nessa área?

Defende-se aqui a existência na Constituição Brasileira, a partir de seu artigo 227, de um *direito fundamental à família*, que possui dimensões defensivas e dimensões prestacionais.

Assim, é pertinente o exame de um *leading case* dos direitos sociais, que fundamenta a possibilidade de justicialização de políticas públicas na ordem social. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45, cuja ementa é a seguinte:

⁷⁶ Dias (2010, p. 63).

⁷⁷ Pereira (2005, p. 100).

⁷⁸ Alexy (2008).

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).⁷⁹

Executivo e Legislativo invocam, comumente, o princípio da separação dos poderes para afirmar que ao Judiciário não é dado syndicar Políticas Públicas, sob pena de quebra do referido princípio. A isso, respondeu o Ministro Celso de Melo que: “os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.”

No caso, questionou-se a validade de veto presidencial que cancelava aplicação de recursos financeiros na área da saúde. A ação perdeu o objeto porque, posteriormente, o executivo encaminhou outra lei para colmatar a lacuna deixada pelo veto. Mesmo assim, em decisão singular, o conflito entre o princípio formal da separação de poderes e o princípio material do direito à saúde foi enfrentado.

No curso do voto, o relator, Ministro Celso de Mello, ressaltou os seguintes aspectos: a) o Poder Judiciário possui legitimidade para tratar de políticas públicas, especialmente quando houver abusividade ou arbítrio dos demais poderes; b) os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais, econômicos e culturais são fontes de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais; c) as normas de cunho programático não podem se converter em promessa constitucional inconsequente; d) a cláusula da “reserva do possível” somente poderá ser invocada por meio de justo motivo *objetivamente aferível*; e) a reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, se dela resultar

⁷⁹ ADPF 45 MC, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 29 de abril de 2004, publicado em DJ 04 de maio de 2004.

nulificado um direito fundamental; f) o alvo da Constituição Federal de 1988 é o bem-estar dos cidadãos “cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência”; g) a dimensão do possível deve ser definida pela razoabilidade da pretensão de um lado e pela disponibilidade financeira de outro; h) a inércia injustificável do Estado ou o comportamento governamental abusivo, por si só, configura irrazoabilidade, ofendendo o núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias; e i) “esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade.”

As afirmações do Ministro Celso de Mello parecem abrangentes o suficiente para permitir uma compreensão ampla do suporte fático dos direitos fundamentais sociais em geral. Nesse passo, as expressões: *núcleo intangível e mínimo existencial* devem ser compreendidas sempre de forma relativa, para que, conforme o caso concreto, possam ser submetidas ao juízo de proporcionalidade. Isso para que não se estabeleça o núcleo intangível (ou essencial) e o mínimo existencial aprioristicamente, aquém ou além das possibilidades fáticas existentes.

Em recente decisão, a Ministra Ellen Gracie ressaltou que o mesmo raciocínio se aplica às políticas de segurança, notabilizando-se que, além do controle abstrato de constitucionalidade, as omissões na realização de direitos sociais podem ser avaliadas pelo Judiciário por meio de Ação Civil Pública:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.⁸⁰

O mérito da Ação Civil Pública objetivou uma determinação para que o Estado-membro mantivesse servidores concursados: Delegados de Polícia, Escrivães

⁸⁰ Recurso Especial 559646 Agravo Regimental, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 07 de junho de 2011, DJe-120, publicado em 24 de junho de 2011.

e Investigadores, bem como amparasse materialmente tais atividades para o bom desempenho das atividades alusivas à segurança pública nas cidades abrangidas pela respectiva Comarca. Ao sentenciar o feito, o Juiz da Comarca julgou parcialmente procedente o pedido com a finalidade de que os cargos previstos para a Comarca de Iporã fossem preenchidos por funcionários concursados. Ao julgar o recurso de Apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná havia extinguido o processo por impossibilidade jurídica do pedido.⁸¹ Por fim, o STF deu provimento ao Recurso Especial, determinando que a corte paranaense julgue o mérito da questão.

Antes de proferir o acórdão, a Ministra Ellen Gracie, em sede de Agravo Regimental, já havia decidido monocraticamente o recurso no mesmo sentido, mas, assinalando de forma especial, a inexistência de quebra do princípio da separação dos poderes:

Portanto, não há que se falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas.

Esse é um entendimento consolidado, portanto, no STF. O controle judicial de políticas públicas pode ser implementado por Ação Civil Pública ou outros meios processuais que se mostrarem adequados para os casos concretos. Em outro precedente, cujo relator foi o Ministro Eros Grau, a questão também foi abordada:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário

⁸¹APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. INCUMBÊNCIA AO PODER EXECUTIVO DE NOMEAÇÃO DE DELEGADOS, INVESTIGADORES E ESCRIVÃES. FORNECIMENTO DE RECURSOS PARA AS ATIVIDADES-FIM. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS TRÊS PODERES. Compete ao Poder Executivo prover cargos públicos e destinar recursos para as atividades-fim afetas à segurança pública, sob pena de violação ao princípio da independência e harmonia entre os Três Poderes. Pretensão que visa a esse fim se encontra fulminada pela impossibilidade jurídica do pedido, a justificar a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC). (Apelação Cível e Reexame Necessário N.º 164.834-2, da Vara Única da Comarca de Iporã).

determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.⁸²

Nesse caso, o Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou Ação Civil pública para obrigar o Estado à construção de cadeia, delegacia de polícia, compra de veículos, armamentos e munições. O extinto Tribunal de Alçada paranaense extinguiu o feito sem julgamento de mérito por carência de ação, alegando que o pedido era impossível em razão da separação dos Poderes.⁸³ Conforme a ementa supratranscrita, acima transcrita, o STF confirmou: (a) a pertinência da Ação Civil Pública, (b) a legitimidade do Ministério Público, (c) o dever de proteção dos direitos socioambientais e (d) a possibilidade de sindicância de políticas públicas pelos tribunais.

Ainda, sobre o mesmo assunto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem determinando as medidas necessárias para a realização de políticas de segurança pública:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECOMPOSIÇÃO DO QUADRO DE SERVIDORES. SEGURANÇA PÚBLICA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA QUE O ESTADO PROVIDENCIE A RECOMPOSIÇÃO DO QUADRO DE SERVIDORES COM A NOMEAÇÃO OU REMOÇÃO IMEDIATA SOB PENA DE APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO. UNÂNIME.⁸⁴

⁸² RE 367.432-AgR/PR, rel. Min. Eros Grau, 2º Turma, DJe 14.05.2010.

⁸³ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBJETIVO - PROVIMENTO DE CARGOS, NO QUADRO DOS SERVIDORES DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA - CONSTRUÇÃO DE CADEIA, DELEGACIA DE POLÍCIA - COMPRA DE VEÍCULOS, ARMAMENTOS E MUNIÇÕES - EXECUÇÃO DEPENDENTE DE PRÉVIO PLANEJAMENTO E DE CONDIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS - IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO PELO JUDICIÁRIO NOS TERMOS PRETENDIDOS NA INICIAL - PROVIMENTO DOS RECURSOS, PARA DECLARAR EXTINTO O PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. E inadmissível a ordem judicial direcionada a administração direta, para contratação de pessoal, realização de obras e aquisição de material, em determinado prazo, impondo-lhe penalidade diária, em detrimento de seu planejamento administrativo e orçamentário. Questões administrativas de natureza discricionárias não são aferidas pelo Judiciário, nos aspectos da conveniência e oportunidade. CARÊNCIA DA AÇÃO QUE SE RECONHECE, ANTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. (TAPR - Quarta C. Cível (TA) - ACR 0111401-6 - Alto Piquiri - Rel.: Des. Sérgio Rodrigues - Unânime - J. 17.12.1997).

⁸⁴ Agravo de Instrumento n. 70035800077, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 14 de julho de 2010.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. REFORMA E CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIO ESTADUAL. MUNICÍPIO DE ITAQUI. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FUNDAMENTO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PENAL. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. LIMINAR CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. [...] Viola substancialmente o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana a aglomeração sub-humana de presos na Penitenciária Estadual de Itaqui, em número muito superior às vagas existentes, e a precariedade das instalações. Localização do Presídio - no centro da cidade - que agrava ainda mais a situação caso levada a efeito uma rebelião, cuja possibilidade, haja vistas as insustentáveis e indignas instalações, sem quaisquer condições de higiene e segurança, inclusive com um número menor de camas do que de presos, é cada vez mais iminente. Trata-se, ainda, de uma questão de segurança pública; logo, de proteção não apenas à dignidade dos encarcerados, mas da segurança de toda a coletividade. 3.2 Tutela de Direitos Fundamentais por meio de Ação Civil Pública. Em nome da garantia do acesso à justiça, todos os meios previstos na Constituição para a tutela dos direitos fundamentais devem ser permitidos, enquadrando-se, nestes, portanto, a Ação Civil Pública, observadas, por evidente, as disposições da Lei nº 7.347/85 e da própria CF (art. 129, III). 3.3 Tripartição dos Poderes. Poder Discricionário. Limites. Proibição de Retrocesso. A despeito da alegação do Estado de que há violação ao poder discricionário da Administração Pública, em que pese não se possa desprezar a conveniência e oportunidade, de forma a relegar qualquer interferência judicial, pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, a violação de direitos fundamentais, sobretudo a uma existência digna, haja vista a inércia do Poder Executivo, legitima o controle judicial. 3.4 Da Reserva do Possível. O princípio da reserva do possível não se aplica quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana, consagrado na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). (Agravo de Instrumento Nº 70034484964, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 26/05/2010).

Nota-se que há muitas questões urbanísticas e de segurança pública relacionadas com a proteção do *direito fundamental à família*. É necessário operar-se, aqui, numa perspectiva da integralidade dos direitos fundamentais. Ou seja, os direitos fundamentais estão interligados e interdependentes e, ainda, são de interesse geral (social). Portanto, sempre que houver omissão ou insuficiência da ação estatal, a vinculação do Poder Judiciário com a realização dos direitos fundamentais permite justicialização de ações, omissões ou políticas públicas.

Para Limberger e Soares:⁸⁵ “[...] é evidente a necessidade da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, sendo uma imposição do atual.”

Assim, com base nos precedentes citados, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 45, consolidou na jurisdição brasileira o entendimento de que o Poder Judiciário está legitimado para controlar Políticas Públicas, especialmente nas condições apontadas pelo Ministro Celso de Mello, garantindo eficácia das normas constitucionais de direitos sociais.⁸⁶

A Constituição de 1988 estabeleceu diversos deveres à família: a) dever de proteger o deficiente (art. 203, V); b) dever de educar (art. 205); c) dever de proteger seus membros dos meios de comunicação social (art. 220 e 221); d) dever de assegurar os direitos fundamentais da criança, do adolescente e do jovem com absoluta prioridade (art. 227); e e) dever de amparar as pessoas idosas (art. 230).

A família, destarte, recebeu graves incumbências no texto constitucional. Percebida, então, como elemento crucial ao desenvolvimento social, foi convocada pelo constituinte para ombrear com o Estado as tarefas mais importantes destinadas à promoção da existência humana com dignidade.

Mas, o Estado (em todas as esferas de competência e poder), em contrapartida, deve garantir o *direito fundamental à família* por intermédio de ações em todas as dimensões dos direitos fundamentais: sejam defensivas ou prestacionais; assegurando direitos de proteção, de organização e procedimento, ou prestações sociais em sentido estrito.

O Direito de Família tem sido historicamente vinculado ao discurso dos direitos individuais defensivos. Em razão disso, não vem recebendo a devida importância constitucional no estudo dos direitos sociais, como moradia, saúde, trabalho, assistência social e educação.

Abre-se agora uma nova perspectiva, especialmente com a abertura promovida pelo julgamento da ADPF n. 132, pelo Supremo Tribunal Federal, que, superando as resistências sociais existentes, terminou por reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares.

O saldo é bastante positivo, visto que, a partir de agora, todas as formas de organização (entidade) familiar estão incumbidas da realização dos *deveres fundamentais* constantes da Constituição de 1988: proteger, educar, amparar... Rompido o véu do preconceito, a República torna-se mais completa, mais inclusiva.

Está mais aberto agora, ao que parece, o caminho para a implementação de políticas públicas específicas para a promoção dos valores que impulsionam e

⁸⁵ Limberger e Soares (2009, p. 2013).

⁸⁶ Nesse sentido também está a importante obra de Christian Courtis e Victor Abramovich (2004), segundo a qual não há diferença estrutural entre direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais. Todos comportam direitos de defesa e de prestação.

que são impulsionados pelo *direito fundamental à família*, independentemente de cor, sexo, raça ou crença. Caso constatada a insuficiência de políticas públicas para sua promoção, seja pela carência de proteção, de organização e de procedimento ou de prestações em sentido estrito, a justicialização de tal direito é um caminho possível.

5 CONCLUSÃO

As principais disposições constitucionais que tratam da proteção à família estão positivadas dentro do Título VIII da Constituição de 1988, que se refere à “Ordem Social”. Há uma disposição geral que paira sobre toda essa seção da Carta Magna, a saber, o artigo 193, em que se afirma como objetivo dessa ordem o bem-estar e a justiça sociais.

A política pública denominada “Bolsa Família” faz boa coisa ao pretender a “emancipação” das famílias carentes beneficiadas pelo programa.⁸⁷ Mas é preciso ir adiante. Juntamente com programas que visem ao atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, pode-se evoluir para políticas públicas destinadas a promover “os valores familiares” constitucionais, como a dignidade, o afeto e o desenvolvimento da personalidade com vistas às capacidades para a vida cívica.

Com efeito, tem crescido no Brasil o número de leis que visam proteger a criança e o adolescente, a mulher, o jovem e o idoso. Todavia, o estabelecimento de normas punitivas para condutas consideradas indesejadas nessas áreas não têm se mostrado suficiente para cambiar a realidade social familiar dos cidadãos brasileiros.

Com efeito, as políticas de proteção ao direito fundamental à família devem conter uma perspectiva efetivamente social e integrada, com vistas à promoção da dignidade humana em termos emancipatórios-culturais, que permitam com real força eficaz, e com respeito à pluralidade democrática, a realização do bem-estar e da justiça. Não havendo políticas públicas suficientes, o caminho da justicialização deve sempre estar aberto.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. 2. ed., Prólogo de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2004.

⁸⁷ Art. 4º Fica criado, como órgão de assessoramento imediato do Presidente da República, o Conselho Gestor Interministerial do Programa Bolsa Família, com a finalidade de formular e integrar políticas públicas, definir diretrizes, normas e procedimentos sobre o desenvolvimento e implementação do Programa Bolsa Família, bem como apoiar iniciativas para instituição de políticas públicas sociais visando promover a emancipação das famílias beneficiadas pelo Programa nas esferas federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, tendo as competências, composição e funcionamento estabelecidos em ato do Poder Executivo. (Lei n. 10.836, de 9 de janeiro de 2004).

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- CANOTILHO, Gomes José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- DIAS, Maria Benenice. A ética na jurisdição da família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. (Org.). As famílias de hoje. In: *Direito de Família & Interdisciplinaridade*. Curitiba: Juruá, 2001.
- _____. Paternidade homoparental. In: *Direito de Família e Psicanálise rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.
- _____. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DIAS, Maria Benenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). In: *Temas atuais de direito e processo de família, primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- GROENINGA, Giselle Câmara. In: DIAS, Maria Benenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e Estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- _____. Família: um caleidoscópio de relações. In: GROENINGA, Giselle Camara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de Família e Psicanálise rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago. 2003.

_____. *O direito à integridade psíquica*. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=189>>. Acesso em 13 mar. 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMBERGER, Têmis; SOARES, Hector Cury. Políticas Públicas e o Direito à Saúde: Desafios do Poder Judiciário no Século XXI. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Maringá. *Anais do XVIII Encontro Nacional do Conpedi*. Maringá: Cesumar, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

NAZARETH, Eliana Ribert. *Dois amores*. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes de. Do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Novo Código Civil da família anotado e legislação correlata em vigor*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

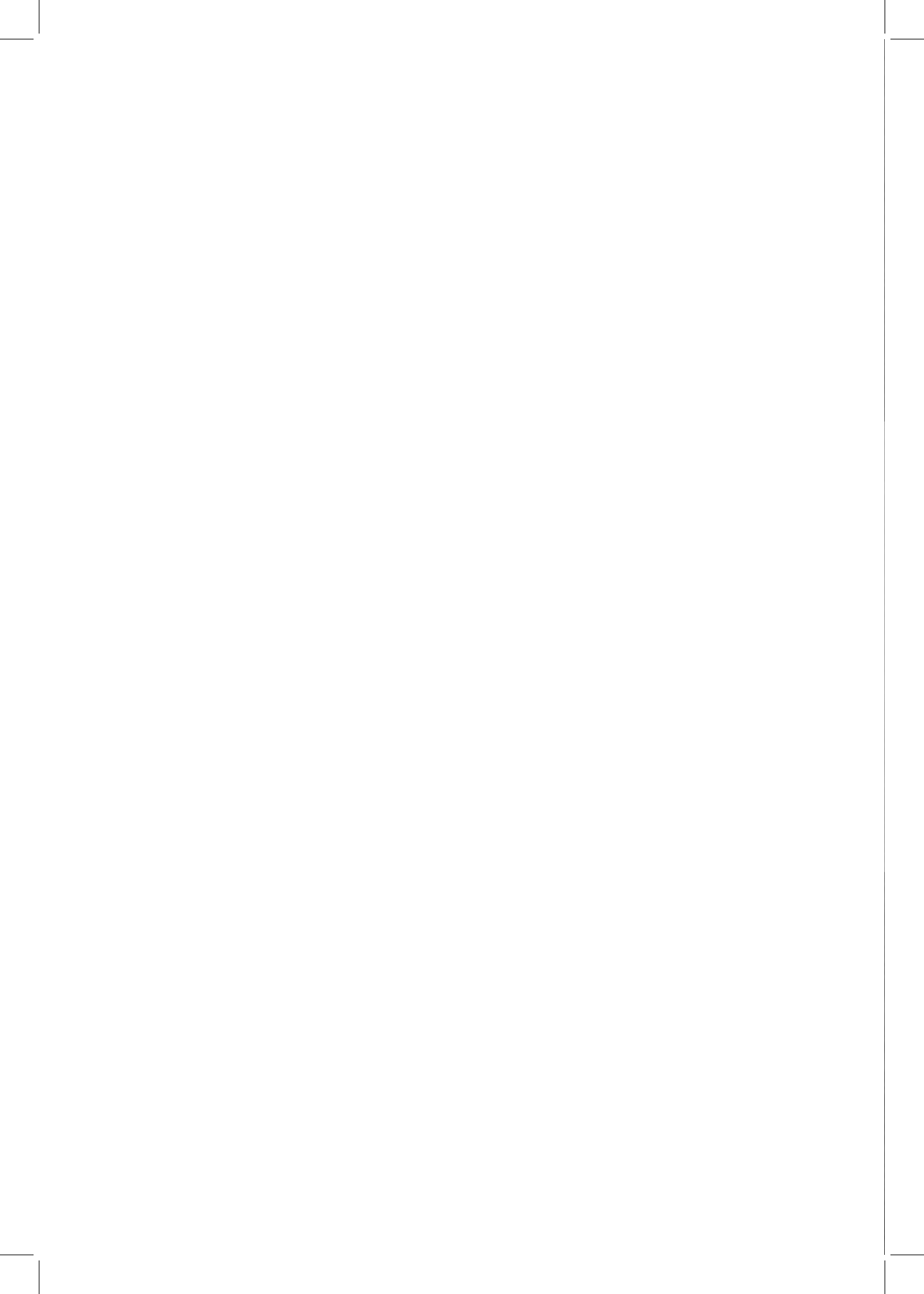
SARTI, Cynthia Andersen. A família como ordem simbólica. *Psicol., USP*, v. 15, n. 3, p. 11-28, 2004.

SILVA, Américo Luís da. *O dano moral e sua reparação civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STEIN, Thais Silveira. Direitos ao estabelecimento da paternidade e a dignidade nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil VI*. São Paulo: Atlas, 2009.



Capítulo III

Desafios na Implementação dos Direitos Humanos Fundamentais Sociais - Doutrina e Estudo de Casos Concretos



IL DIRITTO COMPARATO IN AMERICA LATINA

ALCUNE BREVI NOTE

Guido Smorto

1 PREMESSA

Nel corso di queste brevi note si cercherà di offrire una panoramica sullo stato del diritto comparato e, in conclusione, di individuare in che modo tale dibattito possa essere utile - per un verso - a rischiarare i presupposti teorici dell'uso della comparazione giuridica con riferimento agli ordinamenti dell'America Latina e - per altro verso - a comprendere come le indicazioni provenienti dalla riflessione teorica e dall'elaborazione pratica di questa importante tradizione giuridica possano offrire un contributo al dibattito corrente.

Il diritto dei paesi latinoamericani è sempre stato caratterizzato da una marcata tendenza a trattare il fenomeno giuridico in prospettiva transnazionale: la ricchezza delle soluzioni accolte e l'apertura alla riflessione teorica e alle soluzioni pratiche elaborate in altre tradizioni giuridiche non hanno forse paragoni nell'esperienza giuridica contemporanea. E' lo stesso René David a testimoniare l'eccezionale importanza che in Brasile, come del resto in tutta l'America Latina, riveste il diritto straniero, spesso considerato elemento centrale per l'individuazione della soluzione giuridica interna ad opera tanto del legislatore quanto dei giudici.¹

Se per alcuni studiosi il diritto dell'America Latina è il sogno del comparatista², per altri - meno ottimisticamente - il ricorso al diritto comparato è una prassi talmente consolidata e sistematica da risultare spesso eccessiva.³

Quale che sia il giudizio nel merito - non è ovviamente compito di questo breve scritto prendere una posizione su un tema così complesso - appare, comunque, utile ripercorrere il dibattito in corso per poi provare a formulare alcune preliminari considerazioni sul ruolo che l'America Latina può assumere in questo dibattito.

2 IL DIBATTITO ODIERNO SUL DIRITTO COMPARATO

Se si volge lo sguardo all'Europa appare subito evidente la crescente importanza della comparazione giuridica tanto nelle università quanto nella prassi. La produzione scientifica sui grandi temi della comparazione giuridica, dalla sistemologia alla circolazione dei modelli fino agli studi di microcomparazione, cresce e copre

¹ R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950, 243.

² K.S. Rosenn, *Teaching Latin American Law*, 19 *Am. J. Comp. L.* 692 (1971).

³ J. Kleinheisterkamp, *Development of Comparative Law in Latin America*, in M. Reimann - R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 262, 300.

settori e aree geografiche in passato ignorati ovvero appena lambiti dall'attenzione degli studiosi. Pressoché tutti gli scritti giuridici contengono riferimenti comparatistici, le riviste specializzate dedicano ampio spazio al diritto straniero e comparato e sono sempre più numerose le voci di diritto straniero accolte nelle enciclopedie giuridiche. Aumentano le traduzioni di opere di autori stranieri, i corsi universitari includono lo studio del diritto comparato e nascono importanti istituti di ricerca.

Non si tratta solamente di un successo accademico. La scienza comparatistica assiste il pratico, suggerisce al legislatore modelli di riforma, fornisce al giudice indicazioni preziose per l'elaborazione delle soluzioni giurisprudenziali. A poco più di cent'anni da quella che per molti è la sua data di inizio in Europa - il Congresso internazionale di diritto comparato di Parigi del 1900 - il diritto comparato sembra trionfare in Europa.⁴

Il successo è meritato perché tanti sono i meriti della comparazione giuridica. Il diritto comparato ha svolto un ruolo decisivo nel superamento di una prospettiva nazionale nello studio del diritto, ha disvelato i limiti di una tradizione di studi che attribuiva ai dogmi il primato, ha contribuito a mettere a nudo i limiti del positivismo e dello statualismo, ha fatto conoscere la complessità del sistema delle fonti e le contraddizioni che esso nasconde attraverso la dissociazione dei formanti e i crittotipi, ha affinato l'approccio fattuale e il metodo funzionalistico; ha esaminato i rapporti tra diritto e lingua e avviato un promettente filone di studi di traduttologia; ha aperto gli studi giuridici all'apporto delle altre discipline, dall'economia all'antropologia.

La scienza giuridica ha, dunque, un grande debito nei confronti della comparazione, la quale - afferma Rodolfo Sacco - ha finalmente smesso di essere quel nobile straniero che era stato durante buona parte del secolo oramai concluso.⁵

Di segno opposto appare, invece, la situazione nordamericana.

Negli Stati Uniti il diritto comparato non gode affatto di buona salute: si insegna poco nelle università e non è tra le discipline previste per l'esame di abilitazione per le professioni legali⁶; e anche quando - come è accaduto di recente - si registra nei piani di studio di alcune università un approccio più attento alla dimensione transnazionale del diritto, è il diritto internazionale la disciplina che riceve le maggiori attenzioni. Anche sul piano scientifico, del resto, il diritto comparato stenta ad affermarsi nella percezione della comunità accademica come disciplina dai

⁴ R. Sacco, *One Hundred Years of Comparative Law*, 75 *Tul. L. Rev.* 1159 (2000-2001). La data di nascita della comparazione nordamericana viene comunemente fatta risalire all'International Congress of Comparative Law tenutosi a St. Louis nel 1904. American Bar Association, *Official Report of the Universal Congress of Lawyers and Jurists*, St. Louis (MO), September 28-30, 1904, St. Louis, 1905.

⁵ R. Sacco, *One Hundred years of Comparative Law*, cit., 1176.

⁶ C. Grossman, Chapter 3 *Building the World Community Through Legal Education*, 14 *Ius Gentium* 21, 28 (2008).

contorni chiari e riconoscibili. Il risultato è la marginalizzazione dei comparatisti anche in quegli ambiti nei quali avrebbero molto da dire.⁷ Quanto detto finora non comporta che negli Stati Uniti manchi una cospicua produzione scientifica di matrice comparatistica: anche lì, come in Europa, l'accumulazione di sapere legato alla comparazione giuridica è cresciuta in modo esponenziale negli ultimi decenni. A questa crescita non sarebbe però corrisposto un consolidamento del diritto comparato come disciplina. Il problema avrebbe, dunque, carattere strutturale e non riguarderebbe la qualità dei singoli contributi scientifici. Anzi, gli studi di diritto comparato sono molti - moltissimi se si guarda al più recente passato - e spesso di ottima fattura, né la personalità scientifica dei grandi comparatisti è mai posta in discussione. All'assenza di confini metodologici chiari corrisponderebbe la presenza di grandissimi giuristi con competenze linguistiche e una capacità di accesso alla conoscenza delle fonti straniere non comuni e non facilmente riproducibili. Tuttavia i singoli pezzi non producono nulla di più della loro somma: non si uniscono in un tutto coerente perché manca un territorio comune nel quale condividere esperienze e risultati nel quadro di una prospettiva epistemologica chiara.⁸

La comparazione giuridica negli Stati Uniti sarebbe, dunque, percorsa da un paradosso: da un lato l'inevitabile successo testimoniato dalle tante pubblicazioni, ricerche e convegni, studi preziosi che hanno fatto conoscere singoli istituti di ordinamenti stranieri, affinato la sistemologia, offerto importanti strumenti alla comparazione; dall'altro lato, l'insuccesso legato al mancato sviluppo di una disciplina coerente, ben definita e convincente sul piano intellettuale.⁹

Per il giurista europeo che si accosti alla realtà nordamericana la differenza è sorprendente. D'altra parte, il giurista nordamericano sa del prestigio crescente di cui gode la comparazione giuridica in Europa, ma non ritiene che da questa esperienza egli possa apprendere granché: le ragioni di tale successo gli appaiono esclusivamente dovute all'armonizzazione regionale che il vecchio continente ha conosciuto a partire dall'immediato dopoguerra.

Se i numerosi e importanti interventi del legislatore comunitario e l'elaborazione giurisprudenziale delle corti europee hanno assicurato al comparatista un ruolo di primo piano nella comunità scientifica, sul piano dei contenuti, però, il giurista europeo non avrebbe nulla da insegnare a quello americano. I diversi progetti

⁷ L'amara considerazione è di D.J. Gerber, *Method, Community & Comparative Law: An Encounter With Complexity Science*, 16 *Roger Williams U. L. Rev.* 110, 122, il quale offre l'esempio del dibattito sui modelli di governance societaria che ha animato il dibattito statunitense fino a qualche anno fa, in cui i comparatisti sono stati marginalizzati a vantaggio degli studiosi di diritto societario e di law and economics.

⁸ M. Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, cit., 686.

⁹ M. Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, 50 *Am. J. Comp. L.* 671, 673 (2002).

che hanno animato negli ultimi decenni il dibattito giuridico europeo, all'interno o a ridosso delle istituzioni comunitarie, sarebbero, infatti, sul piano metodologico, espressione di una certa aspirazione culturale e politica all'universalismo tipica del secondo dopoguerra.¹⁰ Da questa impostazione discenderebbe una forte impronta positivistica testimoniata, tra l'altro, da un'attenzione quasi esclusiva alle regole che costituirebbe la cifra distintiva dei diversi progetti di armonizzazione. Ai margini della riflessione resterebbero, invece, la dimensione pratica del diritto, il contesto istituzionale e procedurale nel quale le regole sono chiamate ad operare, la dimensione culturale. La comparazione giuridica europea sarebbe fortemente orientata a valorizzare le somiglianze rispetto alle differenze, ignorate nella fideistica adesione alla formula della convergenza delle soluzioni pratiche e, sul piano degli obiettivi concreti, alla convergenza dei sistemi giuridici europei. Mancherebbero, inoltre, un approccio autenticamente interdisciplinare e ricerche empiriche. Mentre sul piano dei contenuti l'attenzione sarebbe quasi del tutto incentrata sul diritto privato.¹¹

Come disciplina accademica, poi, diritto comparato sarebbe espressione ampia e indeterminata e finirebbe per designare quegli studi che, con i metodi più diversi, si occupano a qualsiasi titolo di ogni ambito del diritto straniero.¹² Né i contenuti né il metodo utilizzato consentirebbero di conferire un'identità certa e stabile alla disciplina: sul piano dei contenuti, gli studi di diritto comparato sarebbero accomunati solo dalla circostanza di occuparsi di ordinamenti diversi; sul piano metodologico, gli unici punti condivisi sembrerebbero una diffusa adesione al funzionalismo e la messa in guardia da equivoci di tipo terminologico. Mancherebbe inoltre una riflessione approfondita sugli scopi della comparazione.¹³

Insomma, il merito della comparazione giuridica in Europa non sarebbe altro che quello di essersi trovata al posto giusto nel momento giusto e il successo del comparatista europeo sarebbe dovuto più ad una somma di circostanze favorevoli che non ai pregi del proprio lavoro. Lungi dal doversene servire, il giurista non europeo dovrebbe, al contrario, liberarsi dai residui retaggi di una tradizione di studi, nata oltre

¹⁰ V. Curran, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, 46 *Am. J. Comp. L.* 43 (1998).

¹¹ Di tutte queste cose sarebbe riprova la manualistica. Molti dei testi ancora diffusi hanno un impianto simile a quello delle prime edizioni di molti decenni prima: a dispetto di cambiamenti intervenuti successivamente, l'impostazione e la cadenza degli argomenti non sembrerebbe cambiata poi di molto, salvo che per alcuni aggiustamenti o aggiunte tutto sommato marginali. Il riferimento è generalmente ai manuali di K. Zweigert e H. Kötz e di R. David.

¹² D.J. Gerber, *Method, Community & Comparative Law: An Encounter With Complexity Science*, cit., 119, il quale menziona, a riprova di tali affermazioni, la propria esperienza nella selezione degli articoli inviati all'*American Journal of Comparative Law*.

¹³ Così M. Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, cit., 689, spec. 697, ove osserva che indicare nella conoscenza lo scopo della comparazione non basta se non si chiarisce conoscenza di cosa.

mezzo secolo fa ad opera di una generazione di giuristi scampati alle persecuzioni del nazismo e rifugiatisi negli Stati Uniti, la quale condizionerebbe ancora gli sviluppi della comparazione giuridica odierna.¹⁴

Accanto alle perplessità di ordine metodologico, possiamo individuare almeno altri due fronti critici di riflessione messi in luce dal dibattito nordamericano.

Innanzitutto, la frequente sottolineatura della distanza che correrebbe tra diverse culture giuridiche e, in particolare, tra quella nordamericana e le altre, renderebbe inutili, quanto meno sul piano delle esigenze pratiche, indagini approfondite di tipo comparatistico. Ci si riferisce, in particolare, alla svolta culturale impressa agli studi comparatistici negli Stati Uniti, la quale si è spesso risolta nell'individuazione di un presunto tratto distintivo della tradizione nordamericana e della sua cultura giuridica: la conclusione cui questi studi quasi invariabilmente giungono è l'asserita diversità, e spesso la superiorità, del modello di riferimento.¹⁵

In secondo luogo, molti dei meriti che hanno reso la comparazione giuridica una disciplina di crescente importanza nel dibattito giuridico europeo non varrebbero con riferimento alla tradizione giuridica nordamericana. Dalla battaglia culturale nei confronti del dogmatismo alla valorizzazione dell'approccio funzionalistico, tante delle conquiste della comparazione giuridica europea non aggiungerebbero molto al ricco dibattito nordamericano. Lo stesso varrebbe con riferimento alle tradizioni di pensiero nate negli Stati Uniti d'America e spesso immesse nel dibattito europeo da studiosi di diritto comparato.¹⁶ In sintesi, se è vero che le correnti di pensiero che davvero hanno inciso sul dibattito giuridico nordamericano condividono un carattere sovversivo, un ruolo del genere non è mai stato svolto dal diritto comparato.¹⁷

¹⁴ M. Reimann, *Stepping Out of the European Shadow: Why Comparative Law in the United States Must Develop Its Own Agenda*, 46 *Am. J. Comp. L.* 637 (1998).

¹⁵ Per una rassegna di studi sui temi più diversi, si vedano, a titolo di esempio, J.Q. Whitman *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, 113 *Yale L.J.* 1151 (2004), sulla nozione di *privacy*; sui modelli processuali statunitense e tedesco si vedano le riflessioni di J.H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 *U. Chi. L. Rev.* 823 (1985). Per una risposta polemica basata sulla contrapposizione tra autoritarismo tedesco e individualismo nordamericano si veda O.G. Chase, *Legal Processes and National Culture*, 5 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 1 (1997). Sul sistema giudiziario nordamericano e francese si veda A.D. Kessler, *Marginalization and Myth: The Corporatist Roots of France's Forgotten Elective Judiciary*, 58 *Am. J. Comp. L.* 679 (2010); Id., *Deciding Against Conciliation: The Nineteenth-Century Rejection of a European Transplant and the Rise of a Distinctively American Ideal of Adversarial Adjudication*, 10 *Theoretical Inq. L.* 423 (2009); sulle diverse concezioni della democrazia v. J.Q. Whitman, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, 109 *Yale L.J.* 1279 (2000).

¹⁶ Si pensi alla *economic analysis of law*, la quale ha contribuito ad ampliare il respiro della riflessione soprattutto civilistica continentale e la cui diffusione in Europa è in larga parte dovuta ad autorevoli comparatisti; ovvero, più di recente, ai diversi movimenti nati nella dottrina statunitense: dai *critical legal studies* al femminismo giuridico, da *law and literature* ai *gender studies*.

¹⁷ G.P. Fletcher, *Comparative Law as Subversive Discipline*, 46 *Am. J. Comp. L.* 683, 690 (1998).

3 IL METODO

Da quanto detto emerge chiaramente come la crisi del diritto comparato sia imputata principalmente alla mancanza di un *common core* di proposizioni metodologiche, canoni comuni, confini chiari, che possa costituire punto di riferimento e fonte di identità professionale per i membri della comunità scientifica.¹⁸ Da qui sorge la diffusa constatazione della necessità di individuare un metodo, o comunque un nucleo di proposizioni metodologiche, condiviso.

Il primo tema sul quale la scienza comparatistica è chiamata a riflettere è, dunque, l'asserita esigenza di canoni metodologici comuni. L'individuazione di un metodo svolge una funzione interna e una esterna alla comunità scientifica: all'interno plasma i rapporti tra i membri di una comunità, legandoli gli uni agli altri, offre strumenti ai nuovi adepti e consente la diffusione e la condivisione delle informazioni; all'esterno fornisce un'identità e una riconoscibilità chiara al gruppo. Il ricorso a proposizioni teoriche condivise – si osserva comunemente – costituisce un punto di riferimento irrinunciabile per una comunità scientifica ed è fonte di identità e di affermazione delle proprie idee.¹⁹

Non tutti – occorre precisare – avvertono la necessità di sviluppare un metodo comune. L'assenza di riferimenti epistemologici condivisi costituisce, secondo alcuni autori, una ricchezza e non una debolezza della comparazione giuridica. Appoggiandosi all'autorevolezza di Otto Kahn Freund si ricorda quanto sia prezioso il dono della libertà di cui godono i comparatisti.²⁰ E di recente questo elogio della libertà è stato ripreso in chiave critica da quelle correnti del pensiero giuridico che vedono nell'imposizione di un canone comune un progetto egemonico e non una scelta necessaria di rigore epistemologico. Tuttavia – si avverte – se proprio si vuole conservare quel dono di libertà di cui finora ha goduto il comparatista, è bene sapere qual è il prezzo che si paga in termini di prestigio e riconoscibilità. Del resto è lo stesso illustre giurista a mettere in guardia nei confronti di quella libertà, considerata sì un dono, ma il più temibile dei doni, proprio per i rischi che comporta.²¹

¹⁸ Taluno ha anche provato a identificare i metodi che dal diciottesimo secolo ad oggi sarebbero stati utilizzati negli studi comparatistici arrivando ad elencarne una decina. Precisamente, in ordine cronologico: (1) Natural law; (2) Legal transplants: import and export; (3) Examination of a nation's Volksgeist: emphasizing differences; (4) Legal harmonization and unification; (5) Legal traditions, legal systems, and pluralism; (6) Functionalism: emphasizing similarities; (7) Ideal types; (8) Nation building: law and development initiatives; (9) Law, rhetoric, and culture: critical studies; (10) Economic analysis of the law. L'elencazione è di D.S. Clark, *Comparative Law Methods in the United States*, 16 *Roger Williams U. L. Rev.* 134, 137-138 (2011).

¹⁹ Così D.J. Gerber, *Method, Community & Comparative Law: An Encounter With Complexity Science*, cit., 125, il quale cita il caso della *economic analysis of law*, la cui chiave del successo risiederebbe proprio nella condivisione di un nucleo epistemologico forte.

²⁰ O. Kahn-Freund, *Comparative Law as an Academic Subject*, 82 *L. Q. Rev.* 40, 41 (1966).

²¹ O. Kahn-Freund, *Comparative Law as an Academic Subject*, cit., 41.

4 L'UTILITÀ DELLA COMPARAZIONE GIURIDICA

Un ulteriore punto ricorrente nell'analisi dei comparatisti americani è quello relativo agli scarsi risvolti pratici del diritto comparato. L'uso della comparazione nelle controversie transfrontaliere, nella stesura di contratti internazionali, come materiale di riferimento da parte dei legislatori nell'attività di riforma, sono considerati decisivi per una compiuta affermazione della disciplina. Così, accanto alla riflessione dottrinarina sul metodo della comparazione giuridica, un secondo fronte di discussione ha riguardato il ricorso alla comparazione giuridica da parte delle corti.²²

Anche sotto questo profilo, a giudicare dalla letteratura nordamericana sul tema, il ruolo della comparazione sarebbe talmente marginale da indurre a denunciare il senso di progressiva "solitudine" in cui opererebbe il giurista comparatista.²³ La comparazione giuridica sembrerebbe, infatti, aver subito un drastico ridimensionamento rispetto al ruolo che essa ha avuto nella fase formativa del diritto americano e che, seppure in misura minore rispetto al passato, sembrava esserle stato nuovamente riconosciuto in alcune celebri sentenze della Corte Suprema del primo decennio degli anni duemila.²⁴ Il ricco dibattito suscitato proprio da quelle decisioni, con vasta eco nella stampa non specializzata, ha visto perfino la veemente reazione di alcuni membri del Congresso²⁵ e l'approvazione di un provvedimento della Camera con il quale si vieta il ricorso alla comparazione tranne che nei limitati casi in cui tali riferimenti servano a individuare il significato originale della norma.²⁶

Sul piano teorico, le obiezioni mosse, tanto nelle opinioni dei giudici quanto nel dibattito accademico, all'uso giurisprudenziale della comparazione spaziano dalla pretesa unicità di ciascuna tradizione giuridica nordamericana fino alla necessaria arbitrarietà che sarebbe insita in qualsiasi riferimento a ordinamenti stranieri.²⁷ Il frequente richiamo alle specificità culturali della tradizione giuridica nordamericana

²² Per un approfondimento del tema sia consentito rinviare a G. Smorto, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in Eur. dir. priv., 2010, 223 ss.

²³ J.H. Merryman, *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*, The Hague – London – Boston, 1999, 1 ss.

²⁴ Le più note sono *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Atkins v. Virginia* 536 U.S. 304 (2002); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

²⁵ L. Greenhouse, *Rehnquist Resumes his call for Judicial Independence*, New York Times 1 gennaio 2005. Per una ricostruzione della vicenda attraverso i più autorevoli quotidiani v. anche M.A. Glendon, *Judicial Tourism: What's Wrong with the U.S. Supreme Court Citing Foreign Law*, Wall Street Journal 17 settembre 2005.

²⁶ *House of Representatives*, 17 marzo 2004, Risoluzione 568.

²⁷ Il problema non è solamente quello del fondamento teorico. Il maggiore ostacolo all'utilizzo della comparazione ad opera delle corti risiede più semplicemente nella scarsa conoscenza del diritto straniero (e delle lingue) da parte di giudici e pratici. Secondo C.B. Picker, *Comparative Law Methodology & American Legal Culture: Obstacles and Opportunities*, 16 Roger Williams U. L. Rev. 86, 88 ss. (2011), la stessa disputa sull'uso della comparazione è più nota ai comparatisti stranieri che ai giuristi statunitensi.

e la sottolineatura della pretesa incolmabile distanza dai valori e dalla cultura (giuridica) europea²⁸ portano a considerare i richiami agli ordinamenti stranieri privi di significato se non addirittura pericolosi, perché rischiano di imporre alle corti e alla nazione soluzioni straniere²⁹ ledendo le prerogative di sovranità dell'ordinamento giuridico. Con riferimento al carattere potenzialmente arbitrario del ricorso alla comparazione, poi, si sottolinea il rischio che la scelta della soluzione straniera sia dettata da casualità, dalla semplice accessibilità (per ragioni di lingua, reperibilità delle fonti o altre circostanze) o addirittura da una scelta effettuata ad arte per sostenere le proprie tesi: invocare il diritto straniero quando si è d'accordo e ignorarlo nel caso opposto – è stato osservato in chiave critica - non è un ragionamento giuridico ma un cattivo sofisma.³⁰ E lo stesso rischio di arbitrarietà prospettato in relazione alla scelta degli ordinamenti da comparare riguarda la scelta dei temi sui quali è possibile ricorrere a ordinamenti stranieri.³¹

5 IL DIRITTO COMPARATO TRA SUCCESSI E FALLIMENTI. UNA RIFLESSIONE

Sebbene la letteratura nordamericana passata in rassegna, metta talvolta in luce debolezze reali della scienza comparatistica, essa spesso si fonda su alcuni grandi fraintendimenti. Innanzitutto, sul piano del metodo la lettura che della comparazione giuridica contemporanea offrono gli statunitensi è semplicistica e, a tratti, profondamente errata. Né l'attenzione esclusiva alle regole, né la ricerca degli universali, né l'utilizzabilità del metodo in esame solamente in alcuni ambiti del diritto ritenuti più "tecnici" possono considerarsi limiti propri del funzionalismo, quanto piuttosto declinazioni di esso frutto delle convinzioni culturali degli autori che se ne sono fatti cantori nel corso del Novecento.³² Tale approccio, infatti, non impone affatto l'esclusione dall'analisi giuridica di fattori come il contesto storico e politico in cui maturano le regole o i valori morali di una società. Basta scorrere molti dei

²⁸ Per tutti v. R. Bork, *Coercing Virtue: the Worldwide Rule of Judges*, Washington, 2006.

²⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 598 (2003) (Scalia J., *dissenting*).

³⁰ 125 S. Ct. 1183, 1228 (2005) (Scalia J. *dissenting*).

³¹ 543 U.S. at 624 (Scalia J. *dissenting*).

³² Il riferimento è ovviamente a K. Zweigert – H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Milano, 1988, 44, ove si indica la necessità di lasciare da parte quei settori del diritto connotati fortemente dalla dimensione morale per concentrarsi su quella parte meno "politica" del diritto privato. Lo stesso vale per le critiche nei confronti della fortunata formula della c.d. *praesumptio similitudinis*, accusata con qualche fondamento di circolarità quando diviene strumento di controllo sull'esattezza dei risultati raggiunti, la quale riguarda solamente una certa lettura, tanto nota quanto circoscritta, del funzionalismo. Per una riflessione sui legami tra *textual approach*, *functional approach* e diritto naturale nel diritto comparato v. le riflessioni di V. Curran, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, 46 Am. J. Comp. L. 43, 60 (1998).

migliori scritti comparatistici degli ultimi decenni per verificare un proficuo uso del metodo funzionalistico anche per affrontare temi densi di risvolti politici e morali.³³

Ancora meno fondata appare, inoltre, la sottolineatura della distanza di valori che correrebbe tra le diverse esperienze giuridiche, che caratterizza molti studi di diritto comparato.

E' innegabile che la svolta culturale impressa agli studi comparatistici negli ultimi decenni abbia portato ad un salutare allargamento della prospettiva di analisi: l'enfasi posta sulle differenze, la messa in guardia nei confronti della ricerca a tutti i costi delle comunanze, degli assoluti e di una risposta unica corretta, la presa d'atto degli effetti distorsivi delle categorie attraverso le quali opera ogni forma di conoscenza, sono tutte acquisizioni importanti nella riflessione comparatistica più recente.

Tuttavia, quando queste premesse divengono ricerca sul campo, spesso il richiamo alla tradizione culturale assume la forma del più logoro stereotipo e il confronto inevitabilmente conduce ad affermare non solamente la distanza dall'altro modello oggetto di analisi ma anche le insuperabili virtù di quello nordamericano.³⁴

Quanto alle polemiche suscitate dall'uso della comparazione giuridica ad opera della giurisprudenza, sebbene gli interrogativi sollevati richiedono risposte e non possono essere liquidati da un pregiudizio favorevole al ricorso alla comparazione come strumento di comunicazione tra ordinamenti e a un'ottimistica e un po' datata aspirazione all'universalismo, le obiezioni esaminate non forniscono argomenti insuperabili. A tutto concedere, esse mettono semplicemente in luce il rischio di un uso opportunistico o distorto della comparazione e pertanto non valgono a inficiarne le basi teoriche ma solamente a sottolinearne i pericoli.

L'impressione che rimane dopo aver passato in rassegna la letteratura nordamericana sul tema della scarsa influenza del diritto comparato nelle aule dei tribunali potrebbe aver giocato negativamente la fragilità teorica che il più delle volte ne ha sorretto l'utilizzo.³⁵

Le proposte più convincenti su un uso normativo della comparazione sono quelle che ne limitano l'applicabilità alle ipotesi in cui si possa rintracciare un diritto internazionale consuetudinario derivante da ciò che si pratica nelle nazioni

³³ Cfr. M. Graziadei, *The Functionalist Heritage*, in P. Legrand & R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, 109, cui si rinvia per un'elencazione esemplificativa di lavori che suffragano tale conclusione.

³⁴ E' riconducibile alla stessa prospettiva la diffusa notazione circa l'inutilità di un ricorso alla pluralità di soluzioni offerte dall'analisi comparatistica in un luogo, come gli Stati Uniti, nel quale i cinquanta Stati dell'Unione offrono già all'interprete un ventaglio di soluzioni sufficientemente diversificato e più omogeneo.

³⁵ Anche autori favorevoli all'uso giurisprudenziale della comparazione hanno mostrato più d'una perplessità per l'assenza di basi teoriche chiare. Cfr. J. Waldron, *Foreign Law and the Modern Jus Gentium*, 119 *Harvard L. Rev.* 129 (2005).

civili³⁶ ovvero quando il richiamo ad altri sistemi giuridici serve a chiarire il significato originario di una norma interna ove questa sia di derivazione straniera.³⁷ Mentre al di fuori di queste ipotesi, il ricorso all'argomento comparatistico va inteso come parte del pensiero giuridico dialettico o problematico, il quale offre al ragionamento giuridico punti di vista esterni al sistema rilevanti in quanto portatori di nuove informazioni, nuovi bisogni, nuove esigenze per poi confrontarli con i punti di vista già consolidati nel sistema.³⁸ Il contributo principale che la comparazione giuridica può dare alla prassi giurisprudenziale non si colloca, pertanto, sul piano dell'autorità quanto su quello della persuasività.³⁹ Del resto, le fonti straniere non sono *authorities* e la comparazione giuridica normalmente non fornisce regole di decisione⁴⁰, ma suggerisce all'interprete paradigmi di ragionamento giuridico che sfuggirebbero ad una lettura puramente interna del problema. Ed è proprio questo che il dibattito nordamericano sembra aver sottovalutato.

6 QUALE RUOLO PER L'AMERICA LATINA?

Da quando nel 1493 Alessandro VI con la bolla *Inter Coetera* assegnava a Spagna e Portogallo le terre dell'America meridionale, il diritto dei paesi latinoamericani è sempre stato caratterizzato da una forte influenza dei diritti stranieri.

Di questa pervasiva tendenza è indiretta testimonianza, del resto, la classificazione stessa dei sistemi giuridici dell'America latina: difficilmente qualificati come tradizione autonoma, sono generalmente considerati appartenenti alla famiglia

³⁶ J. Waldron, *Foreign Law and the Modern Jus Gentium*, cit., 129; A.R. Dennington, *We Are the World? Justifying the U.S. Supreme Court's Use of Contemporary Foreign Legal Practice in Atkins, Lawrence and Roper*, 29 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 269 (2006).

³⁷ A. Scalia, *Foreign Legal Authority in the Federal Courts*, 98 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 305 (2004). La stessa posizione sembra espressa da Breyer J. in *Foster v. Florida*, 123 S.Ct. 470, 472 (2002); *Knight v. Florida*, 120 S.Ct. 459, 462 (1999). In questa prospettiva, *Roper*, con i riferimenti operati da Kennedy a materiali inglesi, risulta maggiormente accettabile rispetto a *Atkins* e *Lawrence*, in cui i richiami riguardano la comunità mondiale o addirittura sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

³⁸ Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.

³⁹ Lo studio di un ordinamento straniero potrebbe indicare nuove strade da percorrere nell'analisi di un certo problema ovvero servire a verificare come una certa soluzione funzioni nella pratica, consentendo alle corti di formulare un argomento di tipo empirico circa le conseguenze di una determinata soluzione. Si pensi, ad esempio, al riconoscimento della risarcibilità del danno puramente economico e alla constatazione dei mancati effetti negativi che una simile apertura ha comportato in altre esperienze giuridiche sul piano dell'aumento del contenzioso.

⁴⁰ A. Gambaro, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia*, in AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, 2004, 3 ss. Sul punto v., inoltre, H.P. Glenn, *Persuasive Authority*, 32 *McGill LJ* 261 (1987); B. Markesinis, *Comparative Law in Search of an Audience*, 53 *Modern LR* 1 (1990); B. Markesinis - J. Fedtke, *The Judge as Comparatist*, 80 *Tul. L. Rev.* 11, 17 (2005).

romano-germanica o di *civil law*.⁴¹ Secondo le analisi più diffuse, il diritto dell'America Latina ha poi subito, specialmente in tempi recenti, la profonda influenza della tradizione giuridica statunitense.

L'America Latina sarebbe, pertanto, debitrice della tradizione giuridica dell'Europa continentale principalmente nel campo del diritto privato, mentre si avvicinerrebbe sensibilmente a quella nordamericana nel campo del diritto pubblico e costituzionale.⁴² Tale influsso del *common law*, in particolare di quello degli Stati Uniti d'America, sarebbe poi cresciuto, a partire dal secondo dopoguerra, al di fuori del diritto costituzionale⁴³, anche a seguito di consistenti aiuti economici⁴⁴ e dell'affermazione del movimento *Law and development*.⁴⁵

Alla luce dell'importanza del diritto straniero negli ordinamenti giuridici latinoamericani e dell'influenza esercitata tanto dalla tradizione di *civil law* quanto da quella di *common law*, appare utile, in chiusura, provare ad avviare una prima riflessione sul contributo che l'America Latina può offrire al dibattito in corso.

Una prima questione affrontata in queste pagine è quella relativa ai processi di uniformazione e di armonizzazione del diritto. Dal colonialismo europeo al panamericanismo di Monroe⁴⁶ fino all'ibero-americanismo⁴⁷, progetti di uniformazione e armonizzazione del diritto sono sempre stati al centro del dibattito giuridico in America Latina. Le critiche passate in rassegna in queste pagine con riferimento all'Europa, relative alla pretesa adozione di una prospettiva acriticamente volta all'uniformazione del diritto, mancano – come detto - di cogliere il grado di elaborazione che accompagna la traiettoria di avvicinamento dei singoli diritti nazionali. E' proprio dalla letteratura comparatistica, infatti, che arrivano gli spunti

⁴¹ Di famiglia romano-germanica parlano R. David – C. Jauffret-Spinozi, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, 2010. Questa lettura ad opera della sistemologia giuridica, la quale vede nella ricezione del *code civil* la ragione della persistente influenza del modello francese in America Latina, continua anche nella prospettiva del *Legal origins*, in base al quale i paesi dell'America Latina vengono generalmente ricondotti nella famiglia di derivazione francese. Cfr. R. La Porta – F. Lopez-de-Silanes – A. Shleifer, *The Economic Consequences of Legal Origins*, 46 J. Econ. Lit. 285 (2008).

⁴² J. Dolinger, *The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System*, 38 Am. J. Comp. L. 803 (1990).

⁴³ Sul punto v. K.S. Rosenn, *The Success of Constitutionalism in the United States and its Failure in Latin America: An Explanation*, 22 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 1 (1990).

⁴⁴ Cfr. J. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison - Wisconsin, 1980.

⁴⁵ K.L. Karst - K. Rosenn, *Law and Development in Latin America*, Berkeley, 1975; P. DeShazo - J.E. Vargas (eds.), *Judicial Reform in Latin America: An Assessment*, Policy Papers on the Americas Volume XVII, Study 2, 2006 (reperibile all'indirizzo http://www.csis.org/media/ocs/pubs/0609_latam-judicial-reform.pdf). Per un bilancio recente sul ruolo del movimento in America Latina v. J.L. Esquirol, *The Latin American Tradition of Legal Failure*, in *Comparative Law Rev.*, 2011, 1 ss.

⁴⁶ La prima Conferenza Pan-americana si è tenuta a Washington nel 1889.

⁴⁷ E. Miñana y Villagrasa, *La Unificación del Derecho Mercantil Hispano-Americano*, Madrid, 1925.

di riflessione più importanti rispetto agli approcci più apertamente normativi. Della ricchezza di questa riflessione critica sono testimonianza i tanti progetti che, attraverso l'adozione del metodo funzionalistico e di un approccio analitico alla comparazione, stanno contribuendo in modo significativo alla conoscenza del diritto senza per questo assumere aprioristiche posizioni favorevoli all'uniformazione del diritto⁴⁸, oltre che una letteratura imponente e sofisticata sulle prospettive di armonizzazione e sui trapianti giuridici.⁴⁹ E' indubbio che la ricchezza del dibattito teorico e dei tanti progetti in corso può offrire utili spunti di riflessione, anche in risposta ai rilievi critici e alle perplessità che da sempre hanno caratterizzato il dibattito latinoamericano sulle prospettive di armonizzazione regionale.⁵⁰

Un secondo potenziale fronte di riflessione riguarda la coesistenza di diverse culture giuridiche all'interno di uno stesso ordinamento giuridico, che va comunemente sotto il nome di pluralismo giuridico. Tale fenomeno è particolarmente presente in quelle aree, come l'America Latina, che hanno conosciuto l'esperienza del colonialismo e in cui sopravvivono comunità che si reggono in base a regole non pienamente riconducibili al paradigma di sovranità occidentale.⁵¹ Se sotto il profilo teorico, la teoria della dissociazione dei formanti proposta da Rodolfo Sacco può essere d'aiuto a governare questi processi⁵², d'altra parte la prassi giurisprudenziale dei Paesi dell'America Latina ha sempre dimostrato una vitalità e una capacità straordinarie di affrontare questioni relative al riconoscimento delle diversità culturali e avrebbe sicuramente tanto da insegnare alle altre tradizioni giuridiche.⁵³ In entrambi i casi, la cifra comune risiede nel riconoscimento della dimensione culturale del diritto e al contempo, là dove si sottolinea la dimensione implicita del diritto, nel rifiuto di una visione monolitica e indifferenziata dell'ordinamento giuridico.

⁴⁸ Il riferimento è al Progetto *Common Core of European Private Law* (<http://www.common-core.org/>). Sul sito del *Common Core* troviamo chiariti i presupposti teorici del Progetto, ove si afferma che lo scopo è quello di analizzare "the existing situation without trying in any way to force uniform solutions; its purpose is to provide the highest degree of precision a map of the relevant elements of different legal systems." E aggiunge: "It is also true that common core research may be a useful instrument for legal harmonisation, in the sense that it provides reliable data to be used in devising new common solutions that may prove workable in practice. But this has nothing to do with the common core research in itself, which is devoted to produce reliable information, whatever its policy use might be."

⁴⁹ Cfr. il numero monografico su *Legal transplants in Theoretical Inquiries in Law*, 2009, vol. 2, 299 ss. (<http://www.degruyter.com/view/j/til.2009.10.issue-2/issue-files/til.2009.10.issue-2.xml>).

⁵⁰ R.G. MacLean, *Judicial Reasoning and Social Reality in Peru*, 28 Am. J. Comp. L. 489 (1980); prima ancora v. P.J. Eder, *Law and Justice in Latin America*, in *Law: A Century of Progress 1835-1935*, New York, 1937.

⁵¹ Cfr. ad esempio D.S. Clark, *Witchcraft and Legal Pluralism: The Case of Célimo Miquirucama*, 15 Tulsa L.J., 679 (1980).

⁵² R. Sacco, *Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law*. (Parts I and II), 39 Am. J. Comp. L. 1; 343 (1991).

⁵³ Cfr. L. Giraudó (ed.), *Derechos, Costumbres y Jurisdicciones Indígenas en la América Latina Contemporánea*, Madrid, 2008.

Un terzo ambito di riflessione riguarda la necessità di avviare una riflessione critica su una certa letteratura che, seppure ascrivibile a filoni culturali anche distanti tra loro, giunge invariabilmente ad affermare la superiorità del modello giuridico di *common law* e, in particolare, di quello statunitense.⁵⁴ In questa prospettiva, possono essere accomunate sia parte di quella letteratura fiorita a seguito della svolta culturale, che le ricette più apertamente normative del *Law and development* (nelle sue diverse varianti) e, più di recente, del movimento *Legal origins*.⁵⁵ Su questi temi sarebbe certamente auspicabile una maggiore riflessione proveniente dagli studiosi appartenenti a quelle tradizioni giuridiche che meno si riconoscono in queste correnti di pensiero, così da rispondere adeguatamente a ricostruzioni spesso storicamente e concettualmente discutibili le quali, a dispetto delle pretese generalizzanti delle conclusioni cui giungono, quasi sempre scontano la propria provenienza culturale.⁵⁶

Sull'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica, infine, è probabile che il dibattito in corso possa contribuire a rischiarare alcuni aspetti relativi al fondamento teorico di una prassi del genere, anche con riferimento al diritto dell'America Latina, dove un uso normativo della comparazione avrebbe probabilmente una legittimazione più ampia di quella riconosciuta in altre tradizioni giuridiche. Oltre all'ipotesi in cui si possa rintracciare un diritto internazionale consuetudinario, infatti, il richiamo ad altri sistemi giuridici sarebbe pienamente giustificabile, in chiave normativa, al fine di chiarire il significato originario di una norma interna in tutti quei casi in cui le soluzioni accolte siano ispirate – come spesso accade in America Latina – a modelli stranieri.

E potremmo andare oltre. L'elencazione degli ambiti di riflessione è, infatti, ben più ampia e questa prima rassegna riveste solo carattere esemplificativo.

E' stato detto che il giurista latinoamericano è così abituato a far ricorso alla comparazione al punto da correre il rischio talvolta di non accorgersi della portata del fenomeno.⁵⁷ Non so se questo sia vero. Tuttavia l'esperienza accumulata dalla dottrina giuridica latinoamericana può sicuramente offrire un contributo di chiarezza indispensabile nel ricco dibattito in corso sul ruolo della comparazione giuridica nella scienza giuridica contemporanea e tale contributo è oggi più che mai indispensabile.

⁵⁴ Si vedano le osservazioni di A.D. Kessler, *The Making and Debunking of Legal Tradition*, 16 Roger Williams U. L. Rev. 129, 130.

⁵⁵ Secondo cui il modello di *common law* risulta complessivamente più efficiente rispetto a quello di *civil law*. Cfr. *Symposium on Legal Origins* pubblicato sull'*American Journal of Comparative Law* nel 2009 e i numerosi contributi ivi pubblicati: 57 Am. J. Comp. L. 765 (2009).

⁵⁶ Tra le poche eccezioni vedi la veemente risposta francese alle conclusioni del *Legal Origins*. Cfr. B. Fauvarque-Cosson – A.J. Kerhuel, *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Businesses World Bank Reports and Economic Analysis of the Law*, 57 Am. J. Comp. L. 811 (2009).

⁵⁷ J. Kleinheisterkamp, *Development of Comparative Law in Latin America*, cit., 300.



AINDA SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM FACE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: UM DEBATE INACABADO¹

Rogério Gesta Leal*

1 INTRODUÇÃO

Pretendo, neste ensaio, tratar de um tema que tem sido objeto de profundos estudos em todo o mundo ocidental hoje, tanto em nível acadêmico quanto forense, que é o do Mínimo Existencial enquanto indicador de densificação material dos Direitos Sociais, notadamente aqueles que envolvem comprometimento econômico e orçamentário às suas efetivações. Para tal debate, vou me valer, primeiro, da delimitação teórico-acadêmica (exemplificativa) que vem se ocupando disto, para em seguida verificar de que forma tem ocorrido a migração do debate à esfera judicial.

2 ESTADO SOCIAL *VERSUS* DIREITOS SOCIAIS: UMA EQUAÇÃO NECESSÁRIA

Importa ter presente, preliminarmente, os cenários político e institucional nos quais se inserem os Direitos Sociais, haja vista que há uma relação direta entre estes direitos e o que se tem denominado de Estado Social, em especial nos primeiros anos do século XX, quando o Poder Público adquiriu conteúdo econômico e social destacado, para realizar, dentro de seus quadros, a nova ordem de trabalho e distribuição de bens, em face dos níveis de exclusão social reinante no modelo de mercado capitalista vigente, *opondo-se à anarquia econômica e à ditadura para resguardar os valores da civilização*.²

*Doutor em Direito; Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Professor visitante da Università Tùlio Ascarelli, Roma Trè, Universidad de La Coruña, Espanha, e Universidad de Buenos Aires; Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura; Membro da Rede de Direitos Fundamentais (REDIR), do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF; Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura, Brasília, DF; Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira.

¹ Este ensaio é fruto do projeto de pesquisa intitulado A decisão judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos direitos fundamentais, desenvolvido no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, bem como com o Grupo de Pesquisa sobre Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, desta mesma instituição.

² Neto (1979, p. 42). Ocorre que a *mão invisível do mercado* não foi suficiente para gerenciar a romântica e ilusória perspectiva de que as relações de produção e a lógica do capital fossem suficientes para atender

Este ciclo histórico, progressivamente, vai impondo ao Estado outras missões e fins até então descartados pelo Estado Liberal de Direito, exigindo do Poder Público o atendimento às demandas comunitárias cada vez mais crescentes. Os problemas sociais que surgem aqui, bem como a falta de capacidade de resolução por parte dos particulares, impulsionam a reflexão sobre o alargamento dos deveres estatais para muito além de suas atribuições de garantir, simplesmente, uma ordem jurídica estável e proporcionadora de relações sociais da mesma natureza.³

É a partir da Primeira Guerra Mundial que esta tendência de o Estado participar mais ativamente do cotidiano de sua comunidade toma corpo, adotando uma política mais intervencionista para ordenar recursos e procedimentos econômicos voltados à sobrevivência civil, no sentido tanto da distribuição dos alimentos e do controle da distribuição da mão de obra, quanto da produção de determinados produtos estratégicos à economia nacional e aos interesses da guerra.⁴ Passam então os Poderes Públicos instituídos, a avocar, para si, a responsabilidade de uma tutela política mais eficaz, de natureza mais coletiva e indeterminada no âmbito das satisfações econômicas básicas de sua população, e uma gradativa intervenção ou direção na vida econômica dos setores produtivos, com o objetivo explícito de reajustar e mitigar os conflitos nas estruturas sociais respectivas. Entre estes Poderes, o que toma mais relevo é o Poder Executivo, eis que mais próximo dos reclames sociais cotidianos e sensível aos efetivos problemas estruturais da comunidade que gerencia. Essa primazia do Executivo implica críticas sobre os demais poderes, em especial ao Parlamento, no sentido de tê-lo como ineficaz e lento nos procedimentos necessários à implementação de prerrogativas e direitos individuais e coletivos.⁵

No aspecto jurídico e político e em termos históricos, o modelo de Estado Social de Direito é recepcionado pela Constituição de Bonn, em 1949, qualificando a Alemanha como um Estado Democrático e Social de Direito, que busca, fundamentalmente, a justiça e o bem-estar social,⁶ mesmo que de forma mais discursiva e formal.⁷

a um desenvolvimento social harmônico e pacífico dos trabalhadores e capitalistas, quebrando as expectativas de Smith (1986, p. 215).

³ Como bem informa Picó (2007, p. 5): “*Las transformaciones generales de la sociedad industrial dan lugar al nacimiento de grupos sociales que reclaman derechos, legislación proteccionista, libertades, etcétera, y el Estado se apresta con orientación pragmática a solucionar estas crisis con intervenciones de compensación.*”

⁴ Nesse sentido, Agesta (2006, p. 49).

⁵ Nesse sentido é a afirmação de Heller (1984, p. 117).

⁶ Como quer Klein (1970, p.398), o art. 28, 1, da Carta de Bonn, estabelece que a ordem constitucional dos Länder deve se ajustar necessariamente aos princípios do republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates. Em outros termos, que Die Bundesrepublik ist ein demokratischen und sozialen Bundesstaat, nos termos do art. 20, 1 do mesmo diploma constitucional.

⁷ Não esquecendo aqui das constituições denominadas de sociais logo nos primeiros anos do século XX, como a Mexicana, a Soviética, e a de Weimar. Ver o texto de Richard (2004), que faz um crítico balanço

Percebe-se, em especial na Alemanha do pós-guerra, uma consciência política bastante forte da população e de suas manifestações representativas-parlamentares, no sentido de firmar postulados contrários ao regime anterior do III Reich, levando-nos a concluir que o *Sozialer Rechtsstaat* não pode ser tido e concebido, tão somente, sob o ponto de vista formal – carácter do Estado Liberal de Direito –, mas há que se entendê-lo em sentido material, implementador de políticas públicas que atendam às demandas sociais emergentes.⁸

O desafio do Estado Social de Direito é, de alguma forma, garantir justiça social efetiva aos seus cidadãos, no sentido do desenvolvimento da pessoa humana, observando ao mesmo tempo o ordenamento jurídico. Significa dizer que este Estado se encontra marcado por preocupações éticas voltadas aos direitos e prerrogativas humanas/fundamentais, devendo “*D’instruire le progrès, de s’en faire le responsable effectif afin de dégager les moyens d’assurer la promotion sociale de la société, d’en éradiquer les sources du mal, misère et oppression, qui l’empêchent de correspondre à son idéal.*”⁹

De outro lado, as garantias jurídico-sociais-constitucionais estabelecidas pelas Cartas Políticas desse período não consistem em limitações estatais, mas, fundamentalmente, em *parcerias e participação dos Poderes Públicos* na tarefa de atribuir efetividade aos novos direitos e garantias estabelecidas à cidadania. Abandona-se, pois, aquela ideia de liberdade e igualdade garantida mediante uma limitação de ação do Estado frente à Sociedade, eis que tal concepção deixa o indivíduo na mesma situação social na qual se encontra, mantendo-se o *status quo* vigente, discriminatório e não raro violador de sua cidadania.¹⁰

Ocorre que este Estado Social necessita angariar recursos para a implementação de suas ações ou políticas públicas, oportunidade em que vai buscá-los na iniciativa privada, em especial pela forma de tributos e políticas fiscais. Aqui, os impostos não têm, exclusivamente, a função de proporcionar recursos ao Estado para atender aos seus gastos, mas atuam como meios para modificar, socialmente, a capacidade aquisitiva dos cidadãos, e, por vezes, como instrumentos de desconcentração de capital.¹¹

desse tempo, dizendo que a Lei Fundamental de Bonn acolhe a de Weimar, dando relevo à expressão social para o Estado.

⁸ Vai nesse sentido a opinião de Menger (2001, p. 4).

⁹ Donzelot (2005, p. 175).

¹⁰ “*La participación como derecho y pretensión supone un Estado que ayuda, reparte, distribuye u adjudica, que no abandona al individuo en su situación social sino que acude en su ayuda mediante subsidios. Tal es el Estado social?*” (IRIBARNE (2005, p. 167).

¹¹ Tenha-se presente que não se constituiu nessa história um único modelo de Estado Social, mas vários, eis que se formaram ora com viés mais paternalista e assistencialista (tal qual o modelo de Estado Getulista no Brasil), ora com feições mais curativas e compensatórias (tal qual o Welfare State e o L’État d’Providence), ora com natureza de classe social (tal qual o Estado Soviético). Ver o texto de Serrano (1999, p. 23 e ss.). Vale lembrar que quase todos estes modelos distintos de Estado tinham em comum

É assim que tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Administrativo, no âmbito do Estado Social de Direito, apresentam características e aspectos diferenciados, como: um direito administrativo interventor no sentido de minimizar os efeitos das tensões e desigualdades sociais provocadas pelo modelo de desenvolvimento econômico imposto pelo mercado; adoção de políticas públicas protetivas de determinadas categorias sociais marginalizadas e excluídas deste modelo; incentivo a determinadas atividades produtivas – geralmente atendendo a pequenos produtores – no sentido de viabilizar seu ingresso paulatino na cadeia das relações de produção. Diante disso,

La tradicional estructura del Derecho Administrativo, derivada esencialmente de la noción de la ley y de principio de la legalidad de la administración, está en gran parte superada; la exigencia de la legalidad de los actos administrativos postula nuevas garantías jurídicas respecto de la actividad de la administración que, con mejor o peor fortuna, tratamos de deducir del principio de igualdad, del derecho al libre desarrollo de la propia personalidad, de las demás garantías constitucionales de los derechos fundamentales y de la idea de solidaridad social.¹²

Na experiência norte-americana, notadamente em face da premissa do que podemos chamar da Doutrina da Ação do Estado de Efeito Horizontal (*Doctrines of Horizontal Effect by State Action*), desenvolvida nos Estados Unidos a partir da década de 1930, no chamado New Deal, vai inverter a lógica de ação estatal, colocando como referência e centro neural dos poderes instituídos, não mais projetos endógenos dos aparelhos burocráticos de Governo, mas as demandas sociais irrefreáveis que explodiam nas comunidades (saúde, segurança, educação, trabalho, etc.).¹³

É claro que tal modelo de Estado e de políticas públicas geradas a partir dele trouxeram alguns problemas de assistencialismo e paternalismo alienante, fazendo com que a relação entre Cidadania e Estado fosse marcada por altos índices

um caráter muito mais protecionista e paternalista do que emancipador, eis que a condição da cidadania aqui ainda se revelava de extrema passividade recalcitrante do que de participação criativa. Na mesma direção, ver Cabellería, e, ainda, Leal (2004, p. 959).

¹² Useros (1985, p. 36).

¹³ Nesse sentido o texto de Tushnet (2007, p. 39), ao sustentar que “[...] *constitutional systems address their ability to do so through the doctrines of state action or horizontal effect: The plaintiff loses if the defendant is not a “state actor,” or if the constitutional system does not give constitutional guarantees direct horizontal effect.*” Lembra o autor ainda que “*The classical liberal state dealt with concerns about the level and distribution of important goods primarily in private law, secondarily in public law. In private law, the background rules of contract, tort, and property incorporated sub-rules – sometimes understood as exceptions or qualifications – responsive to concerns about the level of goods that people obtained in market transactions.*” Reconhece o autor, todavia, que essa situação no Estado Liberal Clássico (provavelmente no modelo dos seus fundadores, como Adam Smith, Jeremy Bentham, James Mill, etc.) não se poderia aceitar, eis que “*A distribution of goods that resulted from a seller’s fraud on a buyer was normatively unacceptable within classical liberal legal theory, without regard to any supervening constitutional norms.*”

de dependência da primeira em relação ao segundo, e isso não ocorreu somente em países mais subdesenvolvidos em termos históricos (como foi o caso do Brasil por longo tempo), mas também na Europa Central, haja vista o relato de Maggiero:

Le prestazioni sociali diventano così uno dei pilastri del modello di sviluppo italiano del dopoguerra nel quale alla incapacità di garantire sufficienti livelli occupazionali e sufficienti livelli di reddito da lavoro si supplisce attraverso un flusso di reddito a carattere assistenziale. Ciò comporterà anche una lettura esagerata degli effetti perversi del sistema di welfare italiano: lettura che porrà l'accento sul carattere assistenziale e sugli sprechi del sistema, sottovalutando invece gli aspetti positivi connessi al miglioramento dei livelli di vita.¹⁴

Mais que isso, impõe-se ainda o reconhecimento nesse cenário daquilo que chamo de *paradoxo democrático*, ou seja, é igualmente da natureza da democracia moderna e contemporânea (a constitucional) certo grau de *opressão domesticada*, eis que tem imposto ao menos dois tipos de coerções institucionais, a saber: o fato de que a democracia constitucional proporciona atuação diferenciada à vontade de maiorias políticas conjunturais, o que potencialmente pode divergir e restringir a vontade de minorias políticas conjunturais, obrigando-as a contribuir na realização dos objetivos daquelas maiorias (a despeito da contrariedade e desacordo destas minorias); o fato de que a democracia constitucional elege e desenvolve a proteção de certos direitos fundamentais (individuais, sociais, coletivos, difusos, etc.), os quais podem frustrar expectativas e projetos de maiorias políticas (e econômicas) conjunturais, obrigando a estas maiorias a aceitação de tais circunstâncias.

Mas de que forma tais conjunturas implicam os sistemas de justiça ocidentais (aqui entendidos tanto os marcos normativos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, quanto as instituições e atores que se ocupam com as questões que dizem respeito aos direitos e garantias individuais e sociais – magistrados, ministério público, defensoria pública, procuradorias estatais, advocacia, cidadania em geral, etc.)? É o que passo a tratar.

¹⁴ Maggiero (2007, p. 92). Alerta o autor para o fato de que “*Come conseguenza di tutto ciò nelle regioni più povere (il Mezzogiorno), a fronte di una elevata spesa pensionistica, si è sempre avuto una carenza dei servizi di welfare; e la priorità accordata storicamente alle pensioni di anzianità e di vecchiaia rispetto ad altre forme di trasferimenti monetari ha finito per privilegiare i lavoratori anziani, a scapito dei lavoratori giovani soprattutto dei giovani in cerca di prima occupazione. Sendo que il periodo che va dal dopoguerra alla vigilia degli anni novanta sono anni di riduzione sostanziale dell'assistenza diretta ai poveri in quanto tali, che in Italia ha avuto un peso significativo solo fino agli anni cinquanta. Ma a questi stessi poveri veniva invece fornita una forma di assistenza sotto forma di sussidi o pensioni per malattia (per le quali si è solitamente largheggiato). L'altro canale di assistenza è stato per un lungo periodo l'accesso estremamente facile alle stesse pensioni di anzianità di lavoratori, soprattutto autonomi, che avevano versato contributi in maniera estremamente irrisoria.*” Ver também o excelente texto de Rosenfeld (2006, 2000).

3 RECONFORMAÇÕES ESTATAIS EM FACE DOS COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS E SOCIAIS: O PROTAGONISMO JUDICIAL

A primeira grande implicação que se pode extrair do que até agora foi visto é no campo normativo e suas dimensões hermenêuticas e interpretativas, haja vista a profusão de dispositivos cogentes protetivos dos Direitos Humanos e Fundamentais que se vê surgir no século XX, impactando de forma definitiva a Teoria do Direito, a Teoria da Constituição, o conceito de Democracia, entre outros.

No âmbito constitucional, por exemplo, pode-se falar de uma *mudança de função (e significado) na Constituição*, eis que ela não representa tão somente a fronteira entre o Estado e a Sociedade, como no modelo constitucional liberal, tampouco se apresenta como um mero sistema de regras para a luta política (*Rahmenordnung*), que o legislador se encontra obrigado a respeitar. “*A Constituição hodierna compreende um projecto político, um modelo de desenvolvimento para o futuro, um futuro que não se pode prever, mas apenas construir.*”¹⁵ Constitui, nesses termos, um projeto inacabado, um processo constituinte tornado permanente que liga o presente ao futuro. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma perspectiva cívica da Constituição (*civic constitutional vision*), em que:

*Political society is primarily the society not of right bearers but of citizens, an association whose first principle is the creation and provision of a public realm within which a people, together, argue and reason about the right terms of social coexistence, terms that they will set together and which they understand as their common good. Hence, the state is justified by its purpose of establishing and ordering the public sphere within which persons can achieve freedom in the sense of self-government by the exercise of reason in public dialogue.*¹⁶

Na mesma senda e ampliando o significado da Norma Constitucional anda Böckenförde, quando sublinha a ultrapassagem do conceito de *constituição* como *ordem quadro (Rahmenordnung)* para uma *ordem fundamental da comunidade* (que compreende o Estado e a sociedade com os seus fundamentos básicos). De acordo com essa concepção, os direitos fundamentais deixariam de ser percebidos, fundamentalmente, em uma relação meramente vertical Estado/cidadãos, para se conceberem a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção das relações sociais e intersubjetivas.¹⁷

¹⁵ Queiroz (2002, p. 230). Remeto também para o debate dessa matéria um antigo texto de Ferrajoli (1996, p. 29), no qual lembra o autor que o Estado de Direito Constitucional de Direito não é mais do que a dupla sujeição do direito ao direito, gerada por uma dissociação entre vigência e validade, entre forma e substância, entre legitimação formal e substancial, ou, se se quiser, entre as weberianas racionalidades formais e racionalidades materiais.

¹⁶ Michelman (1988, p. 29).

¹⁷ Böckenförde (1991, p. 174). O que se assemelha com a reflexão de Tushnet (2007).

Revela-se inexorável em tal contexto que o Poder Judiciário igualmente reste impactado em sua postura, eis que o aumento das demandas vão gerando déficits enormes de direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, etc.), pressionando todos os poderes instituídos a responderem a essas questões.

Cada instituição, à sua maneira, relaciona-se de formas diferentes àquelas demandas: o Executivo, pela via dos serviços e políticas públicas, com investimentos compensatórios, preventivos e curativos em face dos problemas que lhe ocorrem; o Legislativo, com menos atividade legiferante de iniciativa própria e mais comportamentos de controle e aferição política do Executivo (por meio de comissões parlamentares para assuntos diferenciados); o Judiciário, avançando na direção de garantidor das prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais de toda a comunidade, bem como desenvolvendo ações de concretização de direitos que, a despeito de previstos no sistema normativo, não têm recebido a devida atenção dos demais poderes estatais (saúde, educação, trabalho, segurança, etc.).¹⁸

Por todas essas razões é que se tem sustentado nos últimos tempos que os chamados Direitos Sociais, enquanto fundamentalizados constitucionalmente, em especial no Brasil, afiguram-se como dever do Estado, em primeiro plano, conformando-se como verdadeiros direitos subjetivos, o que implica, inexoravelmente, direito a prestações.¹⁹ Para Canotilho, tais direitos são *prima facie*, eis que não é possível resolvê-los em termos de tudo ou nada,²⁰ e também pelo fato de constituírem, em certa medida e na dicção de Dworkin, direitos abstratos, isso porque representam:

¹⁸ Para o aprofundamento disso, remeto aos meus recentes trabalhos: Leal (2007); Leal (2008).

¹⁹ No que se refere, por exemplo, ao direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de afirmar que ele configura direito público subjetivo, não podendo ser reduzido à promessa constitucional inconsequente – Agravo Regimental no RE n. 271.286-8/RS. De igual sorte a decisão do Superior Tribunal de Justiça que asseverou que os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais – REsp 836913/RS; Recurso Especial n. 2006/0067408-0. 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 8/5/2007, publicado no Diário de Justiça em 31. 5.2007, p. 371. Mas pergunta-se? A que custo e a que universo de demanda pode-se chegar no atendimento deste direito subjetivo à prestação? O atendimento integral de tal direito não pode implicar, por vezes, a violação e o sacrifício de outro direito de mesma ou diferente grandeza (paradoxo da eficiência jurisdicional)?

²⁰ Aduz Canotilho (2000, p. 66) que: “*A questão da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), da ponderação necessária a efectuar pelos poderes públicos (Abwägung) relativamente ao modo como garantir, com efectividade, esse direito (optimização das capacidades existentes, alargamento da capacidade, subvenções a estabelecimentos alternativos) conduz-nos a um tipo de direito prima facie a que corresponde, por parte dos poderes públicos, um dever prima facie.*” Ver, nesse sentido, a reflexão de Sarlet p. 304, em que o autor sustenta estar esta reserva do possível parametrizada por três variáveis, a saber: dizendo com a efetiva disponibilidade fática dos recursos à efetivação dos direitos fundamentais; dizendo com a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão à distribuição das receitas e competências federativas (tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); dizendo com a proporcionalidade da prestação, em especial no que diz respeito à sua exigibilidade e razoabilidade.

Finalidades políticas generales cuyo enunciado no indica de qué manera se ha de comparar el peso de esa finalidad general con el de otras finalidades políticas, en determinadas circunstancias, o qué compromisos se han de establecer entre ellas. Los grandes derechos de la retórica política son abstractos en este sentido. Los políticos hablan de derecho a la libertad de expresión, a la dignidad o a la igualdad, sin dar a entender que tales derechos sean absolutos, y sin aludir tampoco a su incidencia sobre determinadas situaciones sociales complejas.²¹

E por que não se pode resolver tal matéria em termos de tudo ou nada? Pelo fato de que ela envolve outro universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc. Todos esses condicionantes, por sua vez, encontram-se dispersos em diferentes atores institucionais, com competências e autonomias reguladas também pela Constituição.²²

É preciso que se diga, por exemplo, e para não esquecer, que em outros países com tradições bem distintas das nossas, os direitos sociais são postos como tão somente diretrizes ao legislador, sem vincular necessariamente os demais poderes às suas efetivações (e não estou defendendo tal hipótese para o Brasil), *ex vi* a experiência da Índia e da Irlanda, conforme nos diz John Gerhardt, ao lembrar que:

The constitutions of Ireland and India set social welfare rights apart from other constitutional rights in sections that identify social welfare rights as directive principles of public policy. These principles are not legally enforceable. Rather, they encourage legislatures to enact statutes consistent with the principles, that is, to move in the direction of social democracy to the extent politically and economically feasible.²³

Decorre daqui a tese de que a garantia de um padrão mínimo de segurança social não pode afetar de forma substancial outros princípios ou interesses constitucionais

²¹ Dworkin (1989, p. 162). Denomina o autor que direitos concretos “[...] son finalidades políticas definidas con mayor precisión de manera que expresan más claramente el peso que tienen contra otras finalidades en determinadas ocasiones.” Em um texto mais recente (DWORKIN, 2006, p. 86), o autor americano ratifica essa sua assertiva.

²² Estou aqui lembrando que há um escalonamento normativo vinculante estabelecendo – pela via das competências exclusivas, concorrentes e complementares –, quais os sujeitos de direito habilitados a tomar determinadas decisões políticas e jurídicas com efeitos cogentes para todos. Assim ocorre, por exemplo, com as entidades e poderes federativos no Brasil (no âmbito dos arts. 21 a 30, 44 a 133, todos da Constituição Federal).

²³ Gerhardt e Rowe (2005, p. 54). O art. 45, da Constituição Irlandesa, dispõe que: “*The principles of social policy set forth in this article are intended for the general guidance of Parliament. The application of those principles in the making of laws shall be the care of Parliament exclusively, and shall not be cognizable by any Court under any of the provisions of this Constitution.*” Enquanto que o art. 37, da Constituição Indiana, dispõe que: “*The provisions contained in this Part shall not be enforced by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws.*”

igualmente relevantes, assim que, somente quando a garantia material do padrão mínimo em direito social (previamente delimitada como prioritária em termos de sociedade) estiver efetivamente sendo ameaçada no caso concreto, é que se poderá levar a cabo uma necessária ponderação de interesses em face da potencial restrição de bens jurídicos – fundamentais ou não – colidentes com tais demandas ou pretensões. Caso contrário, dever-se-á buscar a plena integração mantenedora da incolumidade normativa e a concretização de todos os bens jurídicos tuteladas pelo sistema jurídico.²⁴

Ocorre que, como referiu o Superior Tribunal de Justiça no Brasil, a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de se caracterizar pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, *de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.*²⁵

O problema é que, historicamente, no Brasil, até em face das particularidades de exclusão social, miserabilidade e fragilização de sua cidadania, o Estado fora chamando para si, de forma concentrada, um universo de atribuições com caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo ações públicas de sobrevivência social em determinados âmbitos (saúde, por exemplo), com poucas políticas preventivas, educativas e de cogestão com a sociedade dos desafios daqui decorrentes, induzindo a comunidade a uma postura letárgica e de simples consumidora do que lhe era graciosamente apresentado, sem nenhuma reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas pelas quais passava e ainda vive.

Novamente esse não é um privilégio apenas do Brasil, mas diz com certo modelo de Estado Social o qual foi se criando no próprio Ocidente. Nesse sentido Tushnet sustenta, com acerto, que

²⁴ Ver o texto de Sarlet oportunidade em que adverte, acertadamente, que, “[...]com isso, traçou-se um claro limite ao reconhecimento de direitos originários a prestações sociais, de tal sorte que, mesmo em se tratando da garantia de um padrão mínimo (no qual a perda absoluta da funcionalidade do direito fundamental está em jogo), o sacrifício de outros direitos não parece ser tolerável.” Aqui se começa a questionar: é possível constituir critérios ou parâmetros gerais de escolhas de quais direitos serão sacrificados?

²⁵ É bem verdade que, nessa mesma decisão, manifestou-se o STJ no sentido de reconhecer que “[...] não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que 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.” REsp 811608/RS; Recurso Especial n. 2006/0012352-8. 1ª Turma, Relator Ministro Luis Fux, julgado em 15/5/2007, publicado no Diário de Justiça em 4. 6.2007, p. 314.

I believe that the state action/horizontal effect question becomes particularly pressing with the rise of the activist state and the increasing commitment in a nation to social democratic norms. The classical liberal state dealt with concerns about the level and distribution of important goods primarily in private law, secondarily in public law.²⁶

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo lembram, nesse sentido, que já em 1950, na Alemanha, Otto Bachof sustentava que o princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido pela Carta Constitucional tedesca demandava um mínimo de segurança social, uma vez que, sem os recursos materiais à existência digna, é a própria dignidade da pessoa humana que ficaria comprometida, razão pela qual o direito à vida e integridade corporal não poderia ser concebido como proibição de destruição da existência – direito de defesa –, mas perquiriria postura ativa no sentido de garantir a vida como um todo.²⁷ A partir de experiências como estas se pode hoje concluir que “[...] a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.”²⁸

Não se pode olvidar, com Ricardo Lobo Torres, que houve até certa radicalização de alguns constitucionalistas tedescos ao defenderem o primado dos Direitos Sociais com as teses de que: todos os direitos sociais são direitos fundamentais sociais; os direitos fundamentais sociais são plenamente justiciáveis, independentemente da intermediação do legislador; os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com princípios de interpretação constitucional, como os da máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica.²⁹

Da mesma forma no Canadá, consoante Damasca,

The activist state placed into question levels and distributions of important goods that seemed inconsistent with social democracy's guiding premises: If market transactions resulted in outcomes where people did not have "enough", according to prevailing social democratic norms, those outcomes certainly could be changed by legislation, and sometimes had to be changed pursuant to constitutional command.³⁰

Apresentou-se tão forte essa tendência no Ocidente, que não levou tempo para que tais postulados e argumentos tocassem muito de perto (e ainda estão se

²⁶ Tushnet (2007, p. 43).

²⁷ Sarlet (2008, p. 19).

²⁸ Sarlet e Figueiredo (2008, p. 20).

²⁹ Torres (2008, p. 70).

³⁰ Damasca (2005, p. 71). Lembra ainda o autor que “*The activist state, in turn, is defined by the fact that it has affirmative obligations. An expansive state action/horizontal effect doctrine allows the courts to collaborate with legislatures in defining the scope of those obligations.*” Destaque-se, aqui, a ideia de colaboração, e não de usurpação de poderes.

desenvolvendo tais perspectivas) as próprias relações de direito privado, como bem demonstra Gerhardt:

Social democracy affected private law by encouraging judges to develop the background rules of property, contract, and tort to respond to concerns about the level and distribution of important goods. It affected public law by encouraging judges to give constitutional norms horizontal effect. And, importantly, these two effects are in fact only one: The state action/horizontal effect doctrine is the doctrinal vehicle whereby background rules of property, contract, and tort are made subject to constitutional norms dealing with the level and distribution of important goods.³¹

O cenário no Brasil hoje é, todavia, diferente, a uma, pelos níveis de inclusão social construídos no país nos últimos 15 anos, propiciando cenários materiais e formais de maior participação da cidadania na gestão de seu cotidiano; a duas, em face do processo descentralizador da governança institucional que nesses últimos tempos vem ocorrendo, ensejando a abertura gradativa dos poderes instituídos e da administração pública dos interesses coletivos.³²

Mesmo em tal quadro, a relação Estado *versus* Sociedade é ainda marcada significativamente por graus de dependência hierárquica e alienada da segunda para com o primeiro, provocando o que Canotilho chama de *introversão estatal da socialidade*, ou seja:

1. os direitos sociais implicam o dever de o Estado fornecer as prestações correlativas ao objeto destes direitos; 2. os direitos sociais postulam esquemas de unilateralidade, sendo que o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos; 3. os direitos sociais eliminam a reciprocidade, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve na burocracia prestacional a visibilidade dos actores e a eventual reciprocidade da troca.³³

Sustenta o autor, e com ele concordo, que já é tempo de se descobrirem os contornos da reciprocidade concreta e do balanceamento dos direitos sociais, até porque tais direitos envolvem patrimônio de todos quando de sua operacionalidade e concreção, e já que a todos são dirigidos tais prerrogativas, deve-se perquirir sobre

³¹ Gerhardt, e Rowe (2004, p. 119). Lembram os autores, contrastando a tendência referida, que na Constituição dos Países Baixos há expressa a previsão de que “[...] *the constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts. Sweden’s courts have the power of judicial review, but they are instructed to “set aside” a statute only if the fault is manifest.*” In: Constitution of the Netherlands, art. 120, Disponível em: <http://www.uni-wuerzburg.de/law/nl00000_.html>, and Constitution of Sweden, chap. 11, art. 14, Disponível em: <http://www.uni-wuerzburg.de/law/sw00000_.html>.

³² Trato disso em meu livro Leal (2007). Ver, igualmente, o texto de Sandulli (2004).

³³ Canotilho (2000, p. 102). Não se diga, por outro lado, que os chamados direitos de liberdade e os de defesa não exigem, às suas efetivações, medidas positivas e onerosas por parte do Estado também, comprometendo significativos recursos públicos (segurança pública, sistema repressivo, sistema carcerário, serviços públicos judiciais, etc.).

a quota-parte de cada um nesse mister, sob pena de constituirmos o que o jurista lusitano denomina de uma *aproximação absolutista ao significado jurídico dos direitos sociais*, ou seja, confiar na simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, por meio de procedimentos hermenêuticos, deduzir a afetividade dos mesmos direitos, produzindo resultados pouco razoáveis e racionais.

Quero dizer que é preciso considerar que todo e qualquer exercício de direito social, como a saúde, em tese, custa dinheiro – e não é pouco em nenhuma parte do mundo. Assim é que Peter Häberle, na primeira metade da década de 1970, já formulava a ideia da reserva das caixas financeiras para o atendimento de direitos sociais prestacionais, para exatamente evidenciar o fato de que estes direitos estão também vinculados às reservas financeiras do Estado, à medida em que devessem ser custeados pelo Erário.³⁴

É claro que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde, eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima, e por isso estarão sujeitos ao controle jurisdicional para fins de se aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais nesse sentido, devendo inclusive ser aprimorados os parâmetros, variáveis, fundamentos e a própria dossimetria concretizante do direito em xeque.

Não se afigura simples, pois, trazerem-se à colação argumentos do tipo *princípio da não reversibilidade das prestações sociais*, ou o *princípio da proibição da evolução reacionária*, como fórmulas retóricas e mágicas para poder garantir, a qualquer preço – que nem se sabe qual –, tudo o que for postulado por segmentos da comunidade (indivíduos), pelo simples fato de que o Estado está obrigado a tanto, isso porque “[...] o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.”³⁵

É verdade que este estado de coisas tem como um dos fundamentos o fato de que o catálogo de direitos econômicos, sociais, e culturais, forjado nos dois pós-guerras do século XX, comprometidos com a reconstrução do próprio tecido social, elevou à máxima exaustão as expectativas de poder e ação dos poderes instituídos em

³⁴ Häberle (1972). Nesse ponto concorda Canotilho (2000, p. 108). quando assevera que: “*Parece inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela gradualidade da realização; (2) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; (4) pela insusceptibilidade de controlo jurisdicional dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis. Reconhecer estes aspectos não significa a aceitação acrítica de alguns dogmas contra os direitos sociais.*” Ver o texto de Galdino (2005).

³⁵ Canotilho (2000, p. 112). Ver no Brasil, uma boa abordagem do tema em Derbli (2007, p. 433 e SS). Vale aqui também a advertência feita por Sarlet e Figueiredo no sentido de que, “*Ao contrário do que defende parcela da doutrina, a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ótimos.*”

prol de tais demandas, acreditando que poderiam dar concreção a tudo isto sozinhos, causando o que Arthur chama de vitimização do Estado por seu próprio sucesso.³⁶

Mas então, qual a saída para um cenário como este em que as forças prestacionais do Estado de Bem estar se esmorecem em face de crises globais de recursos naturais e econômicos (ora concentrados demasiadamente, ora fragilizados demasiadamente)?

Concordando com Sunstein, tenho que “[...] *the mainly issues here involve the matter of the competence limits of the State in front of the rights, and if that State could involve itself in private relations, as well as which the limits of that State performance,*”³⁷ e tais questões precisam ser bem apreendidas, sob pena de se inviabilizarem de vez quaisquer políticas públicas de gerenciamento de demandas sociais coletivas.

Não é tão simples sustentar a tese de que é a contemporânea Teoria da Constituição que tem emprestado força cogente e autoaplicável aos comandos que dizem com direitos sociais, isso porque toda e qualquer concreção de direito implica custos (normativos, econômicos, políticos, jurídicos, etc.), o que talvez leve a pensar a afirmativa do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Eros Roberto Grau, no longínquo ano de 1988, quando asseverava que “[...] *as normas programáticas, sobretudo – repita-se – as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.*”³⁸ Por certo que como petição de princípio a bem formulada tese do autor está absolutamente correta, evidenciando-se, talvez, desafios no processo de densificação material do que isso pode significar em uma ambiência social, política e econômica marcada por restrições de recursos para tanto.

Se de certa forma a Constituição Brasileira de 1988 estabelece alguns parâmetros explícitos de direitos e garantias individuais e sociais, notadamente a partir de seu núcleo central que é a pessoa humana e sua dignidade, o que temos visto, em verdade, é que tal debate se tem jurisdicionalizado demasiadamente, o que não é somente privilégio nosso.

³⁶ Arthur (1989, p. 118 e SS). Com base nessa crítica, adverte o autor que uma cidadania social se conquista não por meio da estatização da socialidade, mas da civilização da política “[...] (*a social citizenship is not conquered through the nationalization of the sociality, but through the civilization of the politics*)”. Ao lado disso, para não conhecer de sua ineficiência ou fracasso, o Estado prefere, em algumas oportunidades, negar a existência de inúmeras tensões sociais que se avolumam sem respostas satisfativas, ou ainda, lançá-las à clandestinidade ou ilicitude, tratando-as como anomalias comportamentais que precisam ser severamente coagidas, como os movimentos dos sem-terra, dos sem-teto, a questão dos parcelamentos clandestinos do solo urbano, a violência generalizada, a prostituição, o narcotráfico, etc.

³⁷ Sunstein e Holmes (2004, p. 90). Ver, igualmente, o texto de Ben-Dor (2007, p. 95) (*The role of the People in determining Constitutional Limits*). Do mesmo autor ver também o texto Sunstein (2001).

³⁸ Grau (1988, p. 126).

Nesse sentido, cumpre atentar para a lembrança de Enzo Cheli, quando sustenta que “[...] *in quanto espressione di un patrimonio storico e culturale comune – la costituzione appartiene, dunque, a tutti i cittadini e va, di conseguenza, sottratta allà disponibilità della maggioranza, anzi deve operare essenzialmente con un sistema di limiti allà maggioranza.*” Registra com ênfase ainda o autor italiano que, a partir dessa perspectiva, “[...] *il popolo, nell’esercizio della sovranità, è, tenuto, pertanto, a rispettare i limiti che la costituzione impone e che la giustizia costituzionale è chiamata a garantire: in questo senso la sovranità popolare è una sovranità costituita e non costituente.*”³⁹

Na experiência americana, por exemplo, como nos diz Tushnet, tais temas e garantias, enquanto promanadas de uma Constituição, têm reiteradamente consistido no “[...] *what the Supreme Court has said about those provisions.*” Isso não é bom, porque “[...] *the court has told us that to think about equality, we have to decide whether a race-based classification can satisfy strict scrutiny that promoting state interest in a narrowly tailored way.*”⁴⁰

Por mais boa vontade que informe o ativismo judicial que tem surgido nas últimas décadas em países Ocidentais importantes (inclusive no Brasil), figurando certo tipo de experimentalismo democrático,⁴¹ a verdade é que isso tem implicado a retração do ativismo social em face de problemas e questões de ordem e natureza políticas, fragilizando os laços republicanos da cidadania que deveria assumir suas funções e feições constituintes do espaço democrático das deliberações públicas.

Se for verdade que os limites de ação dos poderes instituídos hoje, em regra, nas democracias constitucionais, estão dados pela ordem constitucional, inclusive discrepando atribuições e competências formais, também é verdade que os sistemas de *check and balances* encontram pontos de conflito no âmbito daquelas atribuições, tanto em suas dimensões positivas quanto negativas (obrigações de fazer e de não fazer). Veja-se que na órbita do Estado Constitucional contemporâneo,

Che viene a fondersi sul tessuto politico di una democrazia pluralista, per sua natura, caratterizzata dalla diversità, cioè dal fatto di manifestarsi come una realtà policentrica o poliarchica, cioè come realtà articolata in una molteplicità di aggregati, organi, competenze che non riconoscono

³⁹ Cheli (2007, p. 16). Adverte o autor que “[...] *la democrazia – anche se costruita al fine di affermare il governo della maggioranza – nelle sue basi costituzionali non è maggioritaria, ma rappresentativa dell’intera complessità del corpo sociale che si riconosce e si identifica nella tavola dei valori costituzionali.*”

⁴⁰ Tushnet (2005, p. 50). Lembra o autor ainda que, à medida que “[...] *social provision becomes increasingly thick, the need for judicial enforcement of social welfare rights, or for the development of background rules to address concerns about the level and distribution of important goods, or for a worked-out state action doctrine diminishes.*” Aprofunda este tema o autor em outro importante texto: Tushnet (2004).

⁴¹ Estou usando aqui a expressão forjada por Dorf e Sabel (1998, p. 62), quando asseveram que: “*A democratic experimentalist court begins with a constitutional principle stated at a reasonably high level of abstraction, such as the South African provision purporting to guarantee access to adequate housing. It begins the experimentalist project by offering an incomplete specification of the principle’s meaning in a particular context, such as the requirement that the government’s housing programs specifically address the housing needs of those in desperate need. The Court then asks legislators and executive officials to develop and begin to implement plans that have a reasonable prospect of fulfilling the incompletely specified constitutional requirement.*”

*la presenza di un unico centro ordinante, ma svolgono le loro funzioni secondo la complessa mappatura tracciata dal disegno costituzionale.*⁴²

Vai nessa mesma direção Rosenfeld, ao afirmar que a democracia pluralista está associada a uma sociedade pluralista: “[...] *una società è pluralista se è divisa in base a fattori etnici, linguistici, culturali, o ideologici, o in altre parole, se è composta da differenti gruppi che non condividono gli stessi valori o concezioni del bene.*”⁴³ Qual é um dos problemas atinentes à deliberação pública, formatação e execução de políticas públicas que surge aqui? O que diz com “[...] *dal momento che nelle società pluraliste di fatto le persone non condividono gli stessi valori o interessi, la legittimità delle loro istituzioni politiche fondamentali dipende in ultima analisi da qualche tipo di consenso tra tutti coloro che sono soggetti a tali istituzioni?*”⁴⁴

No que se refere ao Poder Judiciário nesse cenário de elementos e variáveis, enquanto garante da ordem e estabilidade social, bem como dos direitos e garantias que as constituem, estou convencido, junto com Segal, que o “[...] *judicial review is often the last resort of a social and political movement that lacks political power. People rarely go to court – choose a legal strategy – unless they are pessimistic about what they could accomplish through political action.*”⁴⁵ E isso é assim porque não se pode descurar das ambiências políticas e institucionais que se ocupam desse mister, sob pena de se esvaziar os procedimentos e instâncias democráticas de constituição e concretização (negativa e positiva) daqueles direitos. E isso se torna ainda mais relevante quando alguns juristas e mesmo políticos estão defendendo que “[...] *judicial review hope that Supreme Court will give them victories they cannot win in the political arena.*”⁴⁶ Mesmo tal assertiva sendo deveras radical, ela apresenta algum sentido de verossimilhança com o cotidiano das democracias contemporâneas.

Mas afinal, no que diz respeito especialmente ao Judiciário, qual é a sensação e opinião pública em face de sua competência para definir, em última palavra, o que é o mínimo existencial? Os juristas americanos têm debatido muito essas questões nos últimos tempos, questionando, por exemplo:

⁴² Costa (2008, p. 82). Na mesma direção Rosenfeld (1998, p. 340).

⁴³ Rosenfeld (1998, p. 340 e SS.) Reforça o autor que “*Anche una società omogenea con una concezione individualista del bene, in cui si ritiene che ognuno abbia il diritto di perseguire il proprio bene individuale, andrebbe considerata una società pluralista di fatto.*”

⁴⁴ Rosenfeld (1998). Ver, nesse ponto, o trabalho de Rosenfeld (1985, p. 769 e ss.).

⁴⁵ Segal (2007, p. 34). Não desconhece este autor que, por várias vezes e em diversas matérias, o Poder Judiciário soube reconhecer que “*Courts agreed that legislatures might properly be concerned that courts in common-law litigation could not accurately identify all the occasions on which fraud, coercion, and the like actually occurred, and so allowed legislatures to exercise a police power targeted at fraud, coercion, and the like, but hitting somewhat more broadly than the courts themselves would.*”

⁴⁶ Segal (2007). Na mesma linha de raciocínio vai Rosen (2007, p. 103): “*In a social democratic state, concern over the level and distribution of important goods does not disappear; it simply shifts to the courts having responsibility for developing the background rules of property and contract.*”

Who has the last word when it comes to the meaning of the Constitution? Who ultimately decides whether a state can regulate or outlaw abortion? Or whether Congress can legislate to protect the elderly or the disabled? Who decides the winner in a contested presidential election? On these and countless other matters of fundamental interest to society, the answer in recent years has been the Supreme Court. And most Americans seem willing, even happy, to leave it at that. Indeed, if recent surveys are to be believed, most think this is how our Founding Fathers meant it to be. What lawyers call “judicial supremacy”—the idea that judges decide finally and for everyone what the Constitution means — has found wide public acceptance.⁴⁷

Será que a população brasileira tem o mesmo sentimento ou percepção de competência e função social dos seus poderes instituídos em geral e do Judiciário em especial? Infelizmente não se tem pesquisas pontuais a respeito, todavia, o que se pode indagar, é se aquele comportamento social descrito por Kramer, ratificando o decisionismo judicial, por razões conceituais e pragmáticas de segurança jurídica e confiança social, vem ao encontro ou de encontro ao modelo de democracia representativa que os Estados contemporâneos têm ratificado nesse século XX, notadamente quando está em jogo a definição de temas que dizem respeito a escolhas públicas (e, por vezes, trágicas).

Por certo que o descrédito e a crise de identidade, eficácia e eficiência dos Poderes Legislativo e Executivo, notadamente no cenário Latino-americano, são notórios, agora, dá a dizer que isso autoriza a supressão de competências e funções institucionais, ou mesmo permite uma nova concentração de poder nas mãos de poucos — não possuidores da anuência direta da soberania popular —, parece agonizar ainda mais nossa experiência de emancipação política da cidadania.

Veja-se que o próprio instituto de balanço e contrapeso das funções estatais tem como fundamento exatamente o necessário equilíbrio institucional e o respeito às deliberações da soberania popular. Como quer Kramer, “[...] *the checking and balancing of the different departments of government thus served as a device to prolong and inform the discussion of controversial proposals.*⁴⁸ Significa dizer que a concentração decisional em qualquer destas funções, em tese, ceifa a possibilidade da interlocução e deliberação democrática. Vai nessa mesma direção a posição de Scudiero,⁴⁹ no sentido de que “[...] *nello Stato Costituzionale nessun soggetto dispone a titolo esclusivo dell’esercizio del potere sovrano, ma tutti i soggetti, al vertice ed alla base, concorrono a tale esercizio secondo le competenze fissate dal modello costituzionale.*”

⁴⁷ Kramer (2004, p. 18). Adverte o autor que: “[...] *the problem with strong-form judicial review is that the courts’ determinations of what the constitution means are frequently simultaneously reasonable ones and ones with which other reasonable people could disagree. This is especially true when the courts interpret the relatively abstract statements of principle contained in bills of rights.*”

⁴⁸ Kramer (2004, p. 18).

⁴⁹ Scudiero (2007, p. 42).

No pensamento alemão, Peter Häberle, a título exemplificativo, tem insistido na radicalização dos responsáveis pela interpretação/aplicação do Texto Político, no sentido de que se conte com um público mais amplo do que os juristas especializados para dar efetividade aos valores da norma fundamental, preconizando uma sociedade aberta dos intérpretes constitucionais.⁵⁰ Um dos seus pressupostos centrais é o reconhecimento de que a indeterminação do texto constitucional somente admite pensar em “constituição interpretada”, em que a ideia de “mutação constitucional” dessa hermenêutica, conforme a atuação e contribuição dos cidadãos, grupos sociais e órgãos estatais daquele momento histórico, é fundamental.⁵¹

Em face de tais aspectos é que no campo dos direitos sociais, em especial, construíram-se algumas estratégias argumentativas e reflexivas para demarcar com precisão maior – ampliando, assim, o controle público de tais comportamentos – como podem ser atendidos coletivamente e não apenas individualmente, e a quem pertence o dever de fazê-lo –, ou contribuir para tanto. Aqui ingressa o debate sobre o mínimo existencial enquanto dissimetria fundamentalizante da concretização dos direitos sociais, tema que passamos a enfrentar.

4 QUAL MÍNIMO EXISTENCIAL: VARIÁVEIS DEMARCATÓRIAS

Em termos de doutrina internacional se tem afirmado que o Mínimo Existencial implica condições mínimas para uma vida humana digna; em possuir cada pessoa as condições mínimas de sustento físico próprio, bem como as condições mínimas para que possa participar da vida social de seu Estado, relacionando-se com as pessoas que estão ao seu redor e que fazem parte da sociedade na qual vive.⁵²

Este Mínimo já é tratado e reconhecido expressamente por alguns doutrinadores jurídicos nacionais. O Professor Ricardo Lobo Torres o denomina dizendo: “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo.”⁵³

Refere ainda este autor que o Mínimo Existencial, como condição de liberdade, postula as prestações positivas estatais de natureza assistencial e ainda exhibe o *status negativus* das imunidades fiscais: o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência.

Para Tushnet, em uma outra acepção, há certa tendência de compreendermos o conceito de direitos mínimos e existenciais ainda como individuais, asseverando que

⁵⁰ Ver os textos: Häberle (1998, 1991).

⁵¹ Häberle (1997, p. 39).

⁵² Ver os textos de: Cassese (2005), Dawley (2006), Farber e Frickey (2007) e Sen (2001).

⁵³ Torres (2003, p. 26).

“[...] *rights-claims are individualistic, nonetheless, not because of something inherent in the concept of rights, but rather because of the historical development of the language of rights. The central image of rights in our culture is of a sphere within which each of us can do what he or she pleases. This image, in turn, reinforces the distinction between law and politics. Politics is the domain of pure will or preference, not subject to discussion and deliberation except as each individual chooses to be influenced by others.*”⁵⁴

Estou plenamente de acordo, haja vista que, em regra, a perspectiva de mínimo existencial que chega, por exemplo, ao Judiciário, para fins de proteção, apresenta-se centrada – geralmente – numa ótica individual, sem considerar as dimensões e impactos sociais pertinentes à espécie (cada qual quer o SEU direito à saúde, não importando se para atendê-lo ter-se-á que sacrificar o direito à saúde de muitos).

Ao lado dessa discussão doutrinária, há um problema que envolve a *faticidade do Mínimo Existencial*, condizente com sua significativa natureza relacional em face do tempo e do espaço. Veja-se que o Mínimo Existencial na África é diferente do Mínimo Existencial na Suíça; isso ocorre em face do interior de São Luís do Maranhão e da Paraíba relacionado com Porto Alegre e Santa Catarina, por exemplo, eis que ele se relaciona sempre com uma perspectiva da escassez dos recursos finitos para o atendimento de demandas infinitas em termos de quantidade e natureza. Mesmo eventos imprevistos, provocados por causas fortuitas ou de força maior – como desastres naturais – podem alterar em muito a especificidade do Mínimo Existencial.

Ao lado de tudo isso, também se encontra o problema da efetivação e garantia do Mínimo Existencial, do qual se podem encontrar várias posições doutrinárias e jurisprudenciais em todo o Ocidente que divergem e concordam entre si.

Canotilho vê a efetivação deste Mínimo Existencial, na dimensão, por exemplo, dos direitos sociais, econômicos e culturais, a partir de uma *reserva do possível*, oportunidade em que aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.⁵⁵

Ingo Sarlet lembra que desde a década de 1970, na Alemanha, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais vem sendo cotejada também em face das reservas de capacidades financeiras do Estado, uma vez que configuram direitos dependentes de prestações financiadas pelo orçamento público – que a todos deve atender, referindo inclusive que:

⁵⁴ Tushnet (2006, p. 50).

⁵⁵ Canotilho e Moreira (2000, p. 45).

A partir disso, a reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.⁵⁶

Tal postura da doutrina referida por Ingo (a qual o autor não concorda integralmente) não é de fácil sustentação, principalmente em países nos quais o orçamento público, por exemplo, não se afigura à cultura política e jurídica como instrumento normativo de densificação material de direitos sociais, passível de controle e participação comunitária. Quando o plexo orçamentário – plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual, no caso brasileiro – não é o resultado prospectivo de deliberação pública e democrática envolvendo maciçamente a população, mas forjado em corredores palacianos e espaços reduzidos de representação política (não menos legítimo), o resultado é que também sua execução costumeiramente ocorre de forma insulada do tecido social, ensejando desvios de finalidade pública, corrupções, improbidades administrativas e tantos outros comportamentos comprometedores da República.⁵⁷

Ocorre que, a meu sentir, o Brasil conta hoje com o que chamo de indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial, que são públicos e cogentes, não podendo ser desconsiderados por quem quer que seja (setor público ou privado). Tais indicadores, em síntese, dizem respeito à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A densificação ainda normativa mas mais objetiva e precisa destes indicadores pode ser encontrada ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos

⁵⁶ Sarlet e Figueiredo (2008, p. 29).

⁵⁷ Pode-se citar como uma tímida perspectiva de mudança no tratamento dessas questões com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, procedente do Distrito Federal, tendo como arguente o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), e como arguido o Presidente da República, julgada prejudicada em 29/4/2004, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A *questio* central da ação teve como escopo matricial o veto que o Presidente da República fez incidir sobre o § 2º, do art. 55, da proposição legislativa que se converteu na Lei Federal n. 10.707/2003, a qual versava sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, destinada a fixar as diretrizes à elaboração da lei orçamentária para 2004. De forma mais específica, esse dispositivo vetado determinava o que se entendia por ações e serviços públicos de saúde, a saber, a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. Refere o autor da ação que tal veto implicou desrespeito ao preceito fundamental decorrente da EC29/2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, à educação, à saúde, à previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (por meio da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão vinculados a estes indicadores norteadores da República, eis que se afiguram determinantes para todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

Se isso é verdade, quero sustentar que qualquer ação e política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social, que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é por meio de ações estatais – inclusive e fundamentalmente as orçamentárias – absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade a qual envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.⁵⁸

Por tais razões, não se pode falar em gestão discricionária do Estado Administrador (Executivo, Legislativo ou Judiciário) em face dos compromissos constitucionais sob comento, mas, quiçá, em âmbitos de concretude diferidos conjunturalmente destes compromissos, observadas algumas variáveis de urgência e necessidade determinadas publicamente – e igualmente sob controle social, político e jurídico.

Para cada plexo de garantias outorgadas à responsabilidade estatal vistas, necessitam advir políticas públicas concretizadoras, que se operam em diversos níveis de efetivação, como os da elaboração, constituição formal, execução e avaliação das ações necessárias, contando para tanto com a máxima participação da comunidade alcançada por elas. Tais ações é que denomino de políticas públicas constitucionais vinculantes, independentes da vontade ou discricionariedade estatal para que venham a acontecer, eis que condizentes a direitos indisponíveis e da mais alta importância e emergência comunitárias, perquirindo imediata materialização ao máximo possível, sob pena de comprometer a dignidade humana e o Mínimo Existencial dos seus carecedores.⁵⁹

É óbvio que a variável econômica está umbilicalmente vinculada às condições e possibilidades demarcatórias dos direitos sociais e do próprio mínimo existencial em cada país e conjuntura nacional, mas não como fato consolidado no tempo e imutável, e sim condição a ser constituída prévia e presentemente pelos atores políticos e sociais que compartilham responsabilidades constitucionais comuns. Nesse ponto é que vislumbro a possibilidade de ser exercido um controle preventivo e curativo da formatação daquele plexo orçamentário e de sua execução, não somente pela via de políticas públicas adequadas, mas também pela particularidade de suas concretizações pelos agentes públicos consecutórios.

⁵⁸ Há uma reflexão bastante interessante sobre as incoerências da operacionalidade do sistema capitalista, notadamente em economias demasiadamente dependentes, em Unger (1998).

⁵⁹ Quando estas políticas públicas ou ações estratégicas dos Poderes competentes não ocorrem, o Poder Judiciário no Brasil é chamado a intervir.

Andreas Krell lembra que esse debate também ocorreu na jurisprudência constitucional alemã, fixando-se no sentido de que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade destes estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, por meio da composição dos orçamentos públicos.⁶⁰ Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, estes direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Essa teoria impossibilita exigências acima de certo limite básico social, recusando a Corte, em caso concreto, a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.

De qualquer sorte, a simples alegação de que os limites de atendimento e efetivação dos direitos sociais a prestações ocorrerão pela *reserva do possível* em termos de verificação das condições materiais do Estado de cumprir com suas obrigações, não é suficiente para justificar total omissão dos poderes instituídos para tal mister, mesmo tomando esta reserva como a prévia existência de “[...] um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.”⁶¹ Isso porque, salvo melhor juízo, não se pode transferir ao próprio agente estatal responsável pela obrigação descumprida a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível ou não em termos de efetivação dos direitos fundamentais, em face de sua não disponibilidade orçamentária que sequer é cotejada e enfrentada no debate pontual da matéria.

Veja-se que, se é verdade inexistir distorção cognitiva da Constituição brasileira quando se assenta como tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário, bem como ao Executivo, a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que se refere às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, afigura-se igualmente correta a compreensão de que as atividades de todos os poderes de Estado e mesmo as relações e interesses intersubjetivos devem se pautar por objetivos, finalidades e prioridades conformadas pela mesma ordem constitucional, e, portanto, indisponíveis a quem quer que seja.⁶²

⁶⁰ Krell (2002). Em um outro texto – Krell (1999, p. 247) –, o autor lembra que a teoria do “mínimo existencial”, ao menos na tratadística alemã, tem tido a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna, mas, até hoje, foi pouco discutida na doutrina constitucional brasileira e ainda não foi adotada com as suas consequências na jurisprudência do país.

⁶¹ Conforme manifestação do Ministro Relator Celso de Mello da ADPF-45, referida, p. 4.

⁶² Esse argumento deve ser cotejado com a reflexão apresentada por Amaral (2001). Essa discussão,

Considerando isso, persistem vários problemas de enfrentamento da matéria, notadamente o que diz com os limites competenciais de cada esfera institucional do Poder Público, problematizando o âmbito de ação, por exemplo, do Poder Judiciário para garantir, de qualquer maneira e de forma absoluta, a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, à medida que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo a magistratura, em tese, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica.⁶³

Em termos gerais, pode-se afirmar que há certo consenso por parte dos gestores públicos contemporâneos que, por força da indigitada limitação de recursos, em algumas situações apenas o “mínimo existencial” poderia ser garantido, isto é, apenas esse conjunto – formado pela seleção dos direitos que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana – estaria apto a gerar efeitos imediatos, independentemente de valorações orçamentárias e de competências federativas. Todavia, não basta essa compreensão do tema, eis que ainda assim as previsões constitucionais em sede de direitos fundamentais atinentes ao Mínimo Existencial da dignidade da pessoa humana são deveras maiores que os recursos finitos para atendê-las exaustivamente.

Basta pensar no fato de que há inúmeras expectativas de direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos, que se encontram cotidianamente violados: saúde, educação, trabalho, prestação de serviços, como os de energia elétrica, água, até questões mais complexas, como transplantes de órgãos, com ruptura de fila de espera.⁶⁴

O problema é que todos os direitos têm um custo de efetivação, alguém paga por eles, direta ou indiretamente, por meio de políticas públicas governamentais (que são custeadas por recursos orçamentários viabilizados por pagamentos de tributos e outras fontes de receitas), serviços públicos (que contam com receitas próprias e transferíveis – algumas – para os seus usuários), etc. No modelo americano, reconhecido

nos EUA, chegou a se judicializar, no sentido até de constituir uma compreensão menos incisiva das competências constitucionais e interventivas da Suprema Corte, operando com a lógica de uma *Weak-Form Judicial Review*, no sentido de que “*The new form of judicial review comes in several variants, but in each a judicial determination of what the constitution requires is explicitly not conclusive on other political actors, who can respond to the court’s decision through ordinary politics. The Warren Court occasionally hinted that the U.S. Constitution authorized a particular type of weak-form judicial review, in which courts and legislatures could engage in a dialogue about what the Constitution required. See, e.g., Katzenbach v. Morgan, 384 U.S. 641 (1966) (suggesting, on one interpretation, that Congress could identify constitutional rights that the Court had not); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) (indicating that legislatures could substitute equally effective mechanisms for the warnings the Court developed)*”. (PICKERILL, 2007, p. 114).

⁶³ Discuti isso em meu livro Leal (2007). Na literatura norte-americana, vale a leitura de Sunstein et al. (2008, p. 48). Neste texto, os autores advertem, acertadamente, que “[...] *an expansive horizontal-effect doctrine would create an extensive new body of constitutional tort law, co-existing uneasily with the labour codes, family law, human rights codes and other bodies of Law, and because this, is necessary to ask if this degree of regulation is beyond the capacity of government as a whole.*”

⁶⁴ Ver o meu texto Leal (2007, p. 91).

por sua preocupação com a obtenção de dados materiais que mostrem a real situação da sua realidade social, sabe-se que a *Consumer Product Safety Commission* gastou, em 2005, 59 milhões de dólares analisando e identificando produtos potencialmente danosos e fiscalizando o cumprimento dos padrões de segurança.⁶⁵ O Departamento de Justiça dos Estados Unidos, no mesmo ano, gastou US\$ 86 milhões em questões de direitos civis. A *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA), consumiu US\$ 306 milhões no mesmo ano, obrigando os empregadores a prover locais de trabalho mais seguros e saudáveis, enquanto que a *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), despendeu US\$ 233 milhões para cuidar que os empregadores não discriminem na contratação, demissão, promoção e transferências.⁶⁶

Se vários direitos constitucionais e infraconstitucionais dependem para sua existência de condutas estatais positivas, levando o Estado a um dever constitucional de agir, não de se abster, boa parte das demandas sociais precisam ser avaliadas, ao menos em nível jurisdicional, em termos de *aferição axiológico-normativa da emergência da demanda*, aqui entendida como avaliação sistêmico-constitucional da questão que se apresenta, considerando não somente o direito individual ou coletivo propriamente dito, mas sua contextualização em face dos demais sujeitos de direitos potencialmente impactados pelo atendimento do seu interesse, notadamente sob a perspectiva de limitação dos recursos coletivos para tal mister. Isso porque, no âmbito de cenários conjunturais em que opera a escassez de recursos como regra, parece-me razoável usar também como parâmetro de definição do mínimo existencial a perspectiva do *mínimo fisiológico*, aqui entendido como “[...] *as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico*, por óbvio que não implicando isso o descumprimento do chamado Mínimo Existencial social e cultural.”⁶⁷

Os pressupostos que operam nessa equação, que não é matemática, mas social, são, entre outros: *a mudança do paradigma liberal* que ainda informa os direitos humanos e fundamentais – de todos os âmbitos –, garantidos pelo sistema jurídico, passando a ser compreendidos em face de sua natureza comunitária e não meramente individual (uma vez que os direitos individuais assegurados o são dentro de uma comunidade que a todos os seus cidadãos precisa garantir e promover direitos); *a problematização do mínimo existencial enquanto um dos parâmetros de dissimetria e densificação material da dignidade da pessoa humana*, isto é, apresentando-se como uma forma mais objetiva de se demarcar a máxima possibilidade circunstancial de concretização do

⁶⁵ Conforme o texto de Novak (2006, p. 49). Neste texto, o autor pergunta: “*What goods must the legal system make available to people who cannot acquire them through market transactions?*” E no âmbito da saúde, igualmente questiona: “*Once the legislature has displaced market provision of some medical services, which services must the government as a whole make sure are available?*”

⁶⁶ Sunstein et al. (2008, p. 87).

⁶⁷ Sarlet e Figueiredo (2008, p. 21). Em nível de Europa, ver como esse debate toma configurações distintas, em face dos índices diferidos de inclusão social, em Favoreu (2004, p. 105).

direito postulado, considerando o pressuposto anterior; *a identificação da natureza e intensidade de periclitção do direito postulado em termos de Mínimo Existencial*, no sentido de delimitar quais os níveis de intensidade da potencial ou real violação enfrentada no caso concreto, ao mesmo tempo que demarcando quais os interesses jurídicos envolvidos e de que forma se encontram ameaçando a existência humana (vida, trabalho, lazer), no caso, o que autoriza inclusive a busca de soluções alternativas à espécie.

Quero concluir que, em relação às políticas públicas constitucionais vinculantes, a parte (legitimamente) interessada contraposta ao Estado promovedor é toda a sociedade civil, e, no particular, o seu segmento (singular ou coletivo) sofrendo iminente ameaça ou lesão a direito/interesse atinente àquelas políticas públicas. Tal segmento, constituído que está de sujeitos de direitos, detém sim direito subjetivo público de se ver protegido contra a ameaça ou lesão consumada contra si, utilizando para tanto todos os possíveis remédios jurisdicionais pertinentes (mandado de segurança individual ou coletivo, *habeas corpus*, ação de descumprimento de direito fundamental, controle difuso e concentrado de constitucionalidade, etc.), todavia, sem comprometer de forma letal a subsistência destes mesmos direitos pertencentes à coletividade à qual pertence.

Atender ao Mínimo Existencial de alguns sem considerar o impacto que isso, potencial ou efetivamente, pode causar a outros, significa tratar dessa questão a partir de uma lógica de matiz kantianamente individual, aceitando a premissa de que a legitimidade do ordenamento jurídico reside no fato de que este assegura e garante a coexistência das vontades arbitrárias dos indivíduos para não operarem danos a outrem. Entretanto, ao invés desse primado liberal (radical) da autonomia da vontade privada, a reflexão que proponho opera com o primado da autonomia pública, ou da soberania popular,⁶⁸ no sentido de que legítimas são aquelas leis e decisões que nós mesmos, como membros orgânicos de uma comunidade de cidadãos, damos a nós mesmos. Veja-se que, nesse sentido, a autonomia, a liberdade e o direito privado apresentam-se como momentos derivados e não primários, eis que somente podem ser exercitados no âmbito em que a autonomia pública concede. É essa a dicção de Rehg,⁶⁹ quando assevera que:

Viewed as system of rights, modern law brings together popular sovereignty and human rights, showing the co-originality of private and public autonomy. So Habermas writes that by securing both private and public autonomy in a balanced manner, system of rights operationalizes the tension between facticity and validity, which we first encountered as a tension between the positivity and legitimacy of law.

Aqui também serve a reflexão de Denninger, no sentido de que se investigue se *o interesse ou a carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua*

⁶⁸ Ver o texto de Habermas (1998, p. 212).

⁶⁹ Rehg (2004, p. 72).

proteção ou seu fomento, deixe-se fundamentar pelo direito. A fundamentabilidade fundamenta, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não satisfação significa ou a morte, ou sofrimento grave, ou toca o núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não apenas os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, os direitos sociais que visam ao asseguramento de um Mínimo Existencial.⁷⁰

Há casos-limite envolvendo a jurisdição que podem servir de parâmetro para o debate.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já tive a oportunidade de enfrentar algumas situações paradigmáticas, entre as quais destaco:

- a) Feito em que a parte postulava medicamento para artrite reumatoide, necessitando do medicamento Infiximab 100 mg, com custo aproximado de R\$ 10.200,00 por mês. Todavia, o quadro clínico da postulante não apresentava gravidade e periculosidade de vida, tampouco informações sobre manifestações sistêmicas refratárias ao tratamento sem aquele fármaco, razão pela qual indeferi a outorga desse produto e determinei a realização de perícia médica para informar sobre outras alternativas ao tratamento (AI n. 70013407242, julgado pela 3ª Câmara Cível, em 12 de janeiro de 2006);
- b) Igualmente no feito AI n. 70013844980, da 3ª Câmara Cível, julgado em 16 de março de 2006, enfrentei pedido de autor com hepatite crônica, que pretendia obter do Estado um medicamento chamado Interferon Peguilado, combinado com Ribavirina, pois o simples Interferon convencional não lhe estava adiantando. Ocorre que o fármaco postulado tem um custo de R\$ 5.000.000,00 o grama, sendo suficiente para o tratamento de tão somente 100 pacientes; o tratamento individual, assim, custaria R\$ 55.000,00, 1300% a mais do que com o Interferon convencional. Como exigir do Estado a imediata disponibilização dessa quantia? De onde ele deveria tirar o recurso?;
- c) Por fim, em outro AI n. 70013316559, julgado igualmente pela 3ª Câmara Cível, em 28 de outubro de 2005, um paciente portador de astrocitoma maligno, uma forma de câncer, veio pedir ao Judiciário que determinasse ao Estado o fornecimento do fármaco Temodal, 150 g diários, por 30 dias, com custo aproximado de R\$ 105.270,56, sem ter se submetido a exames mais detalhados ante o corpo clínico do Estado.

Como esses direitos valem para todos os que estão em condições de recebê-los, mas os recursos para o atendimento das demandas são finitos, surge um

⁷⁰ Denninger (2000, p. 91).

conflito específico: o conflito por pretensões positivas, no qual será necessário decidir sobre o emprego de recursos escassos por meio de *escolhas disjuntivas* (o atendimento de uns e o não atendimento de outros).

Veja-se que não estou dizendo aqui que a inexorável escassez de recursos finitos diante de demandas infinitas possa se apresentar como um condicionamento definitivo ou prioritário nas chamadas *decisões jurisdicionais disjuntivas*, ao contrário, ela não pode ser superdimensionada, tornando-se o único balizamento na concretização dos direitos sob comento, sendo necessário acrescentar ingredientes éticos e políticos para que o instrumental jurídico possa, não apenas ser legitimado, mas permitir que a evolução das condições econômicas e sociais possa beneficiar o maior número de pessoas.

Não desconheço as ponderações de autores como Andreas Krell⁷¹, ao sustentar que o argumento da reserva do possível se apresenta como uma verdadeira falácia, a qual decorreria de um Direito Constitucional comparado equivocado. Aduz que não seria difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política monetária e que o condicionamento da realização desses direitos a *caixas cheias* reduziria a sua eficácia a zero. Isso efetivamente pode ocorrer, todavia, não se pode estabelecer tal tipo de conduta como regra universal, sob pena de se esvaziar de sentido as instituições democráticas e representativas. Tenho como mais ponderado se atribuírem responsabilidades factuais a agentes políticos e públicos que eventualmente atuem com desvio de finalidade.

De igual sorte, penso que não se apresenta crível a sugestão de Krell, no mesmo texto, no sentido de que: “*Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde.*”⁷² A questão aqui é: Quem vai valorar, e com base em quais elementos, e com que legitimidade em face de todas as variáveis que se têm considerado, onde a aplicação dos recursos públicos está equivocada?

Alexy empreendeu a tentativa de harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos a prestações sociais em uma concepção calcada na ideia da ponderação entre princípios. Discorrendo sobre a celeuma dos direitos sociais fundamentais (direitos à prestação em sentido estrito), o autor alemão afirma que podem ser deduzidos argumentos de peso nos dois sentidos. Por isso, no seu modelo – que é estruturado sob a ideia reitora de que os direitos fundamentais são posições jurídicas tão relevantes que a sua concessão ou denegação não podem ficar nas mãos da simples maioria parlamentar –, a questão de saber quais os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui é uma questão de ponderação de

⁷¹ Krell (2002).

⁷² Krell (2002, p. 23).

argumentos, não de direitos.⁷³ Decorre disso a necessidade de se buscar o maior número qualificado de variáveis que implicam o tratamento da matéria judicializada, aferindo a validade, correção e pertinência de seus fundamentos de justificação no caso – tendo em mente sempre que há um Mínimo Existencial fisiológico, o qual, violado, compromete a própria vida humana, impossibilitando, pois, qualificá-la até a condição digna que merece.

Na dicção da doutrina italiana, destaca-se a advertência de Pietro Costa, no sentido de que

[...] il bilanciamento tra principi, valori e interessi diviene, pertanto, uno strumento fondamentale del giudizio di costituzionalità: giudizio che assume, di conseguenza, come parametri essenziali, accanto alle norme costituzionali, anche i criteri della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'equità che esprimono l'essenza della civiltà giuridica.⁷⁴

De regra, a noção de Mínimo Existencial impõe o asseguramento de um padrão mínimo de segurança material, já que o Estado Social, ao menos de acordo com doutrina representativa (anteriormente referida), não é um Estado que pode ser compelido a assegurar um padrão ótimo de bem-estar social, mas efetivar as condições para uma existência com dignidade.⁷⁵

O problema aqui se agrava à medida que a prática forense brasileira tem demonstrado que o Estado, em situações que envolvem prestações de direitos sociais judicializadas, muito pouco tem contribuído – e sequer se defendido eficazmente – na demarcação de que responsabilidades são suas e quais pode suportar; não tem demonstrado probatoriamente a ausência de recursos para atender às suas competências, cuidando-se para que o atendimento de uma demanda não leve a outras a periclitarem substancialmente (proibição da insuficiência), o que somente tem agudizado a sangria dos cofres públicos com determinações de bloqueios de valores em conta corrente da Fazenda Pública, ou até sequestro de valores diretamente do caixa do orçamento, causando profundos impactos na gestão ordinária dos Poderes Executivos.

O debate está apenas iniciando.

⁷³ Alexy (2000). Ainda para o autor, o reconhecimento de direitos originários a prestações exige a presença de alguns parâmetros: quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta.

⁷⁴ Costa (2008, p. 61).

⁷⁵ Ver o texto de Sarlet (2004). No texto Sarlet e Figueiredo lembram os autores que, na Alemanha, se a dignidade humana não é passível de quantificação, afigura-se necessária a fixação do valor da prestação assistencial à garantia das condições existenciais mínimas, eis que *condicionada espacial e temporalmente, dependente também do padrão socioeconômico vigente.*

REFERÊNCIAS

- AGESTA, Luis Sanches. *Las Antitesis del Desarrollo, Constitución, Desarrollo y Planificación*. Madrid: Técno, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARTHUR, John. *The unfinished Constitution: philosophy and constitutional practice*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1989.
- BEN-DOR, Oren. *Constitutional Limits and the Public Sphere*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik. In: E.-W. Böckenförde, "Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht". Frankfurt: F. s/Meno, 1991.
- CABELLERÍA, Marcus Vaquer. *La acción social: un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho*. Valencia: Instituto de Derecho Público, 2004.
- CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. Fundamentos da Constituição. In: *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CASSESE, Savino. *I Diritti umani oggi*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- CHELI, Enzo. *Lo Stato Costituzionale*. Roma: Editoriale Scientifica, 2007.
- COSTA, Pietro. *Democrazia Politica e Stato Costituzionale*. Roma: Editoriale Scientifica, 2008.
- DAMASCA, Mirjan R. *The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 2005.
- DAWLEY, Alan. *Struggles for Justice: social responsibility and the liberal state*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- DENNINGER, Erhard. *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*. Torino: Giappichelli, 2000.

DERBLI, Felipe. Proibição de Retrocesso Social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DONZELOT, Jacques. *L'invention du social. Essais sur le déclin des passions politiques*. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

DORF, Michael C.; SABEL, Charles F. A Constitution of Democratic Experimentalism. *Columbia Law Review*, n. 267, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

_____. *Tomando los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and Public Choice: a critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

FAVOREU, Louis. Constitutional Review in Europe. In: *Constitutionalism and rights: the influence of the united states constitution abroad*. London: Louis Henkin & Albert J. Rosenthal eds., 2004.

FERRAJOLI, Luigi. El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su diferencia con la realidad. In: IBÁÑEZ, Andrés. *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Civitas, 1996.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GERHARDT, J.; ROWE, Thomas D. *Constitutional Theory: arguments and perspectives*. Charlottesville: Michie Company, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HÄBERLE, Peter. El legislador de los derechos fundamentales. In: PINA, António Lopes et al. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 1991.

_____. Grundrecht im Leistungsstaat. In: *VVDSTRL*, 30, 1972.

_____. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.

Rogério Gesta Leal

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1984.

IRIBARNE, Manuel Fraga. *La crisis del Estado*. Madrid: Aguilar, 2005.

KLEIN, Friedrich. Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat. In: *Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft*. Tübingen: Ban 3 Heft, 1970.

KRAMER, Larry. We the People: Who has the last word on the Constitution? In: *Boston Review*, fev./mar. 2004.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

_____. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, out./dez., 1999.

LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. In: *Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 8, 2007.

_____. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *O Estado-Juíz na democracia contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Santa Cruz do Sul, n. 4, 2004.

MAGGIERO, Roberto. *L'evoluzione del sistema italiano di welfare e le sue specificità*. Milano: Giuffrè, 2007.

MENGER, Christian-Friedrich. *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 2001.

MICHELMAN, Frank. Political Truth and the Rule of Law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 114, 1988.

NETO, Pedro Vidal. *Estado de Direito*. São Paulo: LTr. 1979.

- NOVAK. *The people's welfare: law and regulation in nineteenth-century America*. Boston: Harvard University Press, 2006.
- PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional Deliberation on Congress: the impact of Judicial. Review in a Separated System*. New York: Duke University Press, 2007.
- PICÓ, Josep. *Teorías sobre el Estado del Bienestar*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2007.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2002.
- REHG, William. *Insight and Solidarity: The Discourse Ethics of J. Habermas*. Berkeley: University of California Press, 2004.
- RICHARD, Lionel. *La vie quotidienne au temps de la République de Weimar (1919-1933)*. Paris: Éditions Hachette, 2004.
- ROSENFELD, Michel (a cura di G. Pino). *Interpretazioni: il diritto tra etica e politica*. Bologna: Il Mulino, 1998.
- _____. *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy*. Durham: Duke University Press, 2000.
- _____. Contract and Justice: the relation between classical contract law and social contract theory. In: *Iowa Law Review*, v. 70, 1985.
- _____. *Lo Stato di Diritto e La legittimità della Democrazia Costituzionale*. Roma: Giuffrè, 2006.
- ROSEN, Jeffrey. *The most democratic branch: how the courts serve America*. New York: Oxford University Press, 2007.
- SANDULLI, Armando Mantinni. *Stato di Diritto e Stato Sociale*. Napoli: Giappichelli, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCUDIERO, Michele. *I caratteri dello Stato Costituzionale*. Roma: Editoriale Scientifica, 2007.

SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SEN, Amartya. *Desigualdade Reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SERRANO, Rafael de Agapito. *Estado Constitucional y Proceso Político*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1986.

SUNSTEIN, Cass R. *Designing democracy: what constitutions do?* Oxford: Hart Publishing, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are Judges Political? an empiricarl analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2008.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, S. *The Cost of Rights: why liberties depends on taxes*. New York: Macmilann, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TUSHNET, Mark. *State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations*. New York: Georgetown University Press, 2007.

_____. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

_____. *The New Constitutional Order*. Princeton University Press, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized*. New York: Verso, 1998.

USEROS, Enrique Martínez. *Derecho, Política e Intervencionismo Administrativo*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1985.

OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988¹

Ingo Wolfgang Sarlet*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tanto no plano textual quanto no que diz respeito à vivência constitucional, os direitos fundamentais em geral – e os direitos sociais em particular – têm ocupado uma posição de destaque sem precedentes no contexto da história constitucional brasileira. Não apenas em termos quantitativos, ou seja, no que se refere ao número expressivo de direitos sociais expressa e implicitamente consagrados pela Constituição, mas também em termos qualitativos, considerando especialmente o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, a Assembleia Constituinte de 1988 foi inequivocamente (para alguns em demasia!) amiga dos direitos sociais, o que não significa, de acordo com a conhecida advertência de Streck, que com o advento da atual Constituição as promessas da modernidade tenham sido efetivamente cumpridas no Brasil,² pelo menos não no que diz com fruição efetiva (em níveis suficientes) dos direitos sociais por parte de expressiva parcela da população.

Além disso, constata-se que passada uma (rápida) fase de maior ufanismo, não apenas a constitucionalização de direitos sociais, mas uma série de outros aspectos ligados ao texto resultante do embate no âmbito da Assembleia Constituinte, voltaram a ser questionados e mesmo passaram a ser objeto de acirrada crítica, inclusive no

* Doutor em Direito do Estado (Munique, 1997); Pós-doutor em Direito pelo Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social (onde atua como correspondente científico e representante brasileiro desde 2000) e pela Universidade de Munique, tendo sido bolsista e pesquisador visitante pelo Instituto e pelo DAAD por vários períodos, entre 2001 e 2005; pesquisador visitante junto ao Georgetown Law Center (2004) e na Harvard Law School (2008); Professor titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Pós-graduação em Direito e em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor visitante (bolsista pelo Programa Erasmo, da União Europeia, 2009) da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012), bem como Professor do Mestrado em Direito Constitucional Europeu na Universidade de Granada; Coordenador do Mestrado e Doutorado em Direito e do Centro de Pesquisas da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e também Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais (CNPq/PUCRS). Professor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS) e Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

¹ O presente texto constitui versão ligeiramente ajustada e atualizada (no que diz com a literatura brasileira, legislação e jurisprudência) de versão já publicada, com destaque para a veiculação no Anuário Ibero-americano de Justicia Constitucional, Editado pelo Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

² Streck (2004, p. 57 e ss.), destacando, inclusive, a necessidade de promover a defesa das instituições da modernidade que se revelam indispensáveis à instauração de um efetivo Estado Democrático (e Constitucional!) de Direito.

meio jurídico, o que, à evidência, não é em si um dado necessariamente negativo, já que mesmo indispensável ao processo democrático-deliberativo, mas acabou, não raras vezes, assumindo dimensões preocupantes, especialmente quando se tentou difundir a mensagem da ilegitimidade do processo constituinte (não que este tenha sido isento de problemas), inclusive com o objetivo de, entre outras medidas, justificar a revisão ampla do Texto Constitucional, acompanhada da exclusão até mesmo de uma série de direitos fundamentais expressamente consagrados pelo Constituinte, como é o caso, v.g., dos direitos dos trabalhadores.

De qualquer sorte, independentemente de tais discussões que aqui são referidas apenas em caráter ilustrativo e não constituem o objeto da nossa abordagem, certo é que, especialmente no que diz com a constitucionalização de direitos e deveres em matéria social, não são poucas as objeções registradas no seio da doutrina brasileira, que, em grande parte, reproduzem a celeuma que de há muito tempo se estabeleceu no plano do direito comparado, tanto é que, a despeito da evolução constitucional contemporânea em matéria de direitos fundamentais e do sistema internacional de tutela dos direitos humanos, diversas constituições seguem refratárias à inserção de direitos sociais em seus textos. Com isso não se está a dizer – é bom enfatizar – que nos Estados Constitucionais que recusaram a presença de direitos sociais no plano constitucional (pelo menos expressamente), os níveis de proteção social, assegurados pela via da legislação ordinária e das políticas públicas, não sejam em vários casos até mesmo mais altos do que em países em que a opção foi pela constitucionalização dos direitos sociais, o que, por sua vez, acaba, para alguns, servindo de argumento adicional para justificar não apenas a desnecessidade e mesmo a inconveniência da inserção de direitos sociais nas constituições. Da mesma forma, segue acesa a controvérsia na esfera doutrinária e jurisprudencial, seja no que se refere à própria fundamentação e legitimação dos direitos sociais, seja no que concerne ao seu conteúdo e regime jurídico. Assim, mesmo considerando a expressa previsão de direitos sociais no catálogo constitucional dos direitos fundamentais, constata-se que também no Brasil a temática segue sendo objeto de crescente e cada vez mais intenso debate.

Entre os tópicos preferidos pela doutrina (e que acabam refletindo, com maior ou menor intensidade, na esfera jurisprudencial, legislativa e administrativa) destacam-se, notadamente em matéria dos assim chamados direitos sociais, tanto as teses que questionam a própria constitucionalização de tais direitos sociais (sustentando até mesmo que, no todo ou em parte, tais direitos sequer deveriam estar na Constituição!) quanto as vozes daqueles que, embora admitam a possibilidade de ter tais direitos previstos no Texto Constitucional, refutam a sua condição de autênticos direitos fundamentais. Além disso, uma vez reconhecida a sua condição de direitos fundamentais, assume particular relevância a controvérsia em torno do

regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, o que, por sua vez, remete ao problema de sua eficácia e, por conseguinte, de sua efetividade.

De outra parte, resulta evidente que a mera previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, ainda que acompanhada de outras providências, como a criação de um sistema jurídico-constitucional de garantias institucionais, procedimentais, ou mesmo de outra natureza, nunca foi o suficiente para, por si só, neutralizar as objeções da mais variada natureza ou mesmo impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais, notadamente no que se refere aos padrões de bem-estar social e econômico vigentes. Saber em que medida os direitos sociais, a despeito do regime jurídico que lhes foi atribuído pela Constituição (em que pese a conhecida controvérsia sobre qual exatamente é este regime jurídico!), de fato representam mais do que manifestação de um constitucionalismo simbólico, já seria matéria mais do que suficiente para ocupar uma monografia de envergadura, e, por certo, não haveria como ser suficientemente discutido nos limites deste breve ensaio. Todavia, embora não seja o nosso propósito discorrer sobre o constitucionalismo simbólico,³ não há como desconsiderar que o tema guarda íntima vinculação (também) com o problema das resistências aos direitos sociais, seja no que diz com o uso meramente retórico do discurso dos direitos, seja no que diz respeito à sua eficácia e efetividade.

Considerando que prescinde de maior esforço reflexivo a constatação de que o tema ora abordado constitui uma fonte praticamente inesgotável de tópicos e problemas a serem mapeados e analisados, desde logo há que se frisar que não é nosso intento sequer buscar um levantamento mais preciso dos diversos aspectos que se referem ao conteúdo dos direitos sociais e ao seu regime jurídico, nem mesmo no pertinente ao problema de sua eficácia e efetividade. Aliás, sequer em relação aos tópicos selecionados isso seria possível. O que nos move, em primeiro plano, é a vontade de identificar alguns dos problemas centrais vinculados à teoria e prática dos direitos sociais no âmbito do sistema constitucional brasileiro, pinçando alguns aspectos de maior relevo, notadamente quanto à sua eficácia e efetividade, procedendo, no que concerne a cada uma delas, uma análise que, de algum modo, possa contribuir para um balanço e desenvolvimento do debate em torno do tema.

Assim, prosseguindo a uma seleção de aspectos a serem abordados, iniciaremos por analisar alguns aspectos da discussão, cada vez mais intensa no Brasil, a respeito da própria condição dos direitos sociais como direitos fundamentais, já que, a despeito de assim terem sido designados no Texto Constitucional, há quem siga – fundado em razões respeitáveis – contestando tal condição. Umbilicalmente ligada a esse aspecto, visto que da afirmação da fundamentalidade dos direitos sociais decorrem também certas consequências, designadamente em relação ao regime jurídico de tais

³ Sobre o tema ver os referenciais desenvolvimentos de Neves (2007). Enfocando a questão no plano dos direitos humanos e fundamentais, ver Neves (2008, p. 417 e ss.), doravante referido apenas como *Direitos Sociais*.

direitos, situa-se a problemática da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais, possivelmente um dos temas mais debatidos na doutrina e jurisprudência constitucional brasileira nos dias atuais, ainda mais quando se trata da intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação do legislador e do administrador público. Nesse contexto, abordaremos, em especial, alguns pontos polêmicos vinculados à problemática do assim designado “custo dos direitos” e da polêmica reserva do possível, especialmente no que se refere às resistências em aceitar o controle dos atos legislativos e administrativos com base nos direitos sociais e à possibilidade de fazer valer a sua condição de direitos subjetivos. Tais questões serão analisadas mediante consideração, no plano jurisprudencial, das principais decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, cada vez mais, assume as funções de uma autêntica Corte Constitucional e tem atuado de forma particularmente significativa também na seara dos direitos sociais.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O fato de existirem segmentos da doutrina brasileira, ainda que bem intencionados e mesmo amparados em argumentos de relevo, que estejam negando a condição de autênticos direitos fundamentais dos direitos sociais (existe até quem negue a própria existência de direitos sociais!),⁴ torna oportuna a lembrança de que ao se tratar de direitos fundamentais na Constituição não há como abrir mão de uma perspectiva dogmático-jurídica (mas não necessariamente formal-positivista) da abordagem, reafirmando-se, de tal sorte, a necessidade de uma leitura constitucionalmente adequada da própria fundamentação (inclusive filosófica), tanto da assim designada fundamentalidade, quanto do próprio conteúdo dos direitos sociais. De outra parte, é a Constituição Federal Brasileira (doravante citada como CF) e não outra – o que é bom sempre recordar! – que servirá como referencial, inclusive quanto aos compromissos expressa e/ou implicitamente firmados pelo Constituinte, seja no que diz com a aderência a determinadas concepções de Justiça, especialmente no que diz com a noção de justiça social (que foi expressamente inserida como objetivo a ser alcançado no âmbito da ordem econômica da Constituição, designadamente no seu artigo 170, *caput*⁵), seja no concernente à determinada ordem de valores que,

⁴ Conforme, por exemplo, Atria (2005, p. 9-46), destacando-se que não temos como empreender aqui o debate com as teses esgrimidas pelo autor. Para uma crítica às objeções de Atria, ver, especialmente Pulido (2008, p. 137 e ss.).

⁵ Sobre os princípios que informam a ordem econômica em geral, ver, entre nós, o já clássico contributo de Grau (1997).. No âmbito da literatura mais recente, ver Petter (2005), bem como Bercorvici (2005).

de acordo com concepção amplamente consagrada, encontra expressão também e acima de tudo por meio dos princípios e dos direitos fundamentais.⁶

Uma primeira constatação que se impõe, e que resulta já de um superficial exame do Texto Constitucional, é a de que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do Texto Constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais. Nesse sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares.⁷

Que tais constatações não podem ter o condão de tornar obsoleta ou mesmo equivocada a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações – muito embora assim tenha sido sustentado por alguns – afigura-se como evidente. Com efeito, especialmente em se tendo presente a distinção entre texto (enunciado semântico) constitucional e norma jurídica (resultado da interpretação do texto), de acordo com o qual pode haver mais de uma norma contida em determinado texto, assim como normas sem texto expresso que lhe corresponda diretamente,⁸ sabe-se que a partir de um determinado texto há como

⁶ A respeito desse tópico, ver, por todos, no âmbito da doutrina estrangeira, Hesse (1995, p. 133 e ss.). Entre nós Sarlet (2008, p. 158 e ss.), onde desenvolvemos de modo mais detido essa dimensão dos direitos fundamentais, à luz de farta doutrina nacional e estrangeira; ver também, entre outros, especialmente Sarmento (2003, p. 63-102) e, mais recentemente, Dimoulis e Martins (2007, p. 116 e ss.), assim como Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 255 e ss.).

⁷ Sobre o ponto, inclusive para maior desenvolvimento do problema da classificação dos direitos fundamentais, remetemos a Sarlet (2008, p. 176 e ss.). Por último, com destaque para a estrutura diferenciada dos direitos sociais como direitos a prestações, ver Silva (2008, p. 589 e ss.).

⁸ Sobre o tema (distinção entre texto e norma e seu significado), no âmbito da doutrina nacional, indispensável, entre outros, Grau (2002, p. 19 e ss.), (retomando aqui os desenvolvimentos efetuados na

extrair uma norma (ou normas) que pode (ou não) reconhecer um direito como fundamental e atribuir uma determinada posição jurídico-subjetiva (sem prejuízo dos efeitos jurídicos já decorrentes da dimensão objetiva) à pessoa individual ou coletivamente considerada, posição que poderá ter como objeto uma determinada prestação (jurídica ou fática) ou uma proibição de intervenção.⁹

Se os direitos sociais a prestações (segundo Alexy, os direitos a prestações em sentido estrito, no sentido de direitos subjetivos a prestações materiais vinculados aos deveres estatais do Estado na condição de Estado Social de Direito),¹⁰ na sua dimensão subjetiva, implicam direitos subjetivos de caráter “positivo”, igualmente importa destacar que a Constituição de 1988 incluiu no seu rol de direitos sociais posições que, a despeito de uma correlata dimensão (ou função) positiva ou prestacional, assumem a feição de típicos direitos de caráter negativo (defensivo), como atendem, entre outros, aos exemplos do direito de greve, da liberdade de associação sindical, assim como das proibições de discriminação entre os trabalhadores (direitos especiais de igualdade).

A partir disso, ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais adequada ao perfil constitucional brasileiro, percebe-se que é preciso considerar as peculiaridades do direito constitucional positivo, revelando que o qualificativo de social não está exclusivamente (!) vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna, o que, por sua vez, nos remete

já citada obra sobre a ordem econômica na constituição), afirmando, em apertada síntese, ser a norma produto da interpretação, não sendo idêntica ao texto, mas neste se encontrando parcialmente contida, porém em estado potencial, bem como Streck (2004, especialmente p. 310 e ss.), em capítulo que ostenta o significativo título O caráter não relativista da hermenêutica ou de como a afirmação “a norma é (sempre) o produto da atribuição de sentido a um texto” não pode significar que o intérprete esteja autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, destacando que a distinção entre texto e norma não pode ser compreendida como uma absoluta independência entre ambas as figuras e muito menos como uma irrelevância do texto. Na mesma linha, ver, ainda, entre nós, o arguto magistério de Ávila (2006, p. 30 e ss.) apontando para o fato de que o intérprete “[...] utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos [...]” (ÁVILA, 2006 p. 33-34). Nesse mesmo contexto, aliás, há que relembra a conhecida – e correta – afirmação de Hesse (1995, especialmente p. 29 e ss.), no sentido de que o Texto Constitucional atua como limite para o intérprete, aspecto que, assim como os demais lhe são conexos, aqui não estamos em condições de desenvolver.

⁹ Conforme paradigmaticamente demonstrado por Alexy (1994, p. 53 e ss.), quando apresenta seu conceito de norma de direito fundamental e, mais adiante Alexy (1994, p. 159 e ss.), no ponto em que examina a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações.

¹⁰ Com efeito, para Alexy (1994, p. 395 e ss.), os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) se distinguem dos direitos a prestações em sentido amplo, já que estes dizem com a atuação positiva do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção, já decorrentes da sua condição de Estado democrático de Direito e não propriamente como garantia de padrões mínimos de justiça social, ao passo que os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) dizem com direitos a algo (prestações fáticas) decorrentes da atuação do Estado como Estado Social.

ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade. Tal consideração se justifica pelo fato de que também são sociais (pelo menos, é legítimo que assim seja considerado, ainda mais considerando a formatação da CF) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores,¹¹ isso sem falar na tradição da vinculação dos direitos dos trabalhadores à noção de direitos sociais, registrada em vários momentos da evolução do reconhecimento jurídico, na esfera internacional e interna, dos direitos humanos e fundamentais. Tais ponderações, embora digam respeito ao universo abrangente e heterogêneo dos direitos sociais, não respondem por si só à pergunta a respeito de sua fundamentalidade e sobre o regime jurídico que a essa condição é inerente.

Sem que se pretenda aqui arrolar as diversas objeções encontradas no seio da doutrina, é preciso, desde logo, afastar qualquer leitura reducionista, designadamente naquilo em que – equivocadamente – se afirma que, ao advogar a fundamentalidade de todos os direitos assim designados expressamente pelo Constituinte, está-se, ao fim e ao cabo, a sustentar uma concepção estritamente formal de direitos fundamentais.¹² Em primeiro lugar, afirmar que são fundamentais todos direitos como tais (como direitos fundamentais!) expressamente consagrados na Constituição, não significa que não haja outros direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que se deve levar a sério a já referida cláusula de abertura (na condição de norma geral inclusiva)¹³ contida no artigo 5º, § 2º, da CF, estabelecendo que além dos direitos expressamente consagrados na Constituição, existem outros decorrentes do regime e dos princípios, além dos direitos tipificados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A sustentação da fundamentalidade de todos os direitos assim designados no Texto Constitucional (que alcança todo o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – da CF, e, portanto, os direitos sociais do artigo 6º e os assim designados direitos dos trabalhadores),¹⁴ por sua vez, implica reconhecer pelo

¹¹ Para um maior desenvolvimento especialmente do conceito e da classificação dos direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, ver, em especial Sarlet (1999, p. 140 e ss.).

¹² Conforme a objeção formulada por Maurício Júnior (2005, p. 4 e ss.).

¹³ Como bem reforça, reafirmando toda uma tradição doutrinária, Freitas (2005).

¹⁴ No artigo 6º estão contemplados, entre outros, os direitos ao trabalho, alimentação, moradia, saúde, educação, assistência aos desamparados e previdência social. Já no artigo 7º e seus diversos incisos, a CF albergou um expressivo elenco de direitos e garantias dos trabalhadores, desde a proteção (ainda não regulada pelo legislador) contra a despedida arbitrária, a garantia de um salário mínimo, a proteção da mulher, a proibição de discriminação nas relações de trabalho, entre outros, sem falar nos direitos de greve e de liberdade de associação sindical, participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas (artigo 8º e seguintes da CF).

menos a presunção em favor da fundamentalidade também material destes direitos e garantias, ainda que se possam colacionar, a depender da orientação ideológica ou concepção filosófica professada, boas razões para questionar tal fundamentalidade. Mesmo para os direitos do Título II (que, reitere-se, não excluem outros, tanto fundamentais em sentido formal e material, quanto fundamentais em sentido apenas material) a posição adotada não está dissociada de critérios de ordem material, já que sem dúvida se cuida de posições que – independentemente de outras razões que possam justificar a fundamentalidade no plano material e axiológico – já de partida receberam, por ocasião do “pacto constitucional fundante”, a proteção reforçada peculiar dos direitos fundamentais pela relevância de tais bens jurídicos na perspectiva dos “país” da Constituição (o que, aliás, aponta para uma legitimação democrática, procedimental e deliberativa, mas também substancial!),¹⁵ decisão esta que não pode pura e simplesmente ser desconsiderada pelos que (na condição de poderes constituídos!) devem, por estar diretamente vinculados, assegurar a estes direitos fundamentais a sua máxima eficácia e efetividade.

Em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo brasileiro – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam sediados no Título II da CF (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) ou mesmo localizados em outras partes do Texto Constitucional, são direitos fundamentais.¹⁶ Aliás, a própria orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos sociais tem sido sensível nesse particular ao reconhecimento de que os direitos sociais

¹⁵ Discutindo, ainda que não exatamente sob esse ângulo a questão da fundamentação dos direitos sociais como direitos fundamentais pelo prisma democrático (no caso, democrático-deliberativo) ver, entre outros, Souza Neto (2006, p. 225 e ss.), sustentando que os direitos sociais são (especialmente no campo do mínimo existencial) condições fundamentais para a democracia. Nessa mesma linha de abordagem (embora uma série de divergências entre o pensamento dos autores referidos e entre estes e nossa concepção) ver, ainda, entre outros, a indispensável coletânea de Cattoni (2006), assim como a instigante contribuição de Souza Cruz (2007), especialmente o capítulo 7, em que é discutida a questão dos direitos sociais. Como contraponto, professando uma concepção de cunho mais substancialista (adotando aqui a terminologia mais habitual) ver o referencial trabalho de (especialmente capítulos I a V). Streck (2004), já adotando uma postura crítica em relação aos excessos cometidos em nome dos princípios e valores constitucionais, aderindo, em boa parte, aos críticos da assim designada ponderação, em especial os já citados Cattoni e Cruz (2012). Embora a nossa resistência às abordagens de cunho preponderantemente procedimental (o que não temos condições de desenvolver aqui), não há como desconsiderar a relevância da discussão produzida no Brasil nos últimos anos a respeito do tema, contribuindo para uma qualificação substancial do debate sobre a legitimidade e a fundamentação dos direitos fundamentais e da própria ordem constitucional, a atuação do Poder Judiciário na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, entre outros temas que têm integrado a pauta acadêmica.

¹⁶ A respeito da abertura material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, remete-se a Sarlet (2008, p. 90 e ss.).

são direitos fundamentais,¹⁷ o que também demonstra a relevância da atuação do Poder Judiciário nesta matéria, já que a negação da fundamentalidade na esfera jurisprudencial acabaria por esvaziar o Texto Constitucional, a despeito da expressa previsão de que os direitos sociais são direitos fundamentais. Precisamente nesta esfera, verificam-se outros problemas a enfrentar; no todo ou em parte (mesmo entre os que aceitam, em princípio, a tese da fundamentalidade dos direitos sociais) existe tanto quem queira negar a aplicação, aos direitos sociais, do regime jurídico assegurado pela Constituição aos direitos fundamentais, quanto quem discuta o exato conteúdo deste regime na esfera dos direitos sociais, matéria que, aliás, constitui o objeto do próximo segmento e em que a atuação dos órgãos do Poder Judiciário, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, passou a assumir uma relevância crescente em termos qualitativos e quantitativos.

3 A DISCUSSÃO A RESPEITO DO REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ESPECIALMENTE SUA APLICABILIDADE E EFICÁCIA

Um problema central relacionado à própria eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais é o de estabelecer, no âmbito do marco constitucional brasileiro (e, portanto, de modo afinado com os limites do direito constitucional positivo), os contornos do seu (dos direitos sociais) respectivo regime jurídico-constitucional, o qual, além do que expressamente – e implicitamente – foi estabelecido pelo Constituinte, tem sido objeto de fecundo – mas amplamente controverso – desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

Dados os limites desse ensaio e para que possamos tecer algumas considerações a respeito e avaliar, pelo menos, alguns dos principais argumentos manejados pelos que se opõem aos direitos sociais e lhes querem atribuir um regime jurídico mais débil em relação aos assim – tradicionalmente – designados direitos individuais (ou direitos civis e políticos como preferem outros), é preciso lembrar que os direitos fundamentais somente podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando e à medida que lhes é reconhecido (e assegurado) um regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional. Nesse sentido, acabou sendo incorporada ao discurso constitucional brasileiro, até mesmo pelo

¹⁷ Bastaria aqui apontar para os julgados sobre os direitos à educação, à saúde e à moradia, isso sem falar nos casos da assistência e da previdência social, entre outros, nos quais, além do reconhecimento da sua condição de direitos fundamentais, o Tribunal chancelou a tese de que tais direitos assumem a condição de direitos subjetivos e, portanto, exigíveis, o que será devidamente abordado no próximo capítulo. Nesse sentido, ver, em caráter meramente ilustrativo, o julgamento da STA 175 (março de 2010), no sentido da fundamentalidade do direito à saúde e de sua exigibilidade como direito subjetivo a prestações estatais.

fato de que o direito constitucional positivo assim o exige, a conhecida formulação de Robert Alexy ao enfatizar que os direitos fundamentais são posições jurídicas a tal ponto relevantes que o seu reconhecimento não pode ser pura e simplesmente colocado plenamente à disposição das maiorias parlamentares simples.¹⁸ Também por essa razão, os direitos fundamentais – para que tenham assegurada uma posição preferencial e privilegiada – devem estar blindados contra uma supressão ou um esvaziamento arbitrário por parte dos órgãos estatais, em outras palavras, pelos poderes constituídos, além de terem sua normatividade plenamente garantida, o que implica o reconhecimento de uma dupla fundamentalidade formal e material.¹⁹ Alinhando-se à tradição constitucional contemporânea, também a CF de 1988 aderiu a esse modelo e, além de inserir – expressa e implicitamente – os direitos fundamentais no seletivo rol das assim designadas “cláusulas pétreas”, tornando-os limites materiais ao poder de reforma constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF),²⁰ afirmou que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis (artigo 5º, § 1º, da CF).²¹ É também e em especial por tais razões, que Jorge Reis Novais, na esteira das lições de Ronald Dworkin²² (embora não direcionadas aos direitos sociais), já se afirmou que também os direitos fundamentais sociais operam como verdadeiros “trunfos contra a maioria.”²³

O problema que se coloca é justamente a resistência em relação à aplicação desses elementos nucleares do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais aos direitos sociais. Com efeito, tanto há quem diga que as normas de direitos sociais não se encontram abrangidas pelo disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, quanto quem sustente que os direitos sociais não operam como limites materiais ao poder de reforma constitucional, por não terem sido expressamente referidos no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF.

Voltando-nos desde logo ao primeiro aspecto, é possível partir da premissa de que a despeito da circunstância de que a localização topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no artigo 5º, § 1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos, o fato é que esse argumento não corresponde sequer à expressão literal do dispositivo, visto que este utiliza a formulação genérica “normas

¹⁸ Conforme Alexy (1994, p. 406).

¹⁹ Conforme, novamente, Alexy (1994, p. 473 e ss.).

²⁰ De acordo com o artigo 60, § 4º, da CF, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – A forma federativa de Estado; II – O voto direto, secreto, universal e periódico; III – A separação dos poderes; IV – Os direitos e garantias individuais. Convém destacar que em virtude do dispositivo constitucional referido, é admitido no Brasil, embora em caráter excepcional, o controle preventivo (judicial) da constitucionalidade de emendas constitucionais, visto que poderá ser bloqueada até mesmo a submissão de projeto de emenda à deliberação do Congresso Nacional.

²¹ Nesse sentido, de modo um pouco mais desenvolvido, ver Sarlet (2008, p. 86 e ss.).

²² Conforme Dworkin (1999, p. 276 e ss.).

²³ Conforme Novais (2010, p. 319 e ss.).

definidoras de direitos e garantias fundamentais”, como consignada na epígrafe do Título II da CF (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar, pelo menos não sem contestação relevante, uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição.²⁴ Em sentido contrário, houve inclusive quem propusesse uma “nova exegese” da norma contida no artigo 5º, § 1º, sustentando a sua necessária interpretação restritiva quanto ao alcance (embora supostamente “reforçada” quanto à eficácia) já que o Constituinte “disse mais do que o pretendido,”²⁵ advogando, por via de consequência, uma interpretação nitidamente inspirada em um peculiar e manifestamente equivocado “originalismo”, curiosamente ancorado em uma “vontade do Constituinte” presumidamente contrária ao próprio teor literal do dispositivo.

Se optarmos por uma argumentação não embasada em uma interpretação de viés eminentemente literal (textual), será possível verificar que, também uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados. Nesse sentido, percebe-se, desde logo, que o constituinte não pretendeu (e nem é legítimo presumir isso!) excluir os direitos políticos e de nacionalidade do âmbito do artigo 5º, § 1º, da CF, já que estes, assim como os direitos sociais, integram o conjunto dos direitos cuja fundamentalidade foi expressamente afirmada na Constituição. Também não há como sustentar, no direito brasileiro, a concepção vigente no direito português (expressamente prevista na Constituição Portuguesa de 1976) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias (Título II) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo desse regime reforçado (e não apenas quanto a esse aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da Constituição da República Portuguesa,²⁶ sistema, aliás, próximo – embora não idêntico – ao adotado pela Constituição Espanhola de 1978, que não contemplou expressamente direitos fundamentais sociais no seu texto, inserindo, todavia, princípios diretivos da ordem social.²⁷ Parece evidente que a ausência de uma distinção expressa entre o regime dos

²⁴ Sarlet (2008, p. 277 e ss.).

²⁵ Conforme a posição (e crítica) de Gebran Neto (2002, p. 153 e ss.).

²⁶ O tratamento jurídico diferenciado de ambos os grupos de direitos fundamentais constitui, sem dúvida, um dos marcos caracterizadores da posição reforçada que os direitos, liberdades e garantias assumiram em relação aos direitos sociais no âmbito do constitucionalismo lusitano. Nesse sentido, ver, entre tantos, Nabais, 1990, p. 21 e ss.), posição que ainda corresponde ao entendimento dominante na doutrina constitucional portuguesa. Todavia, mais recentemente, houve quem passasse a sustentar, a despeito do disposto no Texto Constitucional português, um regime jurídico unitário (ainda que não idêntico em toda a sua extensão) para os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, como é o caso de Novais (2010, p. 251 e ss.).

²⁷ Na Constituição Espanhola de 1978, parte significativa daquilo que em outras ordens constitucionais foi consagrado no campo dos direitos fundamentais sociais, está prevista no capítulo dos “princípios

direitos sociais e os demais direitos fundamentais, somada ao texto do § 1º do artigo 5º da CF, ainda mais em face da circunstância de que os direitos sociais (mas pelo menos os elencados no Título II da CF) são direitos fundamentais, deve prevalecer sobre uma interpretação notadamente amparada em critério meramente topográfico.

Assim, pelas razões referidas, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido no âmbito da doutrina hoje aparentemente majoritária no Brasil,²⁸ a aplicabilidade imediata (por força do artigo 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Título II da Constituição (artigos 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do Texto Constitucional e nos tratados internacionais. É preciso enfatizar que a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos situados fora do catálogo (dispersos na Constituição) não encontra qualquer óbice no Texto Constitucional, harmonizando, além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no artigo 5º, § 2º, da CF, que aqui não poderá ser analisada. Da mesma forma, será objeto de considerações adicionais, logo mais adiante, a exegese imprimida ao artigo 5º, § 1º, da CF, no que diz com o seu possível papel para a questão da aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, aspecto particularmente relevante em relação à evolução jurisprudencial e ao papel da Jurisdição Constitucional na tutela e promoção dos direitos sociais.

Quanto à inclusão dos direitos fundamentais sociais no elenco dos limites materiais à reforma constitucional, tomando como ponto de partida o enunciado literal do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF, poder-se-ia afirmar – e, de fato, há quem sustente tal ponto de vista – que apenas os direitos e garantias individuais do artigo 5º da CF se encontram blindados contra a atuação do poder de reforma da Constituição. Caso fôssemos nos aferrar a esta exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (artigos 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), bem como os direitos políticos (artigos 14 a 17, com exceção do direito de voto, já previsto no elenco do inciso IV do § 4º do artigo 60) estariam todos excluídos

rectores de la política social y económica”, que, por sua vez, não se encontra ao abrigo do princípio da aplicabilidade imediata dos “derechos y libertades” consagrado no artigo 53.1. Com isso, não se está negando, aos princípios da ordem econômica e social, o caráter jurídico-normativo, já que de acordo com o artigo 9º, 1, da Constituição Espanhola “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, princípio que se aplica a todas as normas constitucionais. Todavia, reconhece-se – a exemplo do que leciona (1994, p. 80), que o valor normativo da Constituição “[...] necesita ser modulado en lo concerniente a los principios rectores de la política social y económica.”

²⁸ Nesse sentido, além da linha argumentativa proposta já na nossa tese de Doutorado Sarlet (1996), desenvolvida com mais detalhes em Sarlet (2008, p. 277 e ss.), ver, por exemplo, Piovesan (1995, p. 90), que sustenta a viabilidade de uma interpretação extensiva da norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, ver também Dimoulis (2001, p. 22); e, mais recentemente, o magistério de Cléve, (v. 4, p. 295).

da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF. Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do artigo 5º não poderiam ser, por via de consequência, mercedores desta proteção, exclusivamente reservada aos “direitos individuais”!

Já essa simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer, pelo menos não na sua versão mais extremada. Caso assim fosse, alguns dos direitos essenciais de participação política (artigo 14, que contempla os institutos da iniciativa popular legislativa, do plebiscito e do referendo), assim como algumas liberdades fundamentais dos trabalhadores, como é o caso da liberdade sindical (artigo 8º) e do direito de greve (artigo 9º), apenas para citar alguns exemplos, estariam situados em condição inferior aos demais direitos fundamentais, não compartilhando o mesmo regime jurídico reforçado, ao menos não na sua plenitude, sujeitos que estariam, pelo menos em tese, a serem suprimidos por emenda constitucional. Paradoxalmente, em se levando ao extremo esse raciocínio e reiterando a objeção já apontada, poder-se-ia até mesmo sustentar que apenas o mandado de segurança individual, mas não o mandado de segurança coletivo,²⁹ integra as “cláusulas pétreas”! Nesse contexto, foi inclusive sustentado que a expressão “direitos e garantias individuais”, utilizada no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF, não foi reproduzida em nenhum outro dispositivo da Constituição, razão pela qual, mesmo com base em uma interpretação literal, não se poderia confundir tais direitos individuais com os direitos individuais e coletivos do artigo 5º de nossa Lei Fundamental.³⁰

Para os que advogam uma interpretação restritiva, abre-se, todavia, alternativa argumentativa. Com efeito, poder-se-á sustentar que a expressão “direitos e garantias individuais” deve ser interpretada de tal forma que apenas os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais do artigo 5º, da CF, possam ser considerados “cláusula pétrea”, ou mesmo, direitos equiparáveis aos assim designados direitos civis e políticos, de titularidade individual. Nesse caso, todavia, a tutela contra a supressão por meio de emendas constitucionais, embora alcançando também direitos não previstos no artigo 5º, da CF, seguiria excluindo os direitos sociais.

Por outro lado, constata-se que a viabilidade desta concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não individuais.

²⁹ Para os leitores de língua espanhola, vale consignar que o assim designado mandado de segurança (individual e coletivo) constitui espécie de “ação constitucional” (expressamente consagrada no artigo 5º, inciso LXIX, da CF) destinada a impugnar violação de direito líquido e certo por parte de ato praticado pela autoridade estatal, sem que aqui se possa adentrar o exame do conteúdo e alcance do instituto e nem a sua delimitação em face de outras ações previstas pela Constituição, como é o caso da ação de *habeas corpus*, do *habeas data*, da ação popular, do mandado de injunção, da ação civil pública. A doutrina costuma estabelecer um comparativo com o conhecido instituto do “amparo”, tão querido ao direito de matriz hispânica, o que igualmente aqui não será abordado.

³⁰ Conforme Lopes (1993, p. 182).

Mesmo se considerássemos como individuais apenas os direitos fundamentais que se caracterizam por sua função defensiva (especialmente os direitos de liberdade), concepção que corresponde à tradição no direito constitucional brasileiro, teríamos de considerar a existência, nos outros capítulos do Título II da CF, de direitos e garantias passíveis de serem equiparados aos direitos de defesa, de tal sorte que as liberdades sociais (direitos sociais como direitos negativos), como é o caso, entre outros, do direito de greve da liberdade de associação sindical, também se encontrariam ao abrigo das “cláusulas pétreas”. Também por essa razão, ainda mais à míngua de um regime jurídico diferenciado expressamente previsto na CF, não nos parece possível excluir os direitos sociais do rol das assim chamadas “cláusulas pétreas”.

No direito constitucional brasileiro, a despeito dos argumentos já colacionados, há ainda quem sustente que os direitos sociais não podem, em hipótese alguma, integrar as “cláusulas pétreas” pelo fato de não poderem (ao menos na condição de direitos a prestações) ser equiparados aos direitos de liberdade do artigo 5º, da CF. Além disso, argumenta-se que, se o constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a vedação da sua abolição, ele o teria feito, ou mencionando expressamente essa categoria de direitos no artigo 60, § 4º, inc. IV, ou, pelo menos, teria feito uma referência genérica a todos os direitos e garantias fundamentais, mas não apenas aos direitos e garantias individuais.³¹ Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos:

- a) A Constituição Brasileira, diferentemente de outras ordens constitucionais, como é o caso da já referida Constituição da República Portuguesa, não traça uma genérica e expressa diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos;
- b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa;
- c) para além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e boa parte dos direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF, o que não corresponde a uma interpretação que leve a sério o sistema constitucional no seu conjunto.

³¹ Conforme, por exemplo, Magano (1994, p. 110-111), chegando até mesmo a sustentar não apenas a possibilidade, mas inclusive a necessidade de se excluírem os direitos sociais da Constituição.

Todas essas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que se refere ao problema da abrangência do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF. Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente. Todavia, a despeito das considerações precedentes, há que se admitir que a inclusão dos direitos sociais (e demais direitos fundamentais) no rol das “cláusulas pétreas”, em especial no que diz com a sua justificação à luz do direito constitucional positivo, é questão que merece análise um pouco mais detida. Já no Preâmbulo da CF, encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça, constitui objetivo permanente do Estado Brasileiro. Além disso, não há como negligenciar o fato de que a CF consagra a ideia de que o Brasil constitui um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente quando se considera o que dispõe o artigo 1º, incisos I e IV, da CF, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana e os valores da livre iniciativa e o valor social do trabalho como “fundamentos” deste Estado, assim como o artigo 3º, incisos I a IV, da CF, em que estão elencados os objetivos fundamentais da República, com destaque para a redução da pobreza e da desigualdade.

Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado consagrada na CF, sem olvidar que tanto o princípio do Estado Social quanto os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade da ordem constitucional brasileira, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das “cláusulas pétreas” – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.³² Poder-se-á argumentar, ainda, que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, tivesse-lhes assegurado proteção jurídica diminuída.

Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados na CF (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É, em primeira linha, especialmente na perspectiva subjetiva, que o indivíduo tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (artigo 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma

³² Esta é a pertinente lição de Horta (1994, p. 14-15).

dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. Ainda que não se queira compartilhar esse entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma situação de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais. Os direitos e garantias individuais referidos no artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF, incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos).³³

Contestando tal linha argumentativa, Gustavo Costa e Silva sustenta que a “[...] dualidade entre direitos “individuais” e “sociais” nada tem a ver com a titularidade, remetendo, em verdade, à vinculação de tais direitos a diferentes estágios da formação do *ethos* do Estado constitucional” no caso – como segue argumentando o autor – na circunstância de que os direitos individuais estão vinculados ao paradigma do Estado liberal e individualista, e não ao Estado social, de cunho solidário.³⁴ Todavia, ainda que se reconheça a inteligência da crítica (o autor, de qualquer sorte, acaba reconhecendo que os direitos sociais integram os limites materiais implícitos), parece-nos que a resposta já foi fornecida, designadamente quando apontamos para o fato de que não é possível extrair da CF um regime diferenciado – no sentido de um regime jurídico próprio – entre os direitos de liberdade (direitos individuais) e os direitos sociais, mesmo que entre ambos os grupos de direitos, especialmente entre a sua dimensão negativa e positiva, existam diferenças no que diz com o seu objeto e função desempenhada na ordem jurídico-constitucional.

Outro argumento utilizado pelos que advogam uma interpretação restritiva das “cláusulas pétreas” diz com a existência de diversas posições jurídicas constantes no Título II da CF que não seriam, em verdade, merecedoras do *status* peculiar aos “verdadeiros” direitos fundamentais, razão pela qual há quem admita até mesmo a sua supressão por meio de uma emenda constitucional,³⁵ linha argumentativa que guarda ligação direta com a discussão sobre a própria fundamentalidade dos direitos sociais.

Muito embora não de modo exatamente igual, Oscar Vieira Vilhena prefere trilhar caminho similar, ao sustentar, em síntese, que apenas as cláusulas que designa de superconstitucionais (isto é, os princípios – incluindo os direitos fundamentais essenciais – que constituem a reserva de justiça constitucional de um sistema) se encontram imunes à supressão pela reforma da Constituição, não advogando, de tal sorte, a exclusão prévia de qualquer direito ou princípio do elenco

³³ Esta a posição que temos sustentado já desde a primeira edição Sarlet (1998, p. 424 e ss.).

³⁴ Conforme Silva (2000, p. 124 e ss.).

³⁵ Este é o entendimento de Ferreira Filho (1995, p. 16), que, no entanto, reconhece que o artigo 60, § 4º, inc. IV, da nossa Constituição abrange todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos individuais e coletivos do artigo 5º.

dos limites materiais.³⁶ No nosso sentir, em que pese o cunho sedutor de tal linha argumentativa,³⁷ tal tese apenas poderia prevalecer caso partíssemos da premissa de que existem direitos apenas formalmente fundamentais, e que estes, justamente por serem fundamentais em sentido meramente formal, poderiam ser suprimidos da Constituição, o que, consoante já assinalado, não corresponde à concepção majoritária (que, é preciso reconhecer, nem sempre é, por ser majoritária, a correta!) no âmbito da doutrina, de acordo com a qual tal distinção (em si já questionável) não afasta a fundamentalidade do direito e tampouco, pelo menos em termos gerais, infirma as consequências disso decorrentes. De qualquer modo, é de se questionar a possibilidade de qualquer um dos poderes constituídos, no mais das vezes o Poder Judiciário, determinada sua prerrogativa de controlar a opção dos demais órgãos estatais, decidir qual direito é, ou não, formal e materialmente fundamental, decisão esta que, em última análise, importaria em uma afronta à vontade do Poder Constituinte, que, salvo melhor juízo, detém o privilégio de deliberar sobre o que é, ou não, fundamental. Além disso, correr-se-ia o sério risco de eliminar direitos “autenticamente” fundamentais e mesmo direitos previstos no próprio artigo 5º da CF (que elenca os assim designados direitos e deveres individuais e coletivos), circunstância que deveria ser suficiente para rechaçar este tipo de argumento.

Por derradeiro, cumpre lembrar que a função precípua das assim denominadas “cláusulas pétreas” é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, nesse sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isso se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que parcial, implicaria, em boa parte dos casos, simultaneamente uma agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inc. III, da CF). Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF não nos parece ser a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocamente integram o cerne da ordem constitucional brasileira.

Feita a sustentação pelo menos sumária da tese de que os direitos sociais são também protegidos contra uma supressão (e esvaziamento) por parte do poder

³⁶ Conforme Vieira (1999, p. 222 e ss.), em que desenvolve seu pensamento, que aqui vai reproduzido em apertadíssima síntese. Registre-se, contudo, que o ilustre jurista não exclui os direitos sociais da proteção contra eventuais reformas, notadamente quando estiverem em causa os direitos sociais básicos, como os direitos à alimentação, moradia e educação, já que “[...] essenciais à realização da igualdade e da dignidade entre os cidadãos.” (VIEIRA, 1999, p. 321).

³⁷ Também nesse sentido, questionando a tese de que todos os direitos fundamentais do Título II sejam “cláusulas pétreas”, embora privilegiando uma justificativa democrático-deliberativa, o indispensável aporte de Brandão (2008). Igualmente resistente à posição de que todos os direitos fundamentais sociais possam ser considerados “cláusulas pétreas”, mas trilhando linha argumentativa em parte distinta, ver Netto (2009).

de reforma constitucional, não há como negar que uma interpretação restritiva das “cláusulas pétreas” tem por objetivo impedir uma petrificação ampla do Texto Constitucional, impedindo reformas necessárias. Tal risco (o de uma indesejável galvanização da Constituição) acabou sendo, pelo menos em termos gerais, afastado pelo próprio Constituinte Originário, ao explicitar, no § 4º do artigo 60 da CF, que apenas uma efetiva ou tendencial abolição das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte se encontra vedada, de tal sorte que, em princípio, desde que preservado o núcleo essencial do princípio ou direito fundamental em causa, não se vislumbra qualquer obstáculo à necessária adaptação às exigências de um mundo em constante transformação, temática que todavia aqui não iremos abordar.³⁸ Importa destacar que tal tese acabou sendo sufragada também pelo Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que as limitações materiais ao poder de reforma constitucional não implicam uma intangibilidade literal, visto que uma emenda constitucional pode promover alterações pontuais e mesmo estabelecer alguma restrição, desde que não seja afetado o núcleo essencial do princípio/direito atingido.³⁹ Além disso, a evolução constitucional brasileira desde 1988 tem revelado que, a despeito do grande número de reformas, a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, mesmo na esfera dos direitos sociais, não tem sido, pelo menos por ora, submetida a ataques exitosos, visto que, embora se possa falar, aqui e ali, de alguma restrição merecedora de atenção e crítica (em especial na esfera do direito à previdência social), o processo de constante reforma constitucional tem mantido íntegro o projeto original da CF de 1988, pelo menos no que diz com os direitos fundamentais sociais.

De outra parte, o reconhecimento de um regime jurídico substancialmente uniforme (especialmente no que se relaciona à abertura material, aplicabilidade direta e proteção) para a totalidade dos direitos fundamentais, revela que, entre nós, não há que falar – pelo menos no que diz com o atual estágio da evolução doutrinária e jurisprudencial no Brasil – em uma espécie de “esquizofrenia constitucional,”⁴⁰ decorrente de um tratamento diferenciado – dicotômico e mesmo conflitante – dos direitos sociais, no sentido de estarem sujeitos, de forma generalizada, a um regime jurídico distinto e menos robusto quanto aos demais direitos fundamentais, em particular os assim designados direitos civis e políticos.

³⁸ Sarlet (2008, p. 430 e ss.). Sobre o tema, adotando, nesse ponto, posição similar, ver também Brandão (2008, p. 238 e ss.), assim como Netto (2009, p. 189 e ss.).

³⁹ Conforme julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2024/DF, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

⁴⁰ Aqui estamos nos valendo da expressão utilizada por Vasco Pereira da Silva, Professor da Universidade de Lisboa, por ocasião de conferência proferida em seminário internacional sobre direitos sociais realizado sob os auspícios da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, em novembro de 2007.

4 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS EXIGÍVEIS: REVISITANDO ALGUNS ASPECTOS LIGADOS À EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, EM ESPECIAL, PELA VIA JURISDICIONAL

Embora tenhamos sustentado que também as normas definidoras de direitos sociais sejam dotadas de aplicabilidade imediata, isso não responde a uma série de outras indagações, especialmente a respeito de quais os limites da vinculação dos órgãos estatais e mesmo dos particulares aos direitos fundamentais, assim como, em relação ao problema de quais as posições jurídicas subjetivas exigíveis que podem ser diretamente extraídas da previsão constitucional de determinado direito social. É precisamente nessa esfera que se situa uma série de outras importantes e sempre atuais objeções aos direitos sociais, especialmente no que diz com a sua efetivação.⁴¹ Certamente é a assim designada “reserva do possível”, que, por sua vez, refere-se a uma série de outras “resistências” aos direitos sociais como direitos subjetivos, que tem sido o pivô da maioria das discussões, as quais vão desde a delimitação do conteúdo em si da reserva do possível, até os limites da atuação jurisdicional nessa matéria, designadamente quando esta esbarra em escassez de recursos, limitações orçamentárias e obstáculos de outra natureza.

Justamente pelo fato de os direitos sociais na sua condição (como vimos, não exclusiva!) de direitos a prestações terem por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. Já os direitos de defesa, por serem, na sua condição de direitos subjetivos, em primeira linha dirigidos a uma conduta omissiva (atuando como proibições de intervenção), são geralmente considerados destituídos desta dimensão econômica, à medida que o bem jurídico que protegem (vida, intimidade, liberdade, etc.) pode ser assegurado, na dimensão negativa ora em destaque – como direito subjetivo exigível em Juízo – independentemente das circunstâncias econômicas, ou, pelo menos, sem a alocação direta, por força de decisão judicial, de recursos econômicos para esse efeito.

De qualquer modo, é preciso que se deixe consignado, que a referida “irrelevância econômica” dos direitos de defesa (negativos) não dispensa alguns comentários e esclarecimentos mais detidos. Com efeito, já se fez menção que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição sustentada no Brasil por

⁴¹ Embora não se trate de uma relação exaustiva, vale conferir as bem lembradas objeções apresentadas e discutidas por Sampaio (2004, p. 264 e ss.).

autores como Gustavo Amaral⁴² e Flávio Galdino,⁴³ são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem, para sua tutela e promoção, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que essa circunstância não se limita nem aos direitos sociais na sua dimensão de direitos a prestações.

Apesar disso, seguimos convictos de que, para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o “fator custo” de todos os direitos fundamentais nunca constituiu um elemento, por si só e de modo eficiente, impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. É exatamente nesse sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade, naquilo que depende da possibilidade de efetivação pela via jurisdicional, não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação,⁴⁴ significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

Por outro lado, se a regra da relevância econômica dos direitos sociais na condição de direitos a prestações pode ser aceita sem maiores reservas, há que se questionar, todavia, se efetivamente todos os direitos dessa natureza apresentam dimensão econômica relevante, havendo, nesse contexto, quem sustente a existência de exceções, apontado para direitos sociais a prestações economicamente neutros (por não implicarem a alocação de recursos para sua efetivação), no sentido de que há prestações materiais condicionadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas,⁴⁵ além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis. É preciso observar, contudo, que, mesmo nas situações apontadas, ressalta uma repercussão econômica ao menos indireta, uma vez que até o já disponível resultou da alocação e aplicação de recursos, materiais, humanos ou financeiros em geral, oriundos, em regra, da receita tributária e outras formas de arrecadação do Estado.

Diretamente vinculada a essa característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é,

⁴² Conforme Amaral (2001, p. 69 e ss.).

⁴³ Conforme Galdino (2005, p. 147 e ss.).

⁴⁴ Nesse sentido também, entre outros, Silva (2008, p. 591 e ss.).

⁴⁵ Conforme Murswiek (v. 5, p. 254).

se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação.⁴⁶ Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais,⁴⁷ de tal sorte que a limitação dos recursos, segundo alguns, opera como autêntico limite fático à efetivação destes direitos.⁴⁸ Distinta (embora conexa) da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes.⁴⁹ Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém, intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude desses aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se convencionou designar de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva.⁵⁰

A utilização da expressão “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos 1970.⁵¹ De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

⁴⁶ Assim, entre nós, sem pretensão de esgotar as referências, Lopes (1994, p. 131). No mesmo sentido, ver Mendes (1993, p. 28), ressaltando que a efetividade dos direitos sociais se encontra na dependência da atual disponibilidade de recursos por parte do destinatário da pretensão. Também Krell (2000, p. 40 e ss.), aceita esta dependência dos direitos sociais prestacionais da existência de recursos para sua efetivação, sem, contudo, negar-lhes eficácia e efetividade. Sobre o tema, ver, ainda e entre tantas (como é o caso das obras de Gustavo Amaral e Flávio Galdino, já referidas, além das contribuições de Ana Paula Barcellos e Ricardo Lobo Torres sobre o tema, igualmente citadas neste artigo), a coletânea de Sarlet e Tim (2008), contendo um representativo conjunto de ensaios a respeito do tema.

⁴⁷ Conforme Brunner (1971, p. 14 e ss.).

⁴⁸ Está, entre outras, a lição de Starck (1976, p. 518).

⁴⁹ A esse respeito, ver também Brunner (1971, p. 16). Entre nós, tal dimensão cresce em relevo se considerarmos o problema da repartição de competência no âmbito do Estado Federal, e, acima de tudo, na repartição das receitas tributárias e sua afetação e aplicação, temática que aqui não há como desenvolver e da qual se tem ocupado consistente doutrina, com destaque para as recentes coletâneas sobre os Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível, organizada por Ingo Sarlet e Luciano Timm, e sobre os Direitos Sociais, coordenada por Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento, ambas já referidas.

⁵⁰ Nesse sentido, acompanhando o nosso pensamento, mas com especial atenção ao direito à saúde, ver recente contribuição de Figueiredo (2007, p. 131 e ss.). Por último, igualmente seguindo essa linha, ver Sarmento (2008, p. 569 e ss.).

⁵¹ Canotilho (1999, p. 108).

A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.⁵² Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.⁵³ Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.⁵⁴

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível, especialmente se compreendida em sentido mais amplo, apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange: a) A efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial que se refere à sua exigibilidade e, nessa quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais (por exemplo, os da igualdade e subsidiariedade), exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva de um dever de assegurar a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

⁵² Krell (2000, p. 52).

⁵³ Conforme *BVerfGE 33*, 303 (333).

⁵⁴ Esta a ponderação de Wiegand (1974, p. 657).

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais,⁵⁵ como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais.⁵⁶ A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.⁵⁷

Nesse contexto, há quem sustente que, por estar em causa uma verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos, também há de ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que, por sua vez, depende da conjuntura socioeconômica global, partindo-se, nesse sentido, da premissa de que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para esta decisão, deixando-a a cargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica.⁵⁸ É justamente por essa razão que a realização dos direitos sociais na sua condição de direitos subjetivos a prestações – de acordo com oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como sendo sempre também um autêntico problema em termos de competências constitucionais, pois, segundo averba o autor referido, “[...] ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais.”⁵⁹

Atender à problemática apresentada pelos que apontam para um “custo dos direitos” (por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível”), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais.

⁵⁵ Nesse sentido, pelo menos, a recente afirmação de Schäfer (2005, p. 67). Nas palavras do autor, a *reserva do possível* “[...] é um elemento que se integra a todos os direitos fundamentais.” Em verdade, o próprio autor – na esteira da doutrina precedente – reconhece na reserva do possível uma condicionante jurídica ou concreta à efetivação dos direitos, de tal sorte que, a despeito da contradição, resulta claro que o autor vislumbra na reserva do possível um limite fático e jurídico que incide, em princípio, em relação a todos os direitos fundamentais.

⁵⁶ Sobre os assim chamados limites imanentes dos direitos fundamentais, ver, na literatura brasileira, especialmente Pereira (2006, p. 131 e ss.), assim como Silva (2006, p. 23-52).

⁵⁷ Conforme Sarlet (2008, p. 364 e ss.).

⁵⁸ Nesse sentido, posiciona-se Andrade (1987, p. 200 e ss.).

⁵⁹ Conforme Canotilho (1982, p. 369).

Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público,⁶⁰ assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, como bem destaca Rogério Gesta Leal,⁶¹ o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados e, além disso, envolve a discussão em torno da necessidade de evitar interpretações excessivamente restritivas no que se refere à legitimação do Ministério Público e das organizações sociais para atuarem na esfera da efetivação também dos direitos sociais.⁶²

Nesse contexto, é de saudar a doutrina que, *desde que ressalvada a possibilidade de uma tutela individual*,⁶³ tem advogado um maior investimento e até mesmo uma preferência da tutela coletiva, com o intuito de reduzir os diversos efeitos colaterais (os excessos e as inconsistências dos quais nos fala Luís Roberto Barroso)⁶⁴ resultantes especialmente da litigância individual descontrolada em matéria de prestações sociais, assegurando, por essa via (da ação coletiva) um tratamento mais isonômico e racional, além de evitar ao máximo o casuísmo, a insegurança, que implicam impacto sobre o sistema de políticas públicas, nem sempre compatível com o objetivo de assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais para a maior parte das pessoas.⁶⁵

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*, mas que, ao fazê-lo, *haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade*, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo à determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes. Nesse sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que

⁶⁰ Sobre a participação democrática, e de modo geral, o controle social do orçamento público e da atuação do poder público na consecução das metas constitucionalmente fixadas, ver, entre nós e entre outros, o instigante ensaio de Scaff (1999, p. 925-941), bem como, mais recentemente, a monografia de Schier (2002).

⁶¹ Conforme Leal (2006, p. 57 e ss.), cuidando do tema à luz da teoria discursiva e da concepção de uma democracia deliberativo-procedimental de matriz habermasiana.

⁶² Sobre o tópico, designadamente a respeito da atuação do Ministério Público nesta seara, ver, entre outros, o recente estudo de Porto (2006).

⁶³ Sobre o tema, ver Sarlet (2012, p. 99-116).

⁶⁴ Conforme Barroso (2008, p. 876).

⁶⁵ No mesmo sentido, além da contribuição de Luís Roberto Barroso, já citada, os aportes de Barcellos (2008, p. 815 e ss.), Sarmiento (2008, p. 883 e ss.); Souza Neto (2008, p. 543-544); Silva (2008, p. 597 e ss.), embora este último adote posicionamento ainda mais restritivo em relação às demandas individuais.

se concordar com Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez.⁶⁶ Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e eficiência,⁶⁷ mas também os correlatos princípios (e deveres) de publicidade e transparência,⁶⁸ que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nessa discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e potencializar a efetividade dos direitos sociais.

Nesse contexto, cedida a íntima conexão dessa problemática com a discussão em torno da assim designada “reserva do possível” na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais – e não apenas dos direitos sociais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas,⁶⁹ também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente – mas não exclusivamente! – em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação destes.⁷⁰ Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como

⁶⁶ Conforme Holmes e Sunstein (1999, p. 94) e Holmes e Sunstein (1999, p. 87 e ss.), em que os autores demonstram como a escassez afeta as liberdades e discutem o papel do Poder Judiciário na imposição de encargos ao poder público notadamente no que diz com a alocação dos recursos. Entre nós, embora não se esteja aqui a aderir (assim como no caso de Holmes e Sunstein) às conclusões dos autores, vale conferir, entre tantas, as obras já referidas de Amaral (2001), e Galdino (2005), mas também, a recente coletânea organizada por Sarlet e Timm (2008), igualmente já referida.

⁶⁷ A respeito da relevância e da operatividade do princípio da eficiência no campo da efetivação de direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, ver, entre outros, Galdino (2005, p. 255 e ss.), ainda que se possa discordar do autor no que diz com alguns aspectos de sua proposta teórica, o que aqui não será objeto de desenvolvimento.

⁶⁸ Aqui assumem especial relevo os deveres de informação e o correlato direito do cidadão às prestações (informações) correspondentes, conforme apontado especialmente por Barcellos (2008) no seu artigo que integra a coletânea organizada por Sarlet e Timm (2008), igualmente já referida.

⁶⁹ Conforme a oportuna advertência de Freitas (2002, p. 211).

⁷⁰ Nesse sentido ver também, igualmente passando a trilhar essa linha de pensamento, Souza Neto (2008, p. 545).

parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações – por si só já contribui para a “produtividade” da reserva do possível,⁷¹ há que explorar outras possibilidades disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar, o seu impacto, inclusive no que diz com prestações que transcendam a garantia do mínimo existencial.

Nesse contexto, também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada (com destaque para a prestação de serviços públicos),⁷² seja aos particulares de um modo geral.⁷³ Além disso, nunca é demais recordar que a proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso (de intervenção) e de insuficiência (de proteção),⁷⁴ além de, nessa dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isso significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, em que a insuficiência de proteção e promoção⁷⁵ (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa

⁷¹ Enfatizando que não há como ignorar a contingência da limitação de recursos, mas relativizando a sua incidência no campo do mínimo existencial, além de apontar para a necessidade de priorização das destinações orçamentárias, ver, mais uma vez, Barcellos (2002, especialmente p. 236 e ss.).

⁷² Sem que aqui se possa discorrer sobre a natureza, função e mesmo o controle da prestação de serviços públicos com base nos direitos fundamentais, registra-se ser no mínimo questionável a afirmação de que, embora os serviços públicos sejam essenciais ao exercício de alguns direitos fundamentais, não há um direito de acesso aos serviços públicos, como parece afirmar (2006, p. 3.). Com efeito, considerando-se que a prestação de serviços públicos, especialmente os enquadráveis como essenciais (sendo, de qualquer sorte, discutível a existência de serviço não essencial no contexto do Estado social e democrático de Direito na sua feição atual), diz diretamente com a efetiva fruição dos direitos fundamentais na sua dupla dimensão negativa e positiva (basta recordar os exemplos da segurança pública, do acesso à justiça, do saneamento básico, do fornecimento de energia, bem como das prestações em matéria de educação e de saúde, entre tantos outros) no mínimo haveria de se reconhecer um direito fundamental a todos os serviços públicos essenciais. De todo o modo, a despeito da divergência apontada, o próprio autor referido, em seu importante e culto ensaio, não deixa de enfatizar que o “[...] fundamento último da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público é ser pressuposto da coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade dos seus cidadãos.” (ARAGÃO, 2006, p. 2).

⁷³ Sobre o tema, especialmente no que diz com os direitos fundamentais sociais, ver Especialmente, Sarmiento (2003, p. 332 e ss.), e, por último, Sarlet (2007, p. 90 e ss.).

⁷⁴ Sobre o ponto, ver especialmente, entre outros no âmbito da doutrina estrangeira, Canaris (2003, p. 119 e ss.), e, entre nós, Sarlet, (2004, p. 60-122); Streck, (2004, p. 243-284); e, mais recentemente, Feldens (2005, p. 107 e ss.), bem como Feldens (2008).

⁷⁵ No que diz com a terminologia adotada (que, no nosso caso, é a de proibição de insuficiência), são várias as opções disponíveis na literatura, como atendem as contribuições de Canotilho (1999, p. 267 e ss.). (proibição por defeito, entre nós adotada por Streck (2004, p. 243 e ss.). que fala em proteção deficiente, e Freitas (2004, p. 38 e ss.) (proibição de inoperância), não sendo o nosso intento adentrar aqui a discussão em torno do tópico.

impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. No que diz com a evolução jurisprudencial, convém anotar que essa dupla dimensão (ou perspectiva) da proporcionalidade já tem sido objeto de referência pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro em matéria de direitos sociais, embora, nesse particular (da aplicação da proibição de proteção insuficiente), ainda não tenhamos uma elaboração mais desenvolvida.⁷⁶

Nessa perspectiva, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial, que volta a assumir um lugar de destaque também nesta seara, embora não se possa aqui desenvolver mais tais aspectos.⁷⁷ Além do mais, convém destacar que aqui se revela possível a aplicação – cautelosa – de algumas das propostas oriundas da assim chamada análise econômica do Direito (ou Direito e Economia), precisamente no controle da observância dos critérios da proporcionalidade na sua dupla dimensão, em que não se pode mais justificar, até para que se possa responder às críticas endereçadas ao mau uso do princípio, a ausência de preocupação, registrada em muitas decisões judiciais, com as consequências do provimento jurisdicional, como se tais efeitos não pudessem, por sua vez, atingir direitos de terceiros e do próprio titular da demanda. Com efeito, aferir a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não dispensa considerações vinculadas à realidade – análise do impacto sobre o sistema de políticas públicas, por exemplo – e não se faz apenas no âmbito de uma análise “estritamente jurídica”, como se fosse possível, ainda mais nesse plano, desvincular questões de fato e de Direito.

Outra possibilidade, já referida, diz com o controle (que abrange o dever de aperfeiçoamento, resultante dos deveres de proteção) judicial das opções

⁷⁶ Conforme, nesse sentido, o julgamento da Suspensão de Liminar n. 228-7, Ceará (Ministro Gilmar Mendes), de 14 de outubro de 2008, versando sobre a manutenção de decisão das instâncias inferiores que obrigaram o Poder Público a iniciar as ações tendentes à instalação de 10 novos leitos de Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) para adultos.

⁷⁷ Sobre o tema, ver, entre nós, também as referências de Leivas (2006, p. 76), destacando que os órgãos estatais estão obrigados a alcançar limites mínimos de satisfação dos direitos sociais, bem como, mais recentemente, Rothenburg (2009, p. 309 e ss.), bem consignando que se cuida, nesse contexto, não de “[...] uma técnica focada no controle das restrições a direitos, mas uma técnica focada no controle da promoção de direitos.” (ROTHENBURG, 2009, p. 310).

orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral⁷⁸ (inclusive da que dispõe sobre a responsabilidade fiscal), já que com isso se poderá, também, minimizar os efeitos da reserva do possível, notadamente no que diz com sua componente jurídica, considerando a possibilidade (ainda que manuseada com saudável e necessária cautela) de redirecionar recursos (ou mesmo suplementá-los) no âmbito dos recursos disponíveis, e, importa frisar, disponibilizáveis. Com efeito, o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção nesse plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais⁷⁹ e, o que é mais grave, prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais. 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*, 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.”⁸⁰ Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem “governa” – pelo menos em um Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos se impõe o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.⁸¹ Nesta seara, embora já se tenham verificado expressivos avanços,

⁷⁸ Consigna-se que, a despeito da correta observação de Scaff (2005, p. 225), no sentido de que embora tenhamos, na esteira de Alexy, de há muito sustentada a aplicação de um modelo de ponderação na solução concreta dos problemas envolvendo a eficácia e a efetividade dos direitos sociais (não apenas, mas com ênfase no mínimo existencial) não tenha, por outro lado, o primeiro autor explorado a questão financeiro-orçamentária, isso não significa que tal aspecto não esteja presente nas digressões tecidas no que diz com eficácia dos direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que se cuida de aspectos inerentes à problemática da reserva do possível (notadamente na sua dimensão jurídica) e de questões envolvendo o custo dos direitos de um modo geral. Que decisões tomadas em casos concretos – mediante a adequada ponderação – fatalmente, pelo menos em diversas ocasiões – resultam diretamente em afetação do orçamento e das finanças públicas sempre foi evidente, o que não significa – como ora se volta a enfatizar – que não seja o caso de resgatar, ainda que em parte, uma lacuna em termos de maior desenvolvimento desse tópico, que, todavia, reclama – em virtude da miríade de aspectos que suscita – um enfrentamento mais privilegiado do que aqui seria possível, pelo menos nesse momento, empreender. Tem razão o autor, todavia, ao sustentar a absoluta necessidade de se investir no aprofundamento da análise sobre a questão do financiamento dos direitos, assim como dos aspectos relativos ao controle da destinação e desvinculação constitucionalmente ilegítima das vinculações orçamentárias (as presentes considerações foram extraídas basicamente de (Sarlet, 2008, p. 383).

⁷⁹ Leal (2005, p. 157 e ss.) bem lembra a existência de políticas públicas constitucionais vinculantes.

⁸⁰ Conforme Grau (2005, p. 125).

⁸¹ Sobre os limites da discricionariedade administrativa na base da Constituição e dos Direitos Fundamentais, para além do já clássico aporte de Mello (2007), ver, em especial, os recentes desenvolvimentos de Krell

seja em termos doutrinários, seja no plano jurisprudencial, há que seguir investindo significativamente.

Além disso, o eventual impacto da reserva do possível certamente poderá ser, se não completamente neutralizado, pelo menos minimizado, mediante o controle (também jurisdicional!) das decisões políticas acerca da alocação de recursos, inclusive no que diz com a transparência das decisões e com a viabilização do controle social sobre a aplicação dos recursos alocados no âmbito do processo político.⁸² Uma vez que a possibilidade de satisfação dos direitos reconhecidos pela Constituição (e também na esfera da legislação infraconstitucional) guarda vinculação com escolhas estratégicas sobre qual a melhor forma de aplicar os recursos públicos, como recordam Holmes e Sunstein, há, de fato, boas razões de ordem democrática a indicarem que as decisões sobre quais direitos efetivar (assim como sobre em que medida se deve fazê-lo!) devam ser feitas do modo mais aberto possível e com a garantia dos níveis mais efetivos de informação da população, destinatária por excelência das razões e justificativas que devem sustentar as decisões tanto dos agentes políticos em geral quanto dos juízes.⁸³ De outra parte, não se deve olvidar que uma série de garantias constitucionais, como é o caso da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV, da CF) viabiliza o acesso ao Judiciário, sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a direito, sem que se possa excluir qualquer direito, e, em princípio, qualquer tipo de ameaça de lesão ou lesão, ainda que veiculada por meio de “políticas públicas”, seja decorrente da falta destas.⁸⁴

De outra banda, conectado com a reserva do possível e com a distribuição das competências no campo do sistema estatal, de um modo geral no que diz com os deveres prestacionais vinculados aos direitos fundamentais, importa mencionar o papel do princípio da subsidiariedade, cuja operatividade transcende a sua já tradicional importância no âmbito do sistema federativo, ainda mais quando conectado ao princípio (e dever!) de solidariedade e à própria dignidade da pessoa humana. Sem que se possa também quanto a esse ponto aprofundar o debate, há

(2004), Binenbojm (2006, especialmente p. 193 e ss.), bem como, por último, Freitas (2007).

⁸² Nesse sentido, conferir Comparato (2003, p. 256-257). Bem destacando e desenvolvendo diversas das questões vinculadas ao controle de políticas públicas e o problema do controle das normas orçamentárias, vale conferir o ensaio de Barcellos (2006, p. 17-54).

⁸³ Segue texto original em inglês no qual embasamos, com ajustes, o nosso entendimento: “*Because rights result from strategic choices about how best to deploy public resources, there are good democratic reasons why decisions about which rights to protect, and to what degree, should be made in as open a manner as possible by a citizenry as informed as possible, to whom political officials, including judges, must address their reasonings and justifications.*” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 227).

⁸⁴ Por evidente que a temática do controle jurisdicional das políticas públicas aqui não será desenvolvida de forma autônoma, a não ser de modo indireto, já que vinculado a uma série de questões centrais para este ensaio. Assim, para o devido aprofundamento, remetemos o leitor, entre outros, às monografias de Appio (2004); Bucci (2006); Jorge Neto (2008), bem como, por último, França (2012).

que se recordar – de acordo com a precisa e oportuna lição de Jörg Neuner – que o princípio da subsidiariedade assume, em uma feição positiva, o significado de uma imposição de auxílio e, em uma acepção negativa, a necessária observância, por parte do Estado, das peculiaridades das unidades sociais inferiores, não podendo atrair para si as competências originárias daquelas.⁸⁵ Nesse sentido, ainda na esteira de Neuner, o princípio da subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma “primazia da autorresponsabilidade”, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família.⁸⁶

Já à luz dessas sumárias considerações e a despeito de toda a controvérsia em torno do significado do princípio da subsidiariedade, vislumbra-se aqui a premente necessidade de valorizar a sua operatividade, designadamente no campo da distribuição de encargos no âmbito da efetivação de padrões mínimos de justiça social entre os órgãos estatais e a sociedade, o que não significa necessariamente aderir a uma fundamentação prevalentemente liberal dos direitos fundamentais e muito menos implicar uma cogente redução dos direitos sociais (especialmente na sua dimensão positiva) à subsidiariedade, questões que aqui não poderão ser enfrentadas. De outra parte, o princípio (e dever) da subsidiariedade, compreendido (também) no sentido de uma exigência do exercício efetivo da autonomia e da cobrança de pelo menos uma corresponsabilidade pessoal (que, por óbvio, deverá observar os critérios da proporcionalidade e atender às circunstâncias pessoais) acaba por atuar inclusive na compreensão do próprio conteúdo e significado do princípio da dignidade da pessoa humana, temática que por si só já demandaria uma investigação específica e que, de resto, guarda conexão com o princípio da solidariedade. Apenas para ilustrar as possíveis aplicações na esfera dos direitos sociais, há que referir o exemplo da possibilidade de impor, em determinadas circunstâncias, até mesmo a cobrança de taxas (proporcionais e que considerem as reais condições do usuário) na esfera do sistema público de saúde, no âmbito de uma leitura harmonizada do princípio da universalidade e da subsidiariedade, como já havíamos sugerido.⁸⁷ Igualmente a exigência de demonstração da efetiva necessidade (hipossuficiência) por parte do autor das demandas judiciais, também já referida em outra oportunidade, há que ser levada a sério no controle judicial dos pleitos, especialmente quando individuais.⁸⁸

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável autolimitação funcional (do assim designado *judicial self-restraint*), que evidentemente deve estar sempre em sintonia com a sua necessária e já afirmada legitimação para atuar, de modo proativo, no controle dos

⁸⁵ Conforme Neuner (2005, p. 254-255).

⁸⁶ Conforme Neuner (2005, p. 255).

⁸⁷ Conforme Sarlet e Figueiredo (2007, p. 201 e ss.).

⁸⁸ Conforme novamente, Sarlet e Figueiredo (2007, p. 201 e ss.).

atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais.⁸⁹ Que a atuação dos órgãos jurisdicionais – sempre provocada – não apenas não dispensa, como inclusive exige uma contribuição efetiva dos demais atores políticos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das Agências Reguladoras, dos Tribunais de Contas, das organizações sociais de um modo geral, bem como dos cidadãos individualmente considerados, resulta evidente, mas nem sempre corresponde a uma prática institucional efetiva nesta seara. Da mesma forma, imprescindível, como bem aponta relevante doutrina, maior investimento na análise do perfil (e da capacidade) institucional do Poder Judiciário na esfera da promoção da justiça social e, portanto, a importância de se instaurar um autêntico diálogo interinstitucional,⁹⁰ que, por sua vez, passa pelo respeito ao princípio e correspondente dever de cooperação. Também nesse contexto assumem relevo os princípios da moralidade e probidade da administração pública, de tal sorte que – mesmo sem desenvolver o ponto – é possível afirmar que a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão defensiva e prestacional, depende, em parte significativa (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (e portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração.

Ainda em relação à objeção da escassez de recursos, consideramos oportuna a referência ao pensamento de Jorge Reis Novais⁹¹ ao afirmar que a reserva do possível (antes de atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, importa acrescentar!) deve vigor como um mandado de otimização da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já atingidos, o que, por sua vez, aponta para a necessidade do reconhecimento de uma proibição do retrocesso, ainda mais naquilo que se está a preservar o mínimo existencial e/ou o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais.⁹²

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: ALGUNS DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Apesar dos inúmeros aspectos a serem inventariados e discutidos e mesmo considerando o caráter incompleto e sumário da nossa análise, a evolução

⁸⁹ Sobre o tema, ver a imprescindível contribuição de Mello (2004).

⁹⁰ Nesse sentido, ver, em especial, discorrendo sobre a ótica da promoção da justiça distributiva por meio da atuação do Poder Judiciário, Lopes (2006, p. 185 e ss.), bem como, Binenbojm e Cyrino (2008, p. 997 e ss.), chegando a apontar para uma “virada institucional”. Na mesma linha e contidos na mesma obra coletiva, ver, ainda, os já referidos aportes de Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto.

⁹¹ Novais (2004, p. 295).

⁹² Sobre a proteção contra um retrocesso ver Sarlet (2008, p. 442 e ss.), a coletânea de Courtis (2006), Derbli (2007); bem como, por último, Pinto e Netto (2011).

constitucional desde outubro de 1988 revela que, tanto na seara doutrinária quanto jurisprudencial, apesar de algumas posições dissonantes, verifica-se, em termos gerais, a construção de uma dogmática e prática jurisdicional comprometida com os direitos sociais fundamentais e com a garantia de um regime jurídico-constitucional compatível.

Tal fenômeno ocorre tanto no que se refere ao reconhecimento em si da condição de verdadeiros direitos fundamentais aos direitos sociais (pelo menos dos assim designados direitos sociais básicos, ligados ao mínimo existencial, em que parece existir um consenso), quanto na superação, pelo menos em boa parte, das principais objeções que lhes são direcionadas, seja no que diz com a sua constitucionalização, seja no concernente à sua condição de direitos exigíveis. Com efeito, os direitos sociais não apenas têm sido considerados como dignos de tutela contra intervenções ilegítimas por parte dos poderes públicos e dos particulares, mas também constantemente tratados como direitos subjetivos, e, como tal, judicialmente exigíveis, ainda que se possa controverter a respeito de eventuais excessos aqui ou acolá, bem como estejam a aumentar em número os que questionam a legitimidade do Poder Judiciário para impor, em face dos demais órgãos estatais, os direitos sociais na sua dimensão positiva.

Se, por outro lado, é preciso reconhecer que a previsão de direitos sociais na Constituição, nem mesmo quando lhes é garantido um regime jurídico qualificado, não é, por si só, suficiente para assegurar a todos os brasileiros uma vida digna, a fase inaugurada com a atual Carta Magna tem demonstrado que a tutela constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais tem sido um fato relevante tanto como pauta permanente de reivindicações na esfera das políticas públicas quanto como poderoso instrumento para, na ausência ou insuficiência daquelas, ou mesmo pela falta de cumprimento das próprias políticas públicas, propiciar o assim designado “empoderamento” do cidadão individual e coletivamente considerado para uma ação concreta, ainda que nem sempre idealmente efetiva e muitas vezes mais simbólica. Nessa perspectiva, o fato de os direitos sociais serem considerados autênticos direitos fundamentais e, como tais, levados a sério também na sua condição de direitos subjetivos, tem também servido para imprimir à noção de cidadania um novo contorno e conteúdo, potencialmente mais inclusivo e solidário, o que por si só já justificaria todo o esforço em prol dos direitos sociais e nos serve de alento para seguirmos aderindo ao bom combate às objeções manifestamente infundadas que lhes seguem sendo direcionadas.

De outra parte, como já apontado em diversas passagens do texto, embora sem a pretensão de uma sistematização, percebe-se uma tendência de superação dos extremismos que marcaram a evolução constitucional brasileira na esfera da eficácia e efetividade dos direitos sociais. Entre a negação de sua normatividade (considerando-os como sendo previstos em normas destituídas de aplicabilidade direta) e a tendência de, em nome dos direitos sociais (e o caso do direito à saúde se revela emblemático)

se assegurar praticamente tudo o que for reclamado pela via judicial, verifica-se, atualmente, embora ainda com maior ênfase na doutrina, a busca de um equilíbrio possível, apostando em critérios racionais e razoáveis, que efetivamente possam balizar uma efetividade maior para um maior número de pessoas.

Com efeito, o reconhecimento de que os direitos sociais constituem direitos exigíveis, não transforma o Poder Judiciário no agente privilegiado do processo, pois não poderá substituir uma ampla e coerente política dos direitos fundamentais (e não apenas dos direitos sociais), e, por mais que seja correta e deva ser endossada, não pode, por seu turno, conduzir ao afastamento dos direitos sociais do crivo dos Tribunais. O que há de ser discutida e melhor equacionado, é a forma pela qual há de atuar o Poder Judiciário, visto que este – assim como seus órgãos e agentes – também se acha vinculado diretamente pelos deveres de proteção dos direitos fundamentais. Da mesma forma, como foi objeto de várias contribuições citadas neste trabalho, há que apostar mais no estudo do papel do Poder Legislativo e do Poder Executivo, assim como nos mecanismos de aperfeiçoamento do controle social em relação às políticas públicas.

Assim, há como afirmar que um dos principais desafios com os quais nos deparamos atualmente é o de resgatar as boas (pois nem todas talvez o sejam!) promessas da modernidade, entre as quais assume papel de destaque a institucionalização e a permanente “atualidade dos direitos sociais”⁹³, contribuindo para que também as instituições do Estado Democrático de Direito consagrado pela CF, possam, antes tarde do que nunca, tornar efetivas tais promessas, especialmente naquilo que estas dizem respeito à implantação de níveis suficientes de justiça social, em outras palavras, à garantia de uma existência digna (uma vida com qualidade) para todos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004.
- ÁTRIA, Fernando. Existem Direitos Sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁹³ Sobre o tópico, ver as ponderações de Moraes (1996, p. 181 e ss.).

BARCELLOS, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, n. 3, p. 17-54, jul./set. 2006.

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta da efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENMBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. O direito à moradia e à penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação. Limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BINENMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRUNNER, Georg. Die problematik der sozialen grundrechte. *Recht und staat*. Nr. 404-405, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1971, p. 14 e ss.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

_____. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CATTONI, Marcelo (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CLÉVE, Clémerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 4, p. 295.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, culturais e sociais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) debate. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos Direitos Fundamentais. Conceitos básicos. *Caderno de Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, ano 5, n. 2, p. 22, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direitos fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 2, p. 16, 1995.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FRANÇA, Phillips Gil. *O controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

Ingo Wolfgang Sarlet

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A interpretação sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O controle dos atos administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria do Custo dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: RT, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Realismo e utopia constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HESSE, Konrad. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik. Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Muller, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

HORTA, Raul Machado. Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 78-79, p. 14-15, 1994.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas. Concretizando democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Padivm, 2008.

KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada – construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. O controle jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Direitos sociais. Teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: RT, 1993.

MAGANO, Otávio Bueno. Revisão Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 7, p. 110-111, 1994.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Direitos prestacionais, concepções de Direitos Fundamentais e Modelos de Estado. In: MELLO, Celso Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir.). *Arquivo de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 7.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 3, p. 28, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *Do Direito Social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

Ingo Wolfgang Sarlet

MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Org.). *Handbuch des staatsrechts der bundesrepublik Deutschland*, v. 5, p. 254.

NABAIS, José Casalta. Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 400, p. 21 e ss., 1990.

NETTO, Luiza Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009.

NEUNER, Jörg. Los Derechos Humanos Sociales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, p. 254-255, 2005.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVAES, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PETER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: RT, 1995.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Direitos fundamentais sociais. *Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: uma crítica a “Existem Direitos Sociais?” de Fernando Átria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROTHENBURG, Claudius. A força simbólica dos Direitos Humanos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

_____. Princípio da proporcionalidade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Elsevier, 2009.

SAMPAIO, José Adércio. *Direitos fundamentais. Retórica e Historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário*. São Paulo: Elsevier, 2012.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

_____. *Die problematik der sozialen Grundrechte en der brasilianischen verfassung und im deutschen Grundgesetz – eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Frankfurt: Peter Lang, 1997.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 61, p. 90 e ss., jan./mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 1, n. 1, p. 201 e ss., out./dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: _____. (Org.). *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso Albuquerque (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 4.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros éticos e jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Controle público e social da atividade econômica. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 17., 1999, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro, 1999.

_____. Reserva do possível. Mínimo existencial e Direitos Humanos. *Revista Interesse Público*, n. 32, p. 225, 2005.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 121, p. 80, 1994.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, p. 23-52, out./dez. 2006.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *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.

STARK, Christian. Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen? *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976.

STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 2, p. 243-284, 2004.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WIEGANG, Dietrich. *Sozialstaatsklausel und soziale teilhaberechte*. DVBL, 1974.



ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGURIDADE SOCIAL: O ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL¹

Carlos Luiz Strapazzon*

1 INTRODUÇÃO

As *expectativas*, normalmente, são dadas como externas ao direito. Isso quer dizer que essa categoria tem sido muito aproveitada no desenvolvimento de análises sociológicas do direito, mais até do que no desenvolvimento da dogmática jurídica ou da teoria geral do direito. Há importantes exceções a essa regra geral. Vários ramos especializados do direito vêm reconhecendo a natureza de direito subjetivo a certos tipos de *expectativas*, identificadas como *legítimas expectativas*. Assim ocorre no direito civil, no direito do consumidor, sobretudo. Mas não é só. O direito constitucional pós-1988 passou a proteger expectativas normativas de forma diferenciada. Em razão disso, atualmente, nenhuma teoria da eficácia dos direitos fundamentais pode ser desenvolvida sem um adequado tratamento do sentido e do alcance da proteção de direitos fundamentais em face de omissões legislativas inconstitucionais.

Este trabalho é, em parte, um esforço para seguir revisando a funcionalidade da noção de *expectativa* de direito no âmbito dos direitos fundamentais. Essa é a primeira parte do estudo. Esse objetivo, já iniciado em outros trabalhos, assume como pressuposto que para fazer progredir as soluções que enfrentam o problema das omissões inconstitucionais que afetam direitos fundamentais será preciso superar os preconceitos quanto ao papel e à função da jurisdição constitucional em face das expectativas jurídicas geradas por direitos fundamentais. Na primeira parte deste trabalho, para tanto, será apresentada uma revisão teórica e uma revisão da aplicação desse conceito de expectativa, em vários ramos especializados da jurisprudência.

A segunda parte do estudo tem um objeto específico e concreto: as razões para a criação da Desvinculação de Receitas da União, a DRU. Nesse tópico

* Pós-doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor-pesquisador da Universidade do Oeste de Santa Catarina; carlos.strapazzon@unoesc.edu.br

¹ Este artigo é a versão revisada e ampliada, de um paper para discussão apresentado no II Simpósio Internacional “Dimensões Materiais e eficácia dos direitos Fundamentais”, promovido pela Universidade do Oeste de Santa Catarina Chapecó, realizado em 30 de março de 2012, e posteriormente, no CONPEDI-UFU, Uberlândia, 2012. Agradecemos a todos os participantes dos Seminários, em especial aos professores Crísthian Magnus de Marco e Gerson L. C. Branco pelas generosas críticas e sugestões relativas à teoria dos direitos fundamentais e à teoria das legítimas expectativas. A elaboração deste artigo somente foi possível graças ao apoio institucional da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

serão analisadas as razões eleitas pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecer a compatibilidade constitucional da medida e também as razões oferecidas pelo Congresso Nacional para instituí-la e reeditá-la sucessivamente. Interessa discutir, nessa segunda parte, o modo como essas instituições decidiram proteger expectativas de financiamento de direitos fundamentais densamente prestacionais, como são, em grande medida, os direitos sociais de seguridade social.

A metodologia adotada é a de revisão teórica e de análise de casos. A base teórica é a teoria dos direitos fundamentais, com ênfase especial ao conceito de âmbito de proteção dos direitos fundamentais. A tese principal é que a natureza imperativa das expectativas jurídicas criadas por direitos fundamentais torna-as sobreproporcionalmente resistentes a medidas restritivas, somente cabíveis diante de densa fundamentação constitucional que evidencie uma correta ponderação de bens constitucionais colidentes.

2 A SEGURIDADE SOCIAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

A *seguridade social* é uma outra face do direito fundamental à *segurança*; está associada à genética do paradigma do *Estado de bem-estar* e é um símbolo inconfundível da terceira geração de direitos fundamentais.

O Estado de bem-estar social é um produtor de políticas sociais que, por sua vez, são formas de intervenção estatal que afetam diretamente a dinâmica liberal de proteção de liberdades individuais e de direitos civis. Essas políticas intervencionistas existem para promover redistribuição de riqueza, estimular a produção econômica e a segurança coletiva. Afetam, assim, o sistema econômico, o bem-estar social, as instituições sociais e as relações interpessoais. As políticas sociais típicas de Estado de bem estar podem ser vistas como aliadas da política econômica na realização dos objetivos coletivos.

Há, no entanto, importantes críticas contra essa última conclusão. Algumas delas têm matiz acentuadamente ideológico, outras têm base na teoria econômica. As primeiras associam os princípios da solidariedade e da universalidade, que fundamentam o conjunto dos direitos e das políticas intervencionistas do *welfare state*, ao avanço da estratégia comunista.² As segundas são estruturadas em argumentos de eficiência econômica³ e procuram evidenciar que os gastos públicos com políticas de proteção social resultam em catastróficas inconsistências sistêmicas, como a inflação e a perda de competitividade econômica que pioram, no fim, as condições gerais de vida da população-alvo das políticas sociais. Há outras críticas baseadas em questões morais que procuram salientar que a moral cívica resultante do *welfare state* é *geradora*

² Goldwater (2007).

³ Friedman (1962) e Grilder (1982).

de dependência. Muitos autores trataram dos processos políticos como um *caminho para a dependência*,⁴ mas há críticas específicas dirigidas aos programas do *welfare state* como soluções que estimulam as pessoas a ficar em casa, em vez de atuarem no mercado de trabalho, e de se tornarem produtivas.⁵ É como se os programas de seguridade social estimulassem uma cidadania dependente do Estado.

Mesmo diante desses, e de outros discursos críticos, a maioria dos quais oriundos do pensamento liberal ou conservador,⁶ e outros tantos advindos até do pensamento progressista,⁷ as políticas sociais ainda são utilizadas como forma de prestação direta de bem-estar pelo Estado e são consideradas, em muitos círculos especializados, como fundamentais para proteger a própria dinâmica de acumulação do sistema capitalista. Mas não só; os fundamentos morais das políticas de seguridade também têm sido ressaltados: a proteção da riqueza adquirida pelo mérito (tradição liberal) tendo a necessidade moral de ser conciliada pela proteção daqueles que portam necessidades especiais de proteção. Daí porque as políticas de seguridade social são programas de saúde, ajudas financeiras diretas a indivíduos ou a famílias, intervenções regulatórias redistributivas que vão de reformas fundiárias a tributação progressiva, além de variadas modalidades de prestação direta de bens (moradia, alimentos, educação etc.).⁸

Ampliar os horizontes da efetividade dos direitos humanos inscritos no sistema internacional é tarefa que exige o enfrentamento prudente dessas críticas ideológicas, econômicas e morais, bem como a formulação de juízos corretos sobre a importância e a função do bom funcionamento do sistema de seguridade social. É por isso que o esforço para integrar os direitos de seguridade social à categoria dos direitos fundamentais exige, por um lado, reformulação da agenda e das estruturas responsáveis pelas políticas sociais convencionais para lhes oferecer sustentabilidade.⁹ Exige também revisões conceituais na teoria jurídica dos direitos de *welfare state*. A teoria dos direitos fundamentais precisa evoluir para uma concepção integradora. As políticas públicas precisam alcançar uma capacidade de ação que lhes conceda condições de integrar políticas sociais e política de desenvolvimento econômico; liberdades individuais, direito civil e direitos sociais.

Se a visão integradora dos direitos fundamentais é uma exigência da cultura atual dos direitos humanos, ainda assim as políticas sociais diferem das

⁴ Lipset e Rokkan (1967).

⁵ Wilson (1985).

⁶ A eficácia dos direitos fundamentais sociais enfrentam um amplo conjunto de objeções, como as orçamentárias (reserva do possível), as regulativas (necessidade de intermediação legislativa), as representativas (o legislativo com *locus* da inovação), as programáticas (de quem é a competência para estabelecer políticas públicas) e coletivistas (o indivíduo não é o destinatário natural de direitos sociais); sobre as objeções, ver Michelman (2003).

⁷ Esping-Andersen (2001).

⁸ Unriss (2006).

⁹ Esping-Andersen, Hemerijck e Duncan Gallie (2001).

políticas econômicas e as liberdades e direitos civis também diferem dos direitos sociais. A experiência dos últimos 60 anos mostra, contudo, que a teoria dos direitos fundamentais tem se dedicado a identificar diferenças mais do que identidades entre ambas.¹⁰ Superar essa visão fragmentada é uma condição que se impõe à teoria dos direitos sociais fundamentais.¹¹ Políticas sociais e direitos fundamentais sociais devem ser vistos, não por contraste em face das liberdades políticas e econômicas, mas como evolução do sentido e do alcance das liberdades fundamentais clássicas. Isso esclarece em que medida a boa organização e gestão do sistema de seguridade social está diretamente relacionada com a proteção das liberdades, em um sentido forte.

O sentido tradicional das liberdades é de que são direitos de defesa contra intervenções abusivas do Estado ou de terceiros. Todavia, o sentido forte é o de que um regime de liberdades é aquele que protege a cidadania contra todas as práticas sociais arbitrárias. As formulações conceituais atreladas aos direitos de segurança social promoveram, justamente por isso, importantes alterações na concepção do Estado de Direito enquanto sistema de proteção contra *riscos e arbitrariedades*.

Se no paradigma liberal — paradigma em que o núcleo axiológico dos direitos fundamentais era a *liberdade individual no sentido de defesa contra intervenções abusivas do Estado* — os *riscos e arbitrariedades* que ameaçavam liberdades e direitos tinham origem nas relações civis e no poder de *imperium* do Estado, no paradigma do bem-estar social — paradigma em que o núcleo axiológico dos direitos fundamentais se desloca para a *dignidade da pessoa humana* — *riscos e arbitrariedades* que ameaçam liberdades e direitos também podem ter origem em circunstâncias existenciais, como a origem social, as condições de saúde, as relações econômicas. Isso significa que o paradigma do Estado de bem-estar social reconhece que não apenas normas jurídicas, mas também riscos e arbitrariedades *não normativas* podem ser causas de restrições ou de violações à dignidade da pessoa humana.

Assim, os bens jurídicos protegidos pela seguridade social passaram à condição de direitos fundamentais sem se tornar direitos *conservadores*. Diferente dos direitos de liberdade, mas semelhante à maior parte dos direitos sociais,¹² os

¹⁰ Konkar (2009).

¹¹ Piovesan (2004) e Müller (2009).

¹² É preciso dizer que os direitos sociais são, *em sua maioria*, direitos prestacionais, pois nem todos têm essa natureza. Isto é, nem todos os direitos sociais são direitos sociais porque impõem, a terceiros, um dever de dar ou fazer. Há direitos sociais que têm natureza de *liberdade negativa*, por isso impõem o dever a terceiros de não intervir nas escolhas privadas do titular do direito. É o que se passa com a liberdade de ação concedida ao empregado durante suas férias, feriados, licenças e repousos laborais. Durante esses períodos o empregado mantém sua relação contratual, como se estivesse trabalhando, mas o empregador não tem o direito de exercer sobre ele a direção da atividade econômica. O bem jurídico protegido pelo direito social, nesse caso, é a liberdade de ação individual. Noutros casos o direito social pode proteger uma *liberdade positiva*, um certo tipo de ação do titular do direito social. O dever imposto a terceiros é, novamente, o de *não intervir na ação protegida do titular*. Isso ocorre, por exemplo, com o direito de fazer

direitos de seguridade social assumiram a forma de vínculos que obrigam o Estado e a sociedade a prestar serviços destinados *a modificar o status quo* dos sujeitos por eles protegidos. São mandamentos para que, na maior medida possível, sejam executadas políticas sociais orientadas para a promoção da dignidade, da equidade social e da proteção das pessoas contra riscos e vulnerabilidades humanas e sociais (condições de saúde e consequências de uma economia de mercado incerta).

Pode-se dizer, então, que a *seguridade social* é um bem jurídico derivado do paradigma liberal da segurança individual, mas produto do paradigma jurídico em que a dignidade da pessoa humana assume a condição de núcleo axiológico do sistema internacional de direitos. A seguridade social é, assim, resultado de uma nova e mais desenvolvida *concepção de segurança jurídica*. *Seu propósito é proteger expectativas de adequado desenvolvimento humano, contra riscos e arbitrariedades do sistema econômico e social, por meio de soluções solidárias de fomento à igual liberdade de todos.*¹³

No Brasil, não somente por razões lógicas, mas também por direito formalmente estabelecido, a *segurança social* deve ser entendida com uma das faces do direito fundamental à segurança. Para justificar essa afirmação, será analisado como o Brasil está formalmente vinculado a proteger direitos de seguridade social, quer por tratados de direitos humanos, quer por via do direito constitucional brasileiro.¹⁴

3 A SEGURIDADE SOCIAL E OS DIREITOS HUMANOS

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou, em 1952,¹⁵ a Convenção n. 102, denominada *Convenção concernente às normas mínimas para a Seguridade Social, 1952*. Essa Convenção é o mais importante instrumento

greve e de organização sindical. O bem jurídico protegido pelo direito social, nesse caso, é uma específica forma pública de ação do titular do direito em defesa de seus interesses. Há também direitos sociais proibitivos. Eles não protegem um certo tipo de ação do titular do direito, tampouco uma liberdade individual. Simplesmente impõem, a terceiros, um dever de não fazer, isto é, de não *agir de certa maneira*. Vejam-se as muitas formas de proibições trabalhistas impostas aos empregadores: proibição de criar diferença salarial, de discriminar portadores de necessidades especiais, de ofertar trabalho noturno para mulher, etc. Nesses casos, os direitos sociais são direitos negativos porque são garantias de não opressão. Há também direitos sociais semelhantes aos direitos proibitivos, mas que são simples direitos de *não retrocesso de status*. Nessa situação está, por exemplo, o direito social de irredutibilidade salarial.

¹³ Desse modo porque a seguridade social, no Brasil, existe para fazer frente à exclusão social, às desigualdades excessivas, ao egoísmo social e às condições intoleráveis de exploração econômica. Ver CRFB, Art. 1º, IV, Art. 3º, III, Art. 5º, XXIII, Art. 6º a 10, Art. 21, IX, Art. 23, X, Art. 34, VII, e; Art. 129, Art. 150, VI, c; Art. 167, XI, Art. 170, caput, III, VI, Art. 193, Art. 194 e 194, I, Art. 195, Art. 196, Art. 197, Art. 198, Art. 201, Art. 203, Art. 212; Art. 79 e 82 do ADCT.

¹⁴ Ver os seguintes dispositivos constitucionais: Arts. 1º, III; 4º, II; 5º §§ 2º e 3º; 17, caput; 34, VII, b, 109, V-A; 109, § 5º, 7º, do ADCT.

¹⁵ A Convenção n. 102 foi aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, em 04 de junho de 1952. Entrou em vigor no plano internacional em 27 de abril de 1955.

internacional a reconhecer direitos de seguridade social. É um instrumento que, como objeto de investigação científica, tem um valor inestimável, pois dimensiona *bens jurídicos* que, por consenso internacional — e à primeira vista — devem fazer parte do âmbito de proteção dos direitos fundamentais de seguridade social.¹⁶

Essa Convenção n. 102 da OIT¹⁷ estabelece que os Estados-parte devem assegurar a *prestação de assistência médica* (art. 7º) às pessoas quando seu estado de saúde assim o exigir,¹⁸ tanto em caráter preventivo quanto curativo. Para alcançar esse *fim*, a Convenção arrola vários *meios diretos*¹⁹ os quais considera adequados e igualmente obrigatórios. Além do dever de implementar políticas de assistência médica, os Estados estão obrigados a garantir *prestação de recursos financeiros* (Art. 13) na *forma de pagamentos periódicos*, a pessoas que perderam sua autonomia financeira ou que reduziram sua capacidade de obter a própria renda por meio de seu trabalho.²⁰

Muito embora o instrumento seja um atestado público da insatisfação das Nações Unidas diante da *miséria humana* e, ao mesmo tempo, uma evidente preocupação com proteção da *dignidade da pessoa humana*, tudo indica que tais obrigações (de fazer e de oferecer) não têm natureza restrita de *valores morais*. Isso porque a Convenção

¹⁶ No Brasil, a proposta de ratificação dessa Convenção 102 havia sido enviada, pela primeira vez, ao Congresso Nacional, em 1964, mas foi rejeitada na época. A justificativa utilizada foi que a Previdência Social brasileira não incluía 50% dos assalariados, não agregava os trabalhadores rurais nem domésticos, nem cuidava dos acidentes de trabalho. O projeto de ratificação voltou a ser encaminhado ao Congresso Nacional em 2004, com a justificativa de que os direitos previdenciários já haviam sido ampliados no Brasil, com a criação de diversos benefícios contidos no texto da Convenção e com a inclusão de novos contingentes de segurados. Quanto a isso, ver Elias (2009, p. 175 e ss.).

¹⁷ Na América Latina, cinco países ratificaram antes do Brasil essas normas mínimas de seguridade social previstas na Convenção 102 da OIT, são eles: México (1961), Peru (1961), Costa Rica (1972), Equador (1974), Venezuela (1982). A ratificação formal pelo Brasil só ocorreu 56 anos depois de a Convenção ter sido aprovada pela OIT. A ratificação brasileira aconteceu em 18 de setembro de 2008, pelo Decreto Legislativo n. 269, do Congresso Nacional, e o depósito da ratificação foi realizado na OIT em 15 de junho de 2009. Depois do Brasil, também o Uruguai (2010) aderiu formalmente.

¹⁸ Os *serviços de saúde* devem abranger *qualquer estado mórbido* (Art.10), seja qual for a sua causa; devem abranger também cuidados especiais para as *mulheres em período de gestação*, parto e suas consequências. Os serviços médicos devem ser, *no mínimo*, de *clínica geral e visitas domiciliares*; serviços de especialistas; *produtos farmacêuticos indispensáveis*, *hospitalização*, de gestação e de *trabalho de parto*, assistência pré-natal e assistência após o parto. O sistema também deve ser capaz de conservar, restabelecer e melhorar a *saúde*, bem como a *capacidade de trabalho* das pessoas amparadas.

¹⁹ Clínicos gerais e especialistas, dentistas, enfermeiros, hospitais, casas de repouso, sanatórios, produtos farmacêuticos, artigos médicos, visitas domiciliares (Ver item 2, do Art. 34).

²⁰ Os benefícios enumerados na Convenção são os seguintes: a) auxílio-doença; b) auxílio-desemprego; c) aposentadoria por velhice; d) auxílio em caso de acidentes de trabalho e de doenças profissionais; e) auxílios familiares para a garantia de sustento de crianças. Esses podem ser um pagamento periódico e/ou fornecimento direto de alimentos, roupas, habitação, local para férias ou assistência domiciliar, ou uma combinação de ambas; f) auxílios para cobrir os gastos do período de gravidez (assistência pré-natal), do parto (assistência durante o parto) e suas consequências, bem como assistência após o parto; g) auxílios de aposentadoria por invalidez profissional; h) pensão por morte, ao viúvo ou viúva, ou aos filhos.

trata esses direitos prestacionais como *direitos subjetivos*. Prova disso é que para além da dimensão material, a Convenção regula também a dimensão do controle eficaz desses direitos. O instrumento determina que cada Estado-parte deve *assegurar os meios judiciais e administrativos* para que os cidadãos possam *apelar* (Art. 70, 2) em caso de recusa de prestação, de má-qualidade da prestação ou de insuficiente quantidade de bens.

Quanto ao financiamento desses serviços e bens, a Convenção autoriza que uma parte dos custos operacionais seja paga pelos próprios usuários do sistema (Art.10,2). Todavia, para evitar que pessoas de poucos recursos tenham de suportar pesados encargos, a Convenção dispõe que os bens e serviços de seguridade social devem ter seus custos cobertos por contribuições de toda a sociedade, por meio de tributos que tenham por fato gerador e base de cálculo situações e atividades desvinculadas da condição de contraprestação direta desses serviços médicos e dessas ajudas financeiras. Quer isso dizer que, segundo a Convenção 102 da OIT, os direitos prestacionais de seguridade social devem ser *financiados solidariamente* (Art. 70), isto é, não somente pelos beneficiários, mas por toda a sociedade. Isso permite concluir que a natureza jurídica da *segurança social*, e segundo esse instrumento, é de *interesse coletivo*, pois somente interesses coletivos devem ser financiados por esforços comuns de toda uma sociedade.

Como se percebe, a Convenção n. 102 da OIT oferece uma ampla lista de bens jurídicos protegidos pela *seguridade social* (estado mórbido, incapacidade de trabalho, suspensão de ganhos, sobrevivência para além de uma idade determinada, acidentes de trabalho, gravidez, manutenção de crianças). Todos esses bens são geradores de *direitos humanos subjetivos a prestações*, quer de *serviços médicos*, quer de ajudas *em dinheiro*.

A proteção desses bens, todavia, não está posta apenas no direito material internacional. Como se observou a Convenção também protege o direito a uma *prestação eficiente desse bens* jurídicos, motivo pelo qual obriga os Estados a regularem o exercício desses direitos e a tutelá-los pelas vias judiciais e administrativas internas. É preciso destacar, porém, que para além das formas internas de tutela, a OIT adota um mecanismo internacional de supervisão da eficácia de suas Convenções. O Estado-signatário fica obrigado a encaminhar, anualmente, relatórios oficiais sobre a situação de sua legislação de seguridade, bem como de suas políticas públicas nessa área. Além desses relatórios oficiais, a OIT também firma convênios com ONGs e recebe denúncias diretas da sociedade civil, além de enviar, em situações especiais, comissões de especialistas a locais denunciados.

Para fechar este ponto é suficiente dizer o que já deve estar bastante claro: a *segurança social* assumiu um significado específico no cenário internacional dos direitos humanos. Trata-se de um *interesse coletivo* que tem, em seu âmbito de proteção, *direitos subjetivos à assistência médica, educacional, a prestações pecuniárias periódicas* e ao *financiamento solidário* dessas prestações.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL E SUA DIMENSÃO POSITIVA

Desde os primeiros trabalhos²¹ que vimos desenvolvendo sobre o tema das conexões entre expectativas imperativas de concretização de direitos fundamentais sociais prestacionais e o postulado da *reserva do possível*, a gestão do orçamento público tem recebido especial atenção. Essa abordagem é uma necessidade das investigações sobre preocupações com a dimensão eficaz de direitos que criam obrigações de fornecimento de bens ou serviços, como é o caso dos direitos de seguridade social.

A *reserva do possível* é amplamente reconhecida como a principal objeção ao cumprimento de direitos prestacionais sociais. Seu significado mais elementar é o de que os direitos fundamentais a prestações de serviços e de bens sempre são afetados pelas limitações objetivas de sua realização. Apesar de reconhecer a correção dessa tese, como pressuposto, sustenta-se, aqui, que em Estados, como o Brasil, onde há *direitos objetivos, procedimentos e orçamento* formalmente estabelecidos para reger a existência e eficácia do sistema de seguridade social, no texto da constituição, todos esses bens jurídicos pertencem ao âmbito de proteção da seguridade social. Mais ainda, sustenta-se que esse modelo de proteção (modelo constitucional) de direitos, procedimentos e recursos vinculados ao custeio da prestação de bens e serviços da seguridade social é uma expressão da proibição constitucional contra retrocessos em sede desses direitos fundamentais.

Isso evidencia, por outro lado, que o Estado brasileiro dispõe de uma *reserva do possível* em sentido positivo, ou seja, dispõe de rígida proteção jurídica de recursos para a realização do nível mínimo de proteção e promoção de direitos sociais prestacionais. Essa *reserva financeira*, que é o orçamento da seguridade social, atribui contornos objetivos ao conceito do que seja economicamente *possível*, em termos de satisfação de expectativas desses direitos, no Brasil, no qual o postulado da *reserva do possível* tem duas dimensões, uma negativa e outra positiva. A negativa é sua concepção original: o postulado da reserva do possível é, também no Brasil, uma advertência de que a eficácia de direitos a prestações de serviços e bens tem limitações *na primazia da realidade*, nas condições objetivas de sua realização material. Mas não é apenas isso: o postulado da reserva do possível tem, no Brasil, estreita conexão, igualmente, com o postulado da *proibição de retrocessos em sede de direitos fundamentais*. É que a proteção constitucional de um orçamento especificamente destinado a custear direitos prestacionais sociais revela a face positiva do postulado da *reserva do possível*.

O postulado da *reserva do possível*, enquanto postulado jurídico inerente às discussões sobre custos e direitos tem, no direito brasileiro, uma natureza negativa e outra positiva. A face negativa, mais conhecida, é inibidora das expectativas

²¹ Strapazzon (2010) e Strapazzon e Silva (2012).

fundamentais de realização dos investimentos para a satisfação dos direitos prestacionais sociais. Essa face negativa articula-se com o postulado da *primazia da realidade*, ou seja, exige que a mobilização de recursos esteja limitada pelo conceito de *recursos disponíveis*. A face positiva é protetora dos recursos objetivamente disponíveis (o orçamento público da seguridade social) contra quaisquer gestões ineficientes ou medidas limitadoras dos gastos vinculados.

Disso se infere que a gestão de recursos públicos vinculados à satisfação de expectativas geradas por direitos fundamentais sociais prestacionais é, em si mesma, sujeita ao controle de razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que esses recursos públicos, por serem bens constitucionais diretamente referidos a direitos fundamentais, reclamam consistente justificação constitucional de toda e qualquer intervenção que implique sua restrição ou violação. Essa é a face positiva do postulado da reserva financeira do possível que, como se sustenta aqui, precisa ser melhor explorada pela teoria do âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais e pela teoria da jurisdição protetiva de direitos fundamentais sociais prestacionais.

5 A TEORIA INTERNA DAS EXPECTATIVAS JURÍDICAS

Muito embora seja necessário reconhecer os avanços obtidos a partir das pesquisas sociológicas, a aplicação que de fato interessa aqui — do conceito de *expectativa jurídica* — é a que a refere aos *direitos fundamentais* e que, simultaneamente, reconhece a natureza de *direito subjetivo* das expectativas jurídicas geradas por direitos fundamentais. É essa perspectiva *interna* que importa neste estudo, mais do que a externa.

5.1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E *EXPECTATIVAS IMPERATIVAS*

A abordagem dos direitos fundamentais como geradores de *expectativas jurídicas imperativas* é uma interpretação evolutiva da teoria de Ferrajoli que se adapta ao caso brasileiro e permite avançar a teoria brasileira da eficácia dos direitos fundamentais (sobretudo prestacionais). Facilita a compreensão da tese aqui exposta, segundo a qual as *expectativas* geradas por direitos fundamentais são do tipo que sempre criam vínculos jurídicos obrigacionais e, portanto *dever* jurídico de *responsividade*. Desde um ponto de vista da teoria do direito, a identificação dos direitos fundamentais como *expectativas imperativas* elucida as conexões entre direitos fundamentais, preferências fundamentais da sociedade democrática e a dimensão responsiva da democracia. Isso porque as democracias que estabelecem *expectativas imperativas* (ou seja, direitos fundamentais) não podem conviver com atos ou omissões arbitrários em face de sua concretização. Direitos fundamentais

geram *expectativas imperativas* porque são preferências fundamentais dos representados e regimes democráticos consolidados não relegam esse tipo de preferência ao arbítrio de sujeitos privados ou de representantes políticos. Nesses regimes, a cidadania guarda para si o *direito* de exigir sua realização, notadamente pelas vias judiciais.

Algumas áreas da jurisprudência brasileira já refinaram o uso do termo *expectativa jurídica* de modo a aproximá-lo do significado recomendado aqui. Essas evoluções semânticas decorrem de uma sensibilidade da jurisprudência quanto à natureza de *direito subjetivo* de certos tipos de *expectativas*. Esta proposição teórica, portanto, tem algo de original. O que há de inovador nesta tese é o esforço para demonstrar que os avanços conceituais já estabilizados em muitas áreas especializadas do direito devem ser estendidos, com mais razão, para a proteção dos direitos fundamentais.

Uma dessas áreas especializadas que já incorporou o sentido novo do conceito de expectativa jurídica é a do direito contratual (civil, trabalhista, consumerista) em especial as discussões sobre a proteção das relações pré-contratuais. Outra é a do direito administrativo, com aplicação inovadora do conceito nas relações de tolerância fiscal e de poder de polícia do Estado para com situações aparentemente ilícitas dos administrados. Em todas essas áreas, a *expectativa* protegida é a decorrente da proteção da *confiança* estabelecida entre as partes. O que se protege é o *status* alcançado a partir de um relacionamento baseado na *boa fé* das partes. Aí se enquadram situações como a do benefício fiscal inválido, a segurança do consumidor em face do risco do consumo de massa, a tolerância do locador para situações não previstas no contrato, a tolerância da administração pública para com práticas irregulares, porém de baixo efeito lesivo ao interesse público. Essas variações interessam muito à teoria dos direitos fundamentais a prestações de bens e serviços, como é a área da seguridade social, visto que revelam uma aplicação inovadora da noção de *expectativa*, de modo a protegê-la como verdadeiro direito subjetivo.

A teoria e a prática brasileira da eficácia dos direitos fundamentais de seguridade social devem acolher, por interação interpretativa, os avanços já alcançados pela *doutrina das justas e legítimas expectativas*, como é conhecida essa versão contratual e administrativa da resignificação das expectativas. É que as expectativas constitucionais de realização de direitos sociais prestacionais, no Brasil, não podem mais ser identificadas com meras esperanças sem conseqüências justiciáveis, ou seja, como expectativas sem conseqüência jurídica. Partilhar dos avanços alcançados pela doutrina civil-liberal, no entanto, não é o mesmo que reproduzi-los no âmbito dos direitos de seguridade social. Contudo, a proteção das *expectativas* geradas por *direitos fundamentais sociais prestacionais* deve ser ainda mais cuidadosamente realizada pelo Poder Judiciário. Não podem, afinal, os direitos fundamentais, serem protegidos de modo menos eficaz do que as expectativas de relações privadas ou de direito administrativo.

Todas as *expectativas* geradas por direitos de *status* constitucional são revestidas de especial *rigidez*, por isso são expectativas duradouras, transgeracionais e irrevogáveis. Como não há *promessas constitucionais inconsequentes* (STF RE 271.286-8, RS, Rel. Ministro Celso de Mello, 12.9.2000), a teoria brasileira dos direitos fundamentais deve reconhecer a natureza *imperativa* dessas *expectativas* inerentes aos direitos fundamentais de seguridade social.

É por isso que se pode afirmar que comportamentos omissivos em face de *expectativas imperativas* podem ser judicializados com a finalidade de verificar a forma como a omissão afeta (restringe ou viola) os bens jurídicos que compõem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais a prestações de bens e serviços de seguridade. Omissões legítimas devem ser razoáveis (adequadas e necessárias).

Toda e qualquer omissão que restringe ou viola expectativas de realização de direitos de seguridade social, expectativas imperativas de concretização, é, por isso, plenamente justificável, pois o Estado Constitucional não tolera ilícitos nem arbitrariedades, sejam elas decorrentes de ações ou de omissões.

6 DRU E FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONGRESSO NACIONAL

A DRU, como ficou conhecida a Desvinculação de Receitas da União, é uma autorização (estabelecida por Emenda à Constituição) para alterar o destino das receitas vinculadas da União. É, atualmente, uma autorização de natureza constitucional para que o Governo da União aplique 20% da receita vinculada da União (obtida com impostos e contribuições)²² em despesas ou investimentos que julgar pertinentes.²³ É um mecanismo de mudança de prioridades: receitas que deveriam ser aplicadas em objetivos de Estado determinados originariamente pela Constituição podem, a partir da autorização da emenda constitucional que criou a DRU, ser aplicadas em objetivos novos, eleitos pelo Governo Federal de ocasião.

Apesar de ter sido criada no ano de 1994, com cláusula de vigência de apenas dois anos, portanto, como solução provisória, o mecanismo de Desvinculação de Receitas da União vem sendo sistematicamente prorrogado por meio de sucessivas Emendas à Constituição. Essa desvinculação de receitas recebeu diversas denominações e passou por cinco prorrogações: Fundo social de Emergência (FSE): 1994 e 1995; Fundo de Estabilização Fiscal (FEF): 1996 e 1997 (1º sem); FEF: 1997 a 1999; Desvinculação de Receitas da União (DRU): 2000 a

²² Todas as Contribuições Sociais são afetadas pela DRU, exceto a Contribuição Previdenciária de Empregadores e Trabalhadores. A receita de todas elas está vinculada ao orçamento da seguridade social. São elas: Cofins, PIS/Pasep, Concursos e Prognósticos.

²³ Brasil (2010, p. 26 et seq).

2003; DRU (1ª prorrogação): 2003 a 2007; DRU (2ª prorrogação): 2008 a 2011; DRU (3ª prorrogação): 2011 a 2015. Essa última edição da DRU foi aprovada pela EC 68/2011 e reescreveu o Art. 76, do ADCT, no qual atualmente, se lê:

São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

Algumas inovações foram incorporadas ao conceito de DRU, a partir da EC 56/2007. São elas: a) a DRU não reduz a base de cálculo das transferências obrigatórias a Estados, Distrito Federal e Municípios; b) não afeta a receita da contribuição social do salário educação (CF, Art. 212 § 5º; Art. 76, §2º. ADCT) e c) no cálculo dos recursos aplicáveis ao desenvolvimento do ensino, de 18% da receita resultante de impostos, cfe. Art. 212 da CF, a DRU é menor que 20%, assim: 12,5 % em 2009, 5% em 2010. A partir de 2011 não há DRU para as receitas destinadas à Educação, ou seja, a União deve aplicar, ao menos, 18% da receita resultante de impostos, excluída a parcela transferida para Estados, Distrito Federal e Municípios, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Contudo, até 2010, era possível verificar a aplicação de recursos inferiores ao mínimo constitucional na manutenção e desenvolvimento do ensino por causa da DRU.²⁴

Por outro lado, permanecem intactas algumas distorções históricas, como a que ocorre com os recursos do PIS/Pasep destinados ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico, por meio do BNDES. A desvinculação subtrai 8% do total dos recursos do PIS/Pasep legalmente destinados a esse propósito. “[E]ssa parcela não retorna ao patrimônio do FAT.”²⁵

No encaminhamento que fez da Proposta de Emenda à Constituição, visando prorrogar a vigência da DRU até 31 de dezembro de 2011 (PEC n. 50, de 23.4.2007), o Poder Executivo ressaltou – na Exposição de Motivos nº 46/MF/MP, de 13 de abril de 2007 – que a prorrogação da DRU até 31 de dezembro 2011 teria duas finalidades precípua: a racionalização da gestão orçamentária, e garantir um grau mínimo de autonomia na definição de prioridades e na gestão orçamentária, já que a DRU respondeu por 58% dos recursos livres da União. Segundo os Ministros da Fazenda e do Planejamento, a DRU não *tem impedido a expansão* de programas sociais, e citam como exemplo a expansão do Programa Bolsa-Família e do Fundeb. Mas o que é importante, realmente, é a afirmação de que as prioridades do governo, com a DRU, são duas: *alocar recursos em a) obras de infraestrutura e b) constituir a poupança necessária para a redução da dívida pública.*

²⁴ Brasil (2011, p. 11).

²⁵ Brasil (2011, p. 9).

No Parecer n. 1.080, de 15 de novembro de 2007, o líder do governo, Senador Romero Jucá (PMDB) amenizou: explicou ao Senado da República que a PEC 89 (origem da EC 56/2007), e a prorrogação do DRU até 31 de dezembro de 2011 teriam três finalidades precípuas: *a alocação de recursos para geração de poupança necessária à redução da dívida pública; financiamento do Programa bolsa família e o Fundeb.*

Bem, a PEC n. 61, de 2011, de autoria do Poder Executivo, que propôs a prorrogação da DRU até 31 de dezembro de 2015, foi além. Segundo a exposição de motivos (EM Interministerial n. 00104/2011/MP/MF, de 8 de junho de 2011),

[A] conjuntura do Brasil urge investimentos e respectivas fontes de financiamento, a fim de adequar a infraestrutura do País às exigências internacionais correlatas à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016.

Se nas primeiras versões da DRU o compromisso público do governo era com o incremento de políticas sociais, investimentos em infraestrutura e redução da dívida pública, agora a DRU se destina, precipuamente, a obras de infraestrutura e ao financiamento de grandes eventos esportivos (sic).

Como se nota, a DRU libera o governo federal para usar 20% de receitas constitucional e legalmente vinculadas. E mais, o destino desses recursos não é o desenvolvimento de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais sociais, constitucionalmente vinculantes.

6.1 DRU E FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF

Essa introdução feita no item anterior é necessária para bem compreender como vem atuando a jurisprudência brasileira na garantia de *expectativas imperativas de seguridade social*, como são as decorrentes de receitas tributárias vinculadas à efetivação de políticas sociais. Os desdobramentos desse tema na jurisprudência do STF podem ser apreendidos a partir de três decisivos julgados.

O primeiro é de 2009. Trata-se do *leading case* RE 537.610, Rel. Ministro Cezar Peluso, julgado em 1 de dezembro de 2009, Segunda Turma, DJE de 18 de dezembro de 2009. Nesse caso a Turma assentou que “Não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional.”

O que tem sido dito, a respeito dessa decisão, no entanto, é um exagero. Dada a extensão de suas conclusões a casos completamente distintos, é importante compreender qual foi o objeto do pedido e qual foi a posição da Corte nesse litígio. A análise do Relatório revela que a empresa recorrente sustentou que a desvinculação de 20% das receitas da CSLL, do PIS e da Cofins, tal como promovida pela DRU

(EC 27/2000) equivaleria à *criação de novo imposto inominado*. Como se sabe, *impostos* são tributos sem vinculação de receita. Assim, se parte das receitas de uma Contribuição Social (que por definição constitucional são tributos com 100% de suas receitas vinculadas) for liberada, o efeito jurídico é idêntico ao da criação de um imposto com base de cálculo idêntica à das Contribuições Sociais. A matéria foi julgada pela segunda turma do STF, órgão fracionário. Em resposta ao pedido, a Turma julgou que a DRU não promovera a criação inconstitucional de novo imposto. O relatório do Ministro César Peluso é claro: essa consequência não prospera. Com argumento formal e simplista, o Ministro entendeu que Emendas Constitucionais podem alterar a natureza constitucional vinculada das Contribuições Sociais. “Foram Emendas Constitucionais que determinaram a desvinculação”, afirmou. A Turma votou com o Relator.

O tema voltou ao STF duas semanas depois, no RE 537.668/RS, julgado em 14 de dezembro de 2009, agora pela relatoria do Ministro Carlos. A. Britto. As razões, agora, não são apenas formais, como no voto do Ministro Peluso. Carlos Britto foi categórico em afirmar que a destinação dos recursos não foi comprometida.

[A] destinação de 20% da arrecadação de contribuições sociais para o Fundo Social de Emergência [...] não afrontou nenhuma cláusula pétrea [...]. 5. *Nessa contextura, a mudança da destinação de parte dos recursos arrecadados não desnatura a finalidade das contribuições sociais em questão (PIS, Cofins e CSLL), que permanece sendo a de financiar a seguridade social, conforme estabelece o caput do art. 195 do Magno Texto.*

Em 2010, o Ministro Ricardo Levandowski, no voto proferido no julgamento do RE 596.724-DF, em 23/3/2010, concluiu o seguinte:

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a desvinculação de parte da receita das contribuições sociais, nos termos do art. 76 do ADCT, é constitucional, conforme se observa da do RE 537.610/RS, Rel. Min. Cezar Peluso”. [...]. No mesmo sentido, as seguintes decisões: RE 537.668/RS, Rel. Min. Carlos Britto.

Não há dúvida jurídica: a DRU criou imposto inominado; e pior, desvia recursos da Seguridade Social para fins que nada têm a ver com programas sociais, como está claro nas Mensagens Interministeriais antes analisadas.

No entanto, a jurisprudência do STF vem reafirmando – vide voto do Ministro Levandowski – que a desvinculação não viola a Constituição *porque o Supremo já teria pacificado entendimento sobre o assunto*.

Isso não está correto. O que está pacificado é o entendimento (equivocado) do Supremo Tribunal Federal de que a DRU não gera inovação tributária. Todavia, a

Corte não discutiu, em sessão plenária, a constitucionalidade da desnaturação jurídica das contribuições sociais promovida pelo desvio de receitas constitucionalmente vinculadas.

O desvio de finalidade constitucional é reconhecido, inclusive, pela área técnica de acompanhamento da execução orçamentária da Câmara dos Deputados. Em relatório emitido em novembro de 2011, Claudio Riyudi Tanno e Túlio Cambraia, da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, afirmam o seguinte:

[U]m dos principais efeitos da DRU é transferir recursos do orçamento da seguridade social para o orçamento fiscal da União. [...] Até aquele ano [2008], inclusive, o valor que era retirado do orçamento da seguridade social era maior do que o montante transferido do orçamento fiscal para suprir as necessidades de financiamento do orçamento da seguridade social. Isso significa que sobriariam recursos no orçamento da seguridade social se não fosse a incidência da DRU sobre suas receitas.²⁶

Em 2010 a arrecadação das receitas correntes e de capital vinculadas à Seguridade Social atingiu o montante de R\$ 420,1 bilhões. Já as despesas empenhadas da Seguridade Social totalizaram, após ajustes, R\$ 476,1 bilhões. Em 2010 a DRU excluiu da receita da seguridade social o total de R\$ 43,4 bilhões, relativos a outras receitas correntes e receita de contribuições. O confronto entre receitas e despesas apontou resultado negativo da seguridade social no exercício de 2010, no valor de aproximadamente R\$ 56 bilhões. Por outro lado, se adicionada a DRU a esse resultado negativo, o déficit se reduz para R\$ 12,6 bilhões, número melhor que o de 2009, que foi negativo em R\$ 30,3 bilhões.²⁷

Na projeção orçamentária de 2012, constante do Demonstrativo da Desvinculação das Receitas da União, nas Informações Complementares ao Projeto de Lei Orçamentária Anual da União Federal, do total de impostos e contribuições sociais e econômicas atingidos pela DRU (R\$ 701,4 bilhões), *nada menos que R\$ 100,5 bilhões serão desvinculados para infraestrutura econômica, grandes eventos esportivos, formação de poupança para redução da dívida pública*. Desse total, R\$ 62,43 bilhões serão desvinculados de contribuições sociais e econômicas; e R\$ 38,04 bilhões, de impostos. Individualmente, a Cofins²⁸ representará a maior parte da DRU (R\$ 34,81 bilhões), seguida de Imposto de Renda (pessoa física e jurídica), com R\$ 23,33 bilhões, e CSLL²⁹ (R\$ 12,68 bilhões).

²⁶ Brasil (2011, p. 5).

²⁷ Brasil (2010, p. 215).

²⁸ Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, tributo instituído pela LC 70/91 para assegurar financiamento da Seguridade Social, nos termos da alínea b, do inciso I do art. 195 da Constituição Federal. É o substituto do Finsocial.

²⁹ Contribuição Social sobre o Lucro das pessoas jurídicas, instituída pela Lei n. 7.689, de 15 de

Assim, somadas as receitas da Cofins e as da CSLL, tem-se que em 2012 haverá um desvio de R\$ 47,49 bilhões da Seguridade Social para investimentos de infraestrutura, copa do mundo, olimpíadas e poupança para redução da dívida pública. Este parece ser um anúncio de violação explícita de *expectativas imperativas* posto que, no Brasil, as receitas de Cofins, CSLL e PIS são recursos públicos vinculados, desde 1988, à efetivação de programas sociais da área da saúde, inclusão social, risco social de desemprego e previdência. Não podem ter outro destino. Soluções inovadoras devem ser criadas no âmbito do Orçamento Fiscal, não no da Seguridade Social.

7 CONCLUSÃO

A primeira conclusão decorre dos argumentos teóricos antes expostos e pode ser assim enunciada: em democracias constitucionais que têm um sistema de direitos fundamentais fundados na dignidade da pessoa humana, ou seja, no mesmo fundamento jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos, sobressaem as conexões que deve haver entre direito constitucional objetivo e direitos humanos. Nesses regimes, acentua-se a dimensão moral dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição e torna-se mais exigente a interpretação jurídica de atos e omissões que afetam bens jurídicos protegidos por direitos fundamentais.

A segunda conclusão é uma decorrência dos argumentos teóricos expostos na primeira parte, e se enuncia assim: a teleologia da Constituição brasileira está estabelecida nos dispositivos constitucionais expressos no Art. 1º da Constituição brasileira. Ali estão os fundamentos, os princípios e os objetivos do substantivo regime republicano brasileiro. A Jurisdição, que é função da República³⁰ e o Poder Judiciário brasileiro, que é instituição de garantia de efetivação da *responsividade* do sistema de governo³¹ devem garantir a adequada conexão entre a teleologia da Constituição e os meios legislativos (ou políticas públicas) que a concretizam.

A terceira conclusão é que os direitos sociais a prestações de bens e serviços têm, no Brasil, natureza jurídica de vínculos que impõem obrigações de fazer, tanto ao Estado quanto aos civis.³² Contudo, direitos fundamentais sociais jamais deixam de ser *limites contra arbitrariedades*.³³ Essa dupla natureza de *vínculo* e de *limite* dos direitos fundamentais contra práticas arbitrárias revela uma importante dimensão republicana dessa categoria de direitos: não é somente em caso de aplicação preferencial de um

dezembro de 1988 para financiar a seguridade social, nos termos da Lei n. 8.212, Art. 11, § único, d; e CF. Art. 195, I, c.

³⁰ Strapazzon (2011).

³¹ Strapazzon (2011).

³² Abramovich e Courtis (2002) e Sarlet (2010).

³³ Strapazzon (2011).

direito fundamental em face de outro que o sistema de expectativas imperativas reclama densa fundamentação constitucional. A fundamentação consistente é devida também no caso de omissão (recusa de aplicação) ou de proteção deficiente dos bens fundamentais do regime.

Isso permite visualizar a quarta conclusão e que pode ser assim formulada: *concretizar direitos fundamentais (de defesa ou prestacionais) sem a devida fundamentação constitucional (proteção proporcional da eficácia dos direitos em colisão) significa arbítrio ou abuso do poder*, ambos inadmissíveis nos quadrantes de um regime republicano. *Omissões injustificadas são, portanto, recusas e estas também podem assumir a natureza de intervenções* que afetam as expectativas imperativas de realização dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais a prestações.

A quinta conclusão deste trabalho é que as razões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal (juízo de adequação constitucional), bem como as justificativas do Senado Federal (conveniência política) para a reedição da Emenda da DRU representam apenas a *motivação* da medida, mas não uma fundamentação consistente (*proteção proporcional da eficácia dos direitos em colisão*) no contexto do direito constitucional brasileiro.

Tudo confirma que a decisão de desvincular recursos do sistema de seguridade social (*reserva do possível*) para aplicá-los em vilas olímpicas e estádios de futebol foi tomada sem uma consistente avaliação da *adequação* e da *necessidade* da medida (razoabilidade). Tampouco o Supremo Tribunal Federal procedeu a um consistente juízo de proporcionalidade, de modo a corrigir as distorções geradas.

Por essa razão, a medida que desvincula receitas do sistema constitucional de direitos de seguridade social representou uma *arbitrariedade*. Não ficou esclarecido, nem no discurso do Congresso Nacional, nem no discurso de fundamentação do STF, porque a infraestrutura e as atividades olímpicas e desportivas são interesses coletivos mais importantes e que, por isso, devem ter prioridade na aplicação de 20% dos recursos tributários vinculados à aplicação no âmbito da seguridade social.

Fundamentar corretamente essa desvinculação de receitas é um ônus que se transfere às autoridades que desejam modificar o regime de proteção já estabelecido no sistema constitucional. Apontar as deficiências do modelo de argumentação constitucional do Supremo Tribunal Federal segue sendo função da teoria dogmática dedicada ao aperfeiçoamento da compreensão da dimensão eficaz dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. “The dual nature of law.” *Law of Ukraine*, v.1, p. 39-50, 2011. Disponível em: <<http://pravoua.com.ua>>.

BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: die unterscheidung von prima facie position und definitiver position als fundamentaler konstruktionsgrundsatz der grundrechte*. Baden-Baden, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. “A efetiva desvinculação de receitas da União (DRU) na elaboração do projeto de lei orçamentária para 2012, no orçamento da seguridade social e em outras áreas.” *Nota técnica n. 18*, 2011.

_____. Congresso Nacional. *PEC n. 50*, 23 abr. 2007.

_____. Ministério da Fazenda. *Exposição de Motivos n. 46/MF/MP*, 13 abr. 2007.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. *Relatório de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias. 4º Bimestre*. Brasília, DF: MPOG, 2011.

_____. Poder Executivo. *EM Interministerial n. 00104/2011/MP/MF*, 8 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS*, 12 set. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 537.610/RS*, 18 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 537.668/RS*, 14 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 596.724-DF*, 23 mar. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da República*. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2011, Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/PrestacaoContasPresidente/RelatorioPareceresTCU/RPP2010.pdf>>.

CADEMARTORI, Sérgio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. “Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia.” *Pensar*, n. 15.1, p. 278-302, 2010.

ELIAS, Rosângela Aparecida. *Atuação governamental e políticas internacionais de previdência social*. Brasília, DF: MPS, 2009.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.
- GILDER, George. *Wealth and poverty*. Nova York: Bantam Books, 1982.
- GOLDWATER, Barry M. *The conscience of a conservative*. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- KONKAR, Polonca. "The evolution of international and european law in the field of social rights." *Revista europea de derechos fundamentales*, p. 193-201, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1984.
- _____. *Sociologia do Direito I*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LIPSET, Seymour; ROKKAN, Stein. "Cleavage: structures, party systems and voter alignments: an introduction." In: _____. *Party systems and voter alignments*. New York: Free Press, 1967.
- MULLER, Amrei. "Limitations to and derogations from economic, social and cultural rights." *Human Rights Law Review* (Oxford University Press), n. 4, p. 557-601, 2009.
- MACCORMICK, Neil. "Why law makes no claims." In: PAVLAKOS, George. *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- MICHELMAN, Frank I. "The constitution, social rights and liberal political justification." *International Constitutional Law Journal*, Oxford University Press, v. 1, p. 13-34, 2003.
- PIOVESAN, Flavia. "Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos." *Revista Internacional de Direitos Humanos*, p. 20-47, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- STRAPAZZON, Carlos Luiz. "Direitos sociais fundamentais, seguridade e a cláusula da "reserva do possível": garantias e eficácia em casos julgados no Brasil." *Jurispoiesis*, n. 13, p. 149-146, 2010.

Carlos Luiz Strapazzon

_____. *Jurisdição constitucional – função da República*: linhagens de uma teoria da interpretação evolutiva dos direitos fundamentais. Florianópolis, 2011. 302 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; Rogério Luiz Nery da SILVA. *Orçamento brasileiro da seguridade social e a proteção de direitos fundamentais*. Vitória: Fundação Boiteux, 2012.

UNITED NATIONS RESEARCH INSTITUTE FOR SOCIAL DEVELOPMENT. *Transformative Social Policy*. Research Institute for Social Development. Geneva: ONU, 2006.

WILSON, James. The rediscovery of character: private virtue and public policy. *The public interest*, 1985.

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: LIMITES E ALCANCES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS¹

Maitê Damé Teixeira Lemos*
Mônia Clarissa Hennig Leal**

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito tem como uma de suas bases fundadoras o princípio da separação de poderes, pelo qual as atividades do Estado estão divididas entre funções de administrar, legislar e julgar. Essas atividades são exercidas por três Poderes distintos: Executivo, Legislativo e Judiciário. O presente artigo faz uma análise das políticas públicas, entendidas aqui como formas de ação do Estado, como instrumentos capazes de tornar efetivos os direitos fundamentais. Mas para isso, deve haver o planejamento, a formulação e a execução das políticas públicas. Essas funções de formulação e execução são tradicionalmente dos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, o Judiciário tem adotado uma postura mais ativa em relação a essa matéria.

Nesse sentido, o tema das políticas públicas tem ressurgido nas discussões atuais, especialmente pela existência de controle judicial dessas políticas. Há quem defenda a possibilidade da atuação judicial e há quem critique tal atuação. Então, o presente artigo tem por objetivo discutir a legitimidade e os limites da atuação

* Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Pesquisadora do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq; Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul; Advogada.

** Professora do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente; Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq; Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq; Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha; Pós-Doutora pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha.

¹ Este artigo é resultante das atividades do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas (CIEPPP), financiado pelo FINEP e vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), em que as autoras desenvolvem o projeto de pesquisa “Controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas e a relevância da atuação do *amicus curiae* como instrumento de legitimação dessas decisões no Brasil”, na condição de participante e coordenadora, respectivamente. O artigo se insere, também, no âmbito do projeto “O *amicus curiae* como instrumento de realização de uma Jurisdição Constitucional aberta: análise comparativa entre os sistemas brasileiro, alemão e norte-americano e sua efetividade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, que tem à disposição recursos do Edital das Ciências Sociais/2010 do CNPq e do Programa Pesquisador Gaúcho 2010, da FAPERGS.

do Judiciário no controle das políticas públicas. Assim, busca-se definir os limites e o alcance do controle jurisdicional de políticas públicas e a implicação que este controle traz (ou pode trazer) ao conceito dessas políticas. Alguns questionamentos apresentam-se desde já: é necessário um conceito jurídico às políticas públicas para que ocorra o controle jurisdicional ou para que seja legítimo? Esse controle jurisdicional faz parte da noção de ativismo judicial ou de judicialização da política? Existem limites ao controle jurisdicional de políticas públicas? São estes questionamentos que se pretende ver respondidos no decorrer do presente trabalho.

Trabalha-se com pesquisa bibliográfica, sem a pretensão de esgotar o assunto relativo ao controle jurisdicional de políticas públicas, pois muito ainda há o que se discutir, de forma que se entende que o assunto se mantém sempre atual e importante, trazendo uma série de implicações para o Estado Democrático de Direito. O que se pretende é fazer a análise de alguns elementos que se relacionam com a complexa temática do controle jurisdicional de políticas públicas, na tentativa de contribuir para o debate, que se converte em um problema prático com uma dimensão relevante, pois se insere no âmbito de uma sociedade que carece de concretização de direitos fundamentais sociais.

Para tanto, o trabalho é dividido em três partes: na primeira, são abordados os conceitos de políticas públicas, em que se busca fazer uma contextualização da temática, abordando uma série de conceitos existentes e destacando que não existe um conceito único para elas. Na segunda parte do texto, trabalha-se com a questão da jurisdição constitucional, na qual são trazidos alguns aspectos históricos e concentrando a abordagem na noção de abertura da jurisdição. Por fim, ingressa-se no tema do trabalho, propriamente dito, que é o controle jurisdicional das políticas públicas, quando, então, será abordada a diferenciação entre judicialização e ativismo judicial e as implicações que essas noções trazem ao controle de políticas públicas.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS: CONTEXTUALIZAÇÃO E TENTATIVAS CONCEITUAIS

Antes de se apresentar um conceito, ou melhor, uma tentativa conceitual para as políticas públicas, é necessário que sejam tecidas breves considerações acerca do surgimento desse termo, para, a partir disso, situar a importância da discussão trazida no presente trabalho. As políticas públicas há algum tempo, têm sido fonte de diversos debates, especialmente na seara jurídica. Essa temática nasce, como disciplina acadêmica, nos EUA,² mas, como ferramenta de decisão do governo é produto da Guerra Fria e consequência da valorização da tecnocracia³. A função de

² Frey (2000, p. 214).

³ Souza (2006, p. 22).

“criadores” das políticas públicas pode ser atribuída a quatro autores: Laswell, que criou a expressão *policy analysis*, análise de políticas públicas, conciliando conhecimento científico e acadêmico com a produção empírica dos governos; Simon, que criou a *policy makers*, ou seja, o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos; Lindblom, que incorporou as relações de poder e a integração entre as fases do processo decisório na análise e formulação de políticas públicas; e Easton, que definiu políticas públicas como um sistema, que recebe influências diversas do ambiente.⁴

Partindo dessas primeiras definições, o que são políticas públicas? Deve-se, de início, esclarecer que não há um conceito único, pronto e acabado de políticas públicas, nem uma definição melhor ou pior, sendo possível se encontrar diversas conceituações para a expressão.⁵ Diversos autores apresentam, antes de buscar um conceito para as políticas públicas, as três dimensões da política: *polity*, *politics*, *policy*⁶. O termo *polity* refere-se a “análise das instituições políticas e das questões administrativas da burocracia estatal.”⁷ Trata-se da máquina administrativa ou da política constitucional. *Politics* abarca a dimensão dos processos, ou seja, a relação entre os atores políticos (executivo, legislativo e judiciário), na tomada de decisão. *Policy* são os conteúdos da política, são as políticas públicas, ou seja, as ações do Estado. Trata-se do resultado da política institucional e processual.

Para responder a pergunta do que são políticas públicas, primeiro devem ser definidos alguns elementos necessários à formulação do conceito, pois, para que haja um pleno entendimento do tema, deve haver “uma contextualização no âmbito das diversas ciências.”⁸ Políticas são ações e procedimentos que visam à solução de conflitos de forma pacífica; poder é a capacidade que o homem tem de influenciar outrem a fazer ou deixar de fazer algo; o Estado é que possui poder para fazer com que as políticas públicas sejam aplicadas na sociedade, atendendo suas necessidades; governo são os indivíduos que administram e orientam os rumos da sociedade; atores políticos são pessoas ou instituições que participam do processo de construção das políticas públicas (privados ou públicos).⁹

A partir desses elementos, é possível que se diga que o termo “políticas públicas” é utilizado, dependendo da situação, para definir conjunturas distintas: “[...] ora indica um campo de atividade, ora um propósito político bem concreto, ou um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa.”¹⁰ Envolve,

⁴ Souza (2007, p. 67-68).

⁵ Nesse sentido, Celina Souza e Maria Paula Dallari Bucci apresentam uma série de conceitos para as políticas públicas. Souza (2007, p. 68-70) e Bucci (2006, p. 37-47).

⁶ Frey (2000, p. 211-259).

⁷ Schmidt (2008, p. 2310).

⁸ Rodrigues (2010, p. 28).

⁹ Rodrigues (2010, p. 28).

¹⁰ Schmidt (2008, p. 2311).

portanto, mais do que a decisão política, requerendo ações estratégicas variadas e, portanto, constituem-se “[...] um conjunto articulado de ações, decisões e incentivos que buscam alterar uma realidade em resposta a demandas e interesses envolvidos.”¹¹

Não existe, então, um único conceito de políticas públicas, nem uma melhor definição, podendo ser entendida como um campo que analisa o governo diante das grandes decisões públicas; ações de governo que produzirão efeitos específicos; o que o governo escolhe fazer ou não fazer; quem ganha o quê, por que e que diferença faz.¹² Nessa perspectiva, Bucci afirma que a política pública é definida como um

[...] programa ou quadro *de ação* governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.¹³

Direito e políticas são indissociáveis, de forma que o tema das políticas públicas pertence tanto à ciência política quanto ao direito.¹⁴ As políticas públicas são, portanto, ramo da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública. Assim, a definição das políticas públicas é um processo que se faz a partir da abertura do direito para a interdisciplinaridade.¹⁵ Há uma discussão sobre a necessidade de ser estabelecido um conceito jurídico para as políticas públicas, pois é no direito que elas se assentam.¹⁶ Entende-se, entretanto, que, não há a necessidade de um conceito jurídico para as políticas públicas, já que em se tratando de um conjunto de atos ordenados, existem elementos políticos e jurídicos envolvidos, de forma que não há como se utilizar de um conceito jurídico pronto e acabado. A análise das políticas públicas independe da existência de uma nova espécie de norma jurídica, mas sim da necessidade de que esses programas de ações com o fim de alcançar a solução de um problema específico devem ser reconhecidos e aprimorados pela sociedade por meio, especialmente, da democracia participativa.¹⁷

Assim, as políticas públicas nada mais são do que ações e programas, desencadeados pelo Estado, com o intuito de atingir o bem comum, ou seja, “ação estratégica (de instituições ou pessoas de direito público) que visa a atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza

¹¹ Rodrigues (2010, p. 52).

¹² Souza (2006, p. 24-26).

¹³ Bucci (2006, p. 1).

¹⁴ Massa-Arzabe (2006, p. 51).

¹⁵ Bucci (2006, p. 1).

¹⁶ Bucci (2006, p. 51).

¹⁷ Massa-Arzabe (2006, p. 51-54).

pública.”¹⁸ Estas ações objetivam atender às demandas presentes na sociedade, notadamente as de cunho social e resultam de um processo de planejamento, de orçamento, de execução,¹⁹ ou seja, de uma série de elementos que não são apenas jurídicos, de forma a fundamentar a posição deste texto de que não há como se formular um conceito jurídico para as políticas públicas.

Independentemente de existir um conceito pronto e acabado ou não para as políticas públicas, interessa, para este trabalho, entendê-las como instrumentos ou meios para a efetivação dos direitos fundamentais sociais e, a partir disso, fazer a análise da possibilidade e dos limites de seu controle jurisdicional. Mas a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas vem ocorrendo não somente quando existe uma política e esta é considerada insuficiente, mas também quando não há a política, sendo, então, determinada sua criação. É preciso, então, que se verifique a diferença do controle jurisdicional na formulação e na execução de políticas públicas. Contudo, para tal análise, deve-se melhor compreender o ciclo de formação das dessas políticas.

As políticas públicas são o resultado do processo de formulação e têm influência direta dos atores econômicos e sociais. As lideranças têm influência nos processos políticos e, por consequência, nas políticas públicas. A formulação destas é um processo de negociação e troca entre os atores políticos; é complexo e depende do grau de preferências, incentivos e restrições, o que é feito por intermédio de um ciclo: fase de preparação da decisão política (quando o Governo decide enfrentar um determinado problema); agenda *setting* (o problema passa a ser uma questão política e as decisões se tornarão políticas públicas; trata-se de uma conjugação de fatores que fazem com que naquele momento a decisão sobre aquele assunto seja relevante e necessária); formulação (discussões sobre as ações a serem realizadas – diagnóstico dos problemas e possíveis soluções); implementação (aplicação da política pública pela máquina burocrática do Governo); monitoramento (avaliação das ações referentes ao impacto da implementação); avaliação (avaliação dos resultados da política pública).²⁰

O processo de formulação de políticas é complexo e, nesse sentido, vários atores formais (partidos políticos, presidentes, equipes de governo, etc.) ou informais (movimentos sociais, meios de comunicação, etc.) têm influência sobre as políticas públicas. O Judiciário é um ator que influencia nas políticas públicas: ator com poder de veto, com poder de decisão, árbitro imparcial e representante da sociedade. Na verdade, a atuação do judiciário ocorre no controle da legalidade e efetividade das políticas públicas mediante o ativismo judicial,²¹ assunto que se abordará a seguir.

¹⁸ Leal (2006, p. 161).

¹⁹ Sobre o processo de formulação das políticas públicas, ver: Rodrigues (2010, p. 46-52).

²⁰ Rodrigues (2010, p. 46-52)

²¹ Stein (2007, p. 80-86).

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ABERTURA DA JURISDIÇÃO

A jurisdição constitucional é um tema que tem proporcionado grandes debates e é bastante importante na conjuntura do Estado Democrático de Direito, porque o Tribunal Constitucional do Brasil tem chamado para si a função de preservar a Constituição Federal, especialmente quando se trata de políticas públicas relativas a direitos sociais. A grande discussão sobre esse tema tem sido em torno do argumento de que o Poder Judiciário estaria extrapolando sua competência e invadindo a competência do Poder Legislativo.²² No entanto, entende-se que no atual estágio do Estado Brasileiro, de cunho democrático, deve haver uma larga discussão acerca do papel da jurisdição constitucional; eis que é um espaço necessário para a construção e manutenção da democracia²³ no país.

De maneira geral, é possível se afirmar que existem dois modos de se conferir a constitucionalidade das leis: um difuso e outro concentrado. No primeiro, tradicional dos países que adotam o *common law*, como os Estados Unidos, por exemplo, do qual é originário, não só a Corte Constitucional é que tem o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis, mas todos que fazem parte do Poder Judiciário. Dessa maneira, a jurisdição constitucional está dispersa no sistema, podendo qualquer juiz deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional. O modelo concentrado, por sua vez, tem como característica a de que o controle das leis é feito mediante ações próprias e específicas, cujo objetivo é remover a lei do sistema jurídico. Nesse caso, há um órgão jurisdicional²⁴ – tribunal ordinário ou corte especial – que é competente para fazer o julgamento dessas ações. O Brasil adota ambos os modelos de jurisdição; a tarefa de controle é judicializada.²⁵

Na Europa, os Tribunais Constitucionais surgiram a partir de 1919, com o segundo pós-guerra, sendo marcados por uma grande dicotomia, pois em alguns países adotaram o sistema em que todos os conflitos entre direitos previstos constitucionalmente eram analisados pelo Tribunal Constitucional. Este é o modelo apresentado por Kelsen²⁶, que sustentava “[...] a existência de um órgão específico,

²² Isso reflete uma tendência do constitucionalismo ocidental.

²³ A democracia aqui entendida não só como instituição, mas, notadamente, como instrumento para realização de direitos.

²⁴ Essa ideia de órgão constitucional, dotado de jurisdição para o julgamento de matérias que envolvessem a Constituição, surgiu com Kelsen, em 1920, com a Constituição austríaca.

²⁵ Leal (2003, p. 95-99).

²⁶ Os debates existentes entre Kelsen e Schmitt, que ocorreram durante a República de Weimar, na Alemanha, referiam-se a quem caberia a competência de guardião da Constituição. As discussões eram quanto ao cunho político ou não dos Tribunais Constitucionais. Esta foi uma discussão teórica prévia ao modelo concentrado, em que prevaleceu o modelo idealizado por Kelsen.

encarregado de executar tal tarefa.²⁷ Em outros países, o sistema utilizado era o de criação de um Tribunal Constitucional, mas que fosse desvinculado do Poder Judiciário,²⁸ possuindo características políticas, pois, na visão de Carl Schmitt, “os tribunais formados por magistrados não apresentariam as condições necessárias para a manutenção da unidade do sistema político e jurídico.”²⁹

Contudo, em virtude da grande desconfiança quanto aos juízes, a opção foi por uma função de legislação negativa para o controle de constitucionalidade das leis. Dessa maneira, quem nomeava os titulares desses tribunais eram os integrantes do Poder Legislativo. A atividade, assim, fica bastante semelhante à atividade do legislador, pois as normas eram consideradas constitucionais até que fosse declarada sua inconstitucionalidade. O Tribunal Constitucional acaba sendo um complemento à função do Poder Legislativo, tendo como atribuição a verificação da validade das leis.³⁰ Entretanto, como a justiça, sob o modelo de Weimar fracassou, a opção pelo modelo kelseniano foi adotada, mas não de forma absoluta.³¹ É chamado de controle concentrado da constitucionalidade das leis, pois a “Corte detém o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis e de atos com valor de lei.”³²

No Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional possui papel importante, pois analisa as demandas relativas à Constituição Federal, a partir de uma perspectiva democrática, em que a realização dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais deve ser ampla. Nesse sentido é que a jurisdição constitucional torna-se de grande relevância, pois tem como principal fundamento a concretização dos direitos fundamentais,³³ assim como o dever de guardião da Constituição, atuando de forma que todos os atos e normas devem estar de acordo com os ditames da Carta Constitucional.

Com o reconhecimento dessa supremacia da Constituição, com vinculação para todos – Estado, Governo, Poder Legislativo, Judiciário, [...] – é necessário o estabelecimento de quem será o órgão responsável por este controle. Será um órgão que possua vinculação política, como no modelo de Schmitt ou um órgão judicial, conforme Kelsen? Há, dessa maneira, um “[...] deslocamento do pólo de tensão do Executivo e do Legislativo para o judiciário, sem que isto abale o princípio (liberal)

²⁷ Leal (2005, p. 74).

²⁸ Essa desvinculação do Poder Judiciário significa que os Tribunais Constitucionais eram “*ad hoc*”.

²⁹ Leal (2005, p. 73).

³⁰ Leal (2005, p. 74-76).

³¹ Esta não adoção de forma absoluta significa que, apesar de ter sido adotado o modelo kelseniano, esta não ocorreu de forma plena e completa, pois a noção de legislador negativo foi abandonada, tendo sido adotado um Tribunal Constitucional como verdadeira jurisdição, passando a ser admitido uma função de “adaptação e adição/adjudicação de sentidos aos textos legislativos”. (STRECK, 2002, p. 444).

³² Baracho (2003, p. 2).

³³ Leal (2005, p. 71).

da separação de poderes.” Assim, o controle da constitucionalidade fica a cargo de um Tribunal Constitucional, vinculado ao Poder Judiciário, que fiscalizará “a conformidade formal e material dos atos legislativos.”³⁴

No caso do Brasil, a tarefa é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, um órgão eminentemente judicial, que não possui seus membros eleitos pela vontade geral, mas que possui legitimidade concedida pela própria Constituição. Assim, como tal documento é fruto da vontade do povo, por meio do Poder Constituinte, há uma legitimação indireta da vontade geral, pela autorização constitucional e há, ainda, “[...] uma constante renovação da legitimidade por meio de seus procedimentos, ou seja, pelo conteúdo das decisões que exara, como forma de justificar a competência que lhe foi atribuída.”³⁵ Nesse sentido, como o Brasil adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, tem-se que

No que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, preservou a Constituição de 1988 o sistema misto, qual seja, conjugação do sistema americano (difuso) com o sistema austríaco (concentrado), ampliando-se, contudo, sobremaneira, a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade. O modelo concentrado de fiscalização da constitucionalidade das leis está previsto no artigo 102, I, *a*, da Constituição Federal, enquanto o sistema difuso decorre da cláusula inserida em seu artigo 5.º, XXXV.³⁶

O Tribunal Constitucional passa a atuar como jurisdição constitucional propriamente dita – guardião da Constituição –, passando a ter, inclusive, uma função criativa, que ocorre a partir do modelo de Constituição Aberta³⁷, e considera o ordenamento jurídico constitucional como um sistema aberto e em permanente interpretação.³⁸ A partir dessa perspectiva, a jurisdição constitucional toma um novo formato, ou seja, a de, a partir da interpretação contínua da Constituição, oferecer-lhe nova vida permanentemente. Dessa maneira,

A definição do âmbito material da Jurisdição Constitucional é feita em termos bem amplos. É assegurada a sua imparcialidade, sua vinculação à dinâmica social, fixando-se como órgão de deliberação e atuação estritamente judicial, sem

³⁴ Leal (2003, p. 109-110).

³⁵ Leal (2003, p. 115-117).

³⁶ Schäfer (2001, p. 130-131).

³⁷ O modelo de Constituição Aberta é aquele em que os Tribunais Constitucionais têm como uma de suas atividades a de estabelecer os limites, os contornos, dos direitos fundamentais, especialmente quando estejam em conflito. Nesse sentido, Peter Häberle entende que a Constituição é um produto cultural e vivo, e que sua interpretação deve ser feita por aqueles que a vivenciam. Sobre essa perspectiva de Constituição Aberta, ver: Häberle (1997), Leal (2004) e Souza Neto (2002).

³⁸ Leal (2005, p. 76-83).

prejuízo da importância política das decisões. Como órgão da Constituição, transforma-se em norma viva, garante da livre e pacífica convivência e instrumento de transformação social.³⁹

Ainda no sentido de se interpretar a Constituição de forma ampla e em permanente desenvolvimento, a partir da ideia de Häberle⁴⁰ de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, a jurisdição constitucional, no Estado Democrático de Direito, deve atuar no sentido de garantir o livre exercício da autonomia dos cidadãos. Com isso haverá a garantia de condições para que possa ser realizado o processo democrático, mas sem deixar de ser a guardiã da Constituição. Dessa maneira, a jurisdição constitucional deve primar e zelar pelo cumprimento dos ditames constitucionais, especialmente no que diz respeito aos direitos humanos fundamentais, os quais possibilitarão o exercício da democracia pelos cidadãos.⁴¹

Dessa maneira, “a *constituição aberta* seria aquela receptiva a novos temas, valores e pontos de vista”, assim como a interpretação também deveria ser aberta, “de modo a operar construtivamente com as novas pautas que lhe são apresentadas pela dinâmica social.”⁴² Na visão de Häberle,⁴³ a interpretação constitucional deve ser aberta, pois, não sendo assim, não haverá a verdadeira expressão da Constituição, visto que não haverá a análise do contexto sociocultural em que ela está inserida. Dessa maneira, o processo interpretativo necessita ser real e verdadeiro. Isso somente será possível se houver uma ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, considerando que a interpretação possui alternativas diversas, as quais poderão ser alcançadas quando maior número de intérpretes participarem do processo interpretativo, trazendo, assim, realidades plurais. Partindo dessas premissas, Häberle considera que, em razão do caráter complexo e plural do processo de interpretação da Constituição, tal ato deve ser relativizado, de modo a não ser mais a leitura da lei estrita, conseguindo-se, dessa maneira, pela atuação da jurisdição constitucional, em uma perspectiva aberta, uma melhor relação da Carta com a realidade social.

É essa noção de abertura da jurisdição constitucional que fundamenta, em certa medida, toda a atuação do Judiciário no controle de políticas públicas; neste momento do trabalho, não se discute, ainda, sobre os limites dessa atuação. O que se destaca, aqui, é que a atuação da jurisdição no controle de políticas públicas advém dessa noção aberta de jurisdição a novos temas e valores, além da função do Judiciário de guardião da Constituição e, especialmente, dos direitos fundamentais nela previstos, que são concretizados por meio das políticas públicas. Ocorre que

³⁹ Baracho (2003, p. 3).

⁴⁰ Häberle (1997).

⁴¹ Oliveira (2003, p. 198).

⁴² Souza Neto (2002, p. 165).

⁴³ Häberle (1997, p. 30-31).

grande parte delas, nos mais diversos países – não apenas no Brasil –, apesar de estarem previstas e sendo aplicadas, não são eficazes, necessitando de uma maior efetividade e eficiência na prestação do serviço.⁴⁴ Nesse sentido, há a necessidade de que, no intuito de tornar as políticas públicas eficazes e eficientes, o Judiciário assuma um papel mais ativo, fazendo o controle das políticas públicas, que pode ser tanto na fase de formulação quanto na fase de execução. Essa temática é a que será desenvolvida a seguir.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL, LIMITES E ALCANCES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A partir das noções já apresentadas a respeito das políticas públicas e das noções gerais sobre a abertura da jurisdição constitucional, resta a análise, propriamente dita, do tema central do presente trabalho, ou seja, o controle jurisdicional de políticas públicas, seus limites e o alcance de sua atuação. Nesse sentido, de início, deve-se destacar que os poderes públicos possuem funções distintas no Estado Democrático de Direito. É a noção de separação dos poderes, teoria criada por Aristóteles e reinterpretada por Montesquieu e que se encontra prevista na Constituição Federal, nos artigos 2º e 60, § 4º, III.⁴⁵ Em princípio, um poder não pode intervir na esfera reservado ao outro, de modo que não caberia ao Judiciário interferir na competência do Executivo quando não realizasse as políticas públicas relativas a direitos fundamentais. Esta ação estaria legitimada, excepcionalmente, mediante o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*) quando houvesse uma violação da incumbência constitucional.⁴⁶

Um dos argumentos contrários ao controle das políticas públicas é o fato de que estas são decisões administrativas e, portanto, fazem parte do poder discricionário do executivo. Estaria o Judiciário, nesse sentido, adentrando na esfera de competência dos demais poderes, o que violaria a teoria da separação de poderes. Mas a noção de separação destes está associada ao liberalismo, de forma que não

⁴⁴ Schmidt (2007, p. 1988-2032).

⁴⁵ Brasil (2011).

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes.

⁴⁶ Krell (2002, p. 22).

se pode interpretá-la da mesma forma no Estado Democrático de Direito, pois a própria noção de Estado que se tem atualmente é diferente daquela existente quando da fundação da teoria da separação de poderes. Na verdade, a própria noção de Estado se modificou, com a inclusão de uma série de direitos fundamentais no corpo da Constituição, que passaram a ser o centro do sistema jurídico. Assim, com a supremacia dos direitos fundamentais na ordem jurídica, todos os Poderes (e cada um deles) estão vinculados a esses direitos, tendo o dever de protegê-los e concretizá-los.

Com as transformações da sociedade houve a necessidade de haver uma interpenetração das funções e dos poderes, de forma que atos de um poder são praticados por órgãos de outro.⁴⁷ Trata-se, de certa forma, de um alargamento da interpretação do princípio da separação dos poderes, que “[...] deve ser compreendido como um meio de realização e nunca como um entrave metafísico para a realização dos Direitos Fundamentais Sociais.”⁴⁸ Há, portanto, não uma interpenetração dos poderes ou uma harmonia e independência, mas sim, uma colaboração entre poderes, em que cada um – de forma isolada, na execução de suas competências e em conjunto – é responsável por consolidar os ditames constitucionais, especialmente a realização dos direitos fundamentais.

Assim, para que haja uma eficiência na atuação do Estado na proteção desses direitos, deverá haver “[...] o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão,”⁴⁹ uma atividade cooperada entre os Poderes. Além disso, não se pode perder de vista que no Estado Democrático de Direito a ordem principiológica e os direitos fundamentais dependem, muitas vezes, da atuação da jurisdição constitucional para sua efetiva concretização. Portanto, deve-se entender a atuação da jurisdição no controle de políticas públicas como uma forma efetiva e estratégica de garantia dos direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, grandes discussões vêm sendo travadas na seara jurídica em relação ao chamado ativismo judicial⁵⁰ ou à ação criativa dos Tribunais, que deve ser vista e entendida como uma complementação das funções dos poderes, no sentido de que quando o Executivo ou o Legislativo não realizarem suas funções, poderá haver a intervenção do Judiciário, a fim de evitar que exista um retrocesso jurídico e social, em razão da falta de concretização e implementação de direitos previstos no ordenamento jurídico constitucional. Sua função, portanto, é complementar, de cooperação com os demais poderes, visando à realização dos direitos fundamentais. Não se coloca o Judiciário como um superpoder, como superior aos demais, mas

⁴⁷ Streck e Morais (2006, p. 181).

⁴⁸ Conto (2008, p. 96).

⁴⁹ Ramos (2010, p. 114).

⁵⁰ Sobre ativismo judicial, ver a obra de Elival da Silva Ramos, que é específica sobre o tema e traz diversas implicações relacionadas a essa temática: Ramos (2010).

como um poder que pode vir a suprir a lacuna deixada pelos demais poderes quando não efetivarem a Constituição.⁵¹

Fala-se, então, em uma atividade criativa por parte dos tribunais. Destaca-se, referente a esse fator, que há uma diferença entre a noção de criação por parte dos Tribunais, por meio da abertura do texto normativo constitucional em razão da existência de princípios e de direitos fundamentais no corpo da Constituição e da abertura interpretativa, da necessidade de interpretar as normas no tempo e no espaço. Como decorrência desse processo de abertura (do texto normativo e da interpretação), há uma atuação mais ativa do Judiciário, que necessita cumprir seu papel, de forma que essa abertura decorre da própria noção de ordem democrática, caracterizadora do Estado Democrático de Direito,⁵² em que a interpretação da Constituição e de suas normas deve ser feita por toda a sociedade. Com esse processo criativo dos Tribunais, em razão do alargamento da interpretação, a Constituição passa a ser vista sob uma perspectiva viva, como um produto cultural,⁵³ estando, dessa maneira, em condições de expressar e de se integrar com a realidade. Nesse sistema a Constituição envolve um conjunto de valores, ou seja, “[...] o objetivo primordial da Constituição é a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade.”⁵⁴

Ocorre que com o processo de alargamento do círculo de intérpretes da Constituição e com a abertura das normas, a jurisdição constitucional assumiu, ao menos de forma aparente, o papel de legislador concorrente, pois está atuando de forma a corrigir o legislador ou antecipando-se a este, pois se estaria interpretando a Constituição de forma construtiva, por intermédio da jurisprudencialização, o que se convencionou chamar de ativismo judicial,⁵⁵ pois “as normas constitucionais deveriam ser ponderadas a cada aplicação, enquanto consagradoras de bens e de valores a serem otimizados em face dos casos concretos.”⁵⁶ Isso porque, em uma sociedade pluralista como a em que vivemos, não há como ser diferente, isto é, não há como se proceder na aplicação das normas, conforme determinado pelo legislador, de forma indiscriminada, ou seja, sem serem verificadas as situações dos casos concretos.

Mas apesar de serem, muitas vezes, utilizados como sinônimos, judicialização e ativismo judicial são conceitos diferentes. Barroso traz uma definição de judicialização da política:

⁵¹ Freire Júnior (2005, p. 70-71).

⁵² O Estado Democrático de Direito tem estreita ligação com a democracia, de forma que a sociedade participa do sistema tanto de forma passiva quanto de forma ativa. Nessa forma, o Estado deve primar pela supremacia da vontade popular, sendo que a sociedade integra-se ao Estado para a realização de suas atividades. Há, então, a imposição de limites à atividade Estatal, de acordo com os fins da ação do Estado. (ZAGREBELSKY, 2002, p. 21-24, passim).

⁵³ Häberle (200, p. 34).

⁵⁴ Cittadino (2002, p. 29).

⁵⁵ Cittadino (2002, p. 17).

⁵⁶ Oliveira (2007, p. 179).

Judicialização 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.⁵⁷

Contudo, afirma o autor que a judicialização possui parentesco com o ativismo, mas não possuem as mesmas origens. Para Barroso, o ativismo

[...] 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.⁵⁸

Assim, as exigências do mundo contemporâneo necessitam de um Poder Judiciário muito mais ativo, em que os conflitos envolvendo questões políticas são examinados pela jurisdição e requerem soluções. Nesse aspecto, a judicialização da política tem como um de seus fundamentos a supremacia da Constituição e a própria democracia.⁵⁹ É esta abertura da interpretação que possibilita que a Constituição suporte as modificações que a sociedade sofre ao longo dos anos, de forma que o ativismo não é necessariamente negativo, tratando-se, isto sim, de uma forma de o direito se adaptar às exigências sociais.⁶⁰

Nesse sentido é que se deve compreender a atuação da Jurisdição constitucional no controle das políticas públicas, pois considerando-se a fundamentalidade dos direitos que essas ações visam concretizar, não haveria condições de se relegar somente ao Executivo a decisão de implementar ou não as políticas públicas, uma vez que, a não concretização desses direitos importaria em uma forma de exclusão destes do rol de direitos protegidos pela Constituição e, com isso, haveria um retrocesso social.⁶¹ A jurisdição constitucional passa a ser, então, condição do Estado Democrático de Direito, pois não pode ficar inerte quando provocada para solucionar promessas concretizadoras de direitos fundamentais ainda não cumpridas. Entende-se, então, com fundamento em Barroso, que o ativismo deve ser visto não como problema, mas como parte na solução, como um “antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado.”⁶²

Mas, na verdade, a legitimação da jurisdição para o controle das políticas públicas relativas a direitos fundamentais sociais está prevista na própria Constituição, quando prevê a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais

⁵⁷ Barroso (2009, p. 2).

⁵⁸ Barroso (2009, p. 5).

⁵⁹ Leal (2007, p. 231-215).

⁶⁰ Ramos (2010, p. 110).

⁶¹ Leal (2006, p. 173-176).

⁶² Barroso (2009, p. 14).

(art. 5º, § 1º).⁶³ Nesse sentido, havendo lacuna por parte do Executivo, cabe ao Judiciário assegurar a concretização desses direitos, em razão, especialmente, da sua fundamentalidade e essencialidade. Nesse sentido, o Ministro Celso Mello, ao julgar a ADPF 45/2004, decidiu que:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Ministro Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.⁶⁴

Assim, se a Constituição prevê como um de seus fins a proteção e promoção dos direitos fundamentais e que a concretização desses direitos somente ocorrerá mediante as políticas públicas, e que para que elas possam ser implementadas deve haver dinheiro público disponível, tem-se que considerar que se o Poder Público não realizar sua função, estará esvaziando o conteúdo dos direitos fundamentais.⁶⁵ Nesse sentido, caberá ao juiz fazer cumprir a Constituição, mesmo que, para isso, tenha de interferir na seara da discricionariedade do administrador, pois sua ação não é na intenção de intervenção de um Poder no outro, mas sim de evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais e das próprias normas constitucionais, assegurando, portanto, à sociedade seus direitos, de uma forma mínima, para que possam seus indivíduos viver com um mínimo de dignidade. Contudo, essa atuação não pode ser desmedida, ilimitada, de forma que não se discute sobre a legitimidade da jurisdição constitucional para fazer o controle das políticas públicas, mas sobre o limite deste controle, pois o ativismo judicial não pode servir como pretexto para que o Judiciário faça a interpretação constitucional a partir de subjetivismos. O ativismo judicial, portanto, é benéfico, desde que seu uso não seja desmedido. Então, é necessário que os juízes se utilizem do controle jurisdicional das políticas públicas de forma ponderada, e que tenham consciência “para usar do ativismo na exata proporção, ou seja, sem excessos ou omissões.”⁶⁶

Outra crítica que se apresenta ao controle jurisdicional de políticas públicas é o fato de que o Judiciário está preparado apenas para lidar com questões específicas e individuais. Assim, no momento em que há a necessidade de analisar questões

⁶³ Sarlet (2005, p. 168).

⁶⁴ Brasil (2004).

⁶⁵ Barcellos (2010, p. 107).

⁶⁶ Freire Júnior (2005, p. 120).

macroestruturais, como é o caso das políticas públicas (já que a decisão reflete no todo, ou seja, no âmbito jurídico, econômico e, também, no político), não estaria legitimado, nem teria condições técnicas para tanto.

Nessa perspectiva, também se deve destacar que as políticas públicas não podem ser entendidas como algo fragmentado, isolado:

É habitual que cada política, programa ou projeto constitua uma “caixinha” isolada, desarticulada em relação às outras políticas. A superação desse modelo deve dar-se na linha de um *Estado em rede*, em que as políticas estejam “amarradas” entre si e se reforcem mutuamente. Coerência, intersetorialidade e transversalidade são requisitos essenciais para a efetividade, eficácia e eficiência das políticas.⁶⁷

Assim, pensar em políticas públicas é pensar no todo, sem esquecer a parte e pensar na parte, visualizando o todo. Então, questiona-se, será que o Judiciário está preparado para, ao fazer o controle de políticas públicas, pensar no todo? Esse debate não será esgotado aqui, mesmo porque, demanda a análise de uma série de outros fatores que não nos cabe fazer neste trabalho. Contudo, deixa-se, desde já, essa inquietação e a esperança de que, por meio de institutos como o *amicus curiae*, instrumento que viabiliza, além da participação da sociedade no processo decisório, que informações e dados relevantes, muitas vezes, não jurídicos, tomem parte na decisão.⁶⁸

Também se apresenta como crítica à atuação do Judiciário no controle de políticas públicas o fato de que o conteúdo destas políticas advém dos representantes do povo, do sistema de representação popular, ou seja, que somente Executivo e Legislativo (em razão da representação, de serem os representantes da vontade do povo) teriam legitimidade para definir o conteúdo das políticas públicas. Nessa perspectiva, não haveria legitimidade do Judiciário para controlar as políticas públicas, pois seu poder não deriva da representação popular.

Apesar disso, Bucci entende ser inquestionável a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, com base no princípio do acesso à justiça e no fato de que elas, por expressarem direitos, merecem a tutela do Judiciário. Faz a diferença, contudo, quanto ao controle exercido no momento da formulação e da execução das políticas públicas. No entendimento da autora, a atuação do Judiciário no momento da formulação da política pública se tornaria imprópria, pois, via de regra, essa competência é do Poder Executivo, dentro de limites fixados pelo Legislativo. Por outro lado, em relação à aplicação da política pública e sua execução, o debate seria mais jurídico, já que existe, no entender da autora, a questão da vinculatividade da norma jurídica em relação ao direito.⁶⁹

⁶⁷ Schmidt (2007, p. 2016).

⁶⁸ Leal (2008, p. 39).

⁶⁹ Bucci (2006, p. 22).

Contudo, deve-se observar que o Judiciário não está vinculado, como o Executivo está, na formulação de políticas públicas, a questão da disponibilidade de recursos, advindo, disso, a discussão da reserva do possível, das escolhas trágicas, do mínimo existencial, judicialização da política, politização do Judiciário, do deslocamento do processo de decisão e da ilegitimidade dessa escolha, etc.⁷⁰ Existem diversas decisões judiciais acerca do controle das políticas públicas, de forma que a ADPF 45 delineou, de certa forma, os limites desse controle jurisdicional, já que o STF entendeu que apesar de o controle de políticas públicas não fazer parte das funções do Judiciário, essa incumbência poderá lhe ser conferida, excepcionalmente, se houver descumprimento dos “encargos político-jurídicos” dos órgãos estatais, de forma que tal conduta (ou omissão) venha a comprometer os direitos fundamentais.

Além disso, apesar de o Tribunal estar ciente que a concretização desses direitos, na grande maioria das vezes, importa custos e, portanto, necessita de previsões orçamentárias pelo Poder Público – a chamada reserva do possível. Mas segundo o entendimento do STF não

[...] se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência⁷¹.

Há, ainda, um questionamento a ser feito, que vem, de certa forma, corroborar com tudo o que já foi apresentado: a legitimidade da intervenção do Judiciário no controle das políticas públicas poderia ser alcançada pela aplicação do princípio da proporcionalidade? A partir das três dimensões utilizadas na busca de um conceito de políticas públicas: *polity*, *politics*, *policy*, pode-se fazer uma análise de proporcionalidade. Explica-se: o termo *policy* define os conteúdos da política, os critérios e as escolhas, em relação a outros critérios; *politics* designa os instrumentos utilizados, que devem ser adequados e considerem o custo/benefício; e *polity* refere-se às instituições políticas, ou seja, a competência, a quem cabe. Nesse sentido, podem-se associar essas dimensões aos elementos da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que expressam a ideia de otimização.⁷²

Assim, o meio é adequado quando, mediante ele, se pode alcançar o resultado desejado.⁷³ Todavia, é preciso que se verifique, no que se refere à necessidade

⁷⁰ Bucci (2006, p. 31-36).

⁷¹ Brasil (2004).

⁷² Alexy (2003, p. 135), Em sentido contrário: Möller (2007, p. 459).

⁷³ Pulido (2003, p. 36-687), Blaauw-Wolf (1999, p. 195).

da medida adotada, se o meio é necessário ou se não se pode optar por outro que seja igualmente eficaz. Então deve haver um juízo de eficiência, pelo qual se verifica, entre os meios alternativos, aquele que, com menores prejuízos, tenha condições de atingir o fim almejado.⁷⁴ Por fim, deve-se verificar se o meio utilizado é proporcional ao objetivo a ser atingido, ou seja, deve-se fazer um sopesamento entre o resultado alcançado e a medida empregada,⁷⁵ aspecto que se traduz na máxima da proporcionalidade em sentido estrito, o que implica que os meios eleitos devam se manter, no caso concreto, em uma relação razoável e proporcional com o resultado perseguido.

Dessa forma, o controle deve partir desses elementos, ou seja, em havendo o controle jurisdicional de políticas públicas, este deve verificar se há a aplicação da proporcionalidade ou não na formulação e na execução das políticas públicas. Significa dizer que o Judiciário, em analisando as políticas públicas, deve verificar se a medida adotada (política pública) para a consecução do fim (proteção de determinado direito) é adequada entre os meios possíveis, considerando os custos e, quanto à necessidade da medida, analisar se foi utilizada aquela que trouxe menores prejuízos, cumprindo com o objetivo almejado. É preciso, portanto, que existam decisões racionais, vedando-se o chamado decisionismo judicial, ou seja, deve haver justificação, motivação das decisões que realizam algum tipo de controle de políticas públicas.

5 CONCLUSÃO

Independentemente de se considerar política pública como sendo norma ou atividade do Estado, entende-se que o controle jurisdicional está legitimado pelo conteúdo que as políticas públicas visam realizar: especialmente (e principalmente) direitos fundamentais sociais. É na perspectiva do conteúdo da política pública que se insere toda a legitimidade e, mesmo, os limites da atuação da jurisdição na efetivação deste controle. Em razão de envolver a proteção e a concretização de direitos fundamentais, e da posição central que estes direitos se encontram no sistema jurídico, é disso que se encontra a legitimidade da atuação.

Mas, mais do que isso, pois os limites também se encontram vinculados ao conteúdo, ou seja, a atuação do Judiciário deve ocorrer nos estritos limites do necessário. Pensa-se na atuação do Judiciário no controle de políticas públicas, de certa forma, em uma perspectiva neoliberalista. O neoliberalismo vê no Estado um mal necessário, mas que deve ser mínimo. Assim, fazendo-se uma analogia ao Judiciário, entende-se que este seria um mal necessário (e, neste caso, mais do que essencial: fundamental) no controle de políticas públicas, mas que deveria atuar

⁷⁴ Cianciardo (2004, p. 91).

⁷⁵ Alexy (2004, p. 40).

somente quando necessário, visando à concretização dos direitos fundamentais, da Constituição e da própria democracia.

Na verdade, não há como se chegar a uma conclusão (nem se teria, com o presente estudo, a pretensão de alcançá-la), de modo que não há uma regra geral. A legitimação deve ser analisada em cada caso concreto, verificando os elementos da proporcionalidade e demais circunstâncias que estejam presentes no caso. Há casos em que a intervenção é legítima e a atuação é determinada e limitada no sentido de cumprir com as funções jurisdicionais, determinadas pela própria Constituição Federal, de garantia dos direitos fundamentais. O que não pode ocorrer é uma atuação desmedida do Judiciário, sem motivação racional da decisão, quando, então, estar-se-ia defronte a um ativismo judicial prejudicial ao sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

STEIN, Ernesto et al. *A política das políticas públicas: Progresso econômico e social na América Latina*. Relatório 2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington, Dc: BID, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Jurisdição constitucional da liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 18, abr./maio/jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 1 ago. 2011.

BLAAUW-WOLF, Loammi. The “balancing of interests” with reference to the principle of proportionality and the doctrine of *Güterabwägung* – a comparative analysis. *SA Publickereg*, [s.l.], v. 14, n. 1, p. 178-214, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator: Ministro Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 out. 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad*. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Ábaco: Buenos Aires, 2004.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CONTO, Mário de. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, n. 21, jun. 2000, p. 214. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 16 jun. 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução Emilio Mikunda. Madrid, Tecnos, 2000.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

_____. Direitos fundamentais, jurisdição constitucional e democracia: origens, fundamentos e controvérsias. In: GORCZEWSKI, C.; REIS, J. R. *Constitucionalismo Contemporâneo: direitos fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton, 2005.

_____. Jurisdição Constitucional Aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro. *Revista de Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 27-49, maio/jun. 2008.

Maitê Damé Teixeira Lemos, Mônia Clarissa Hennig Leal

_____. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. Pré-compreensão e pós-compreensão: uma análise de sua função na interpretação da constituição aberta. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, p. 1347-1381, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. v. 1, t. 1.

MASSA-ARZABE, Maria Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 5, n. 3, 453-468, jul. 2007.

NETO, Chade Rezek. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.686/99. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 177-207, 2001. Disponível em: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br>>. Acesso em: 17 abr. 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-generalista. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, p. 1988-2032, 2007.

_____. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

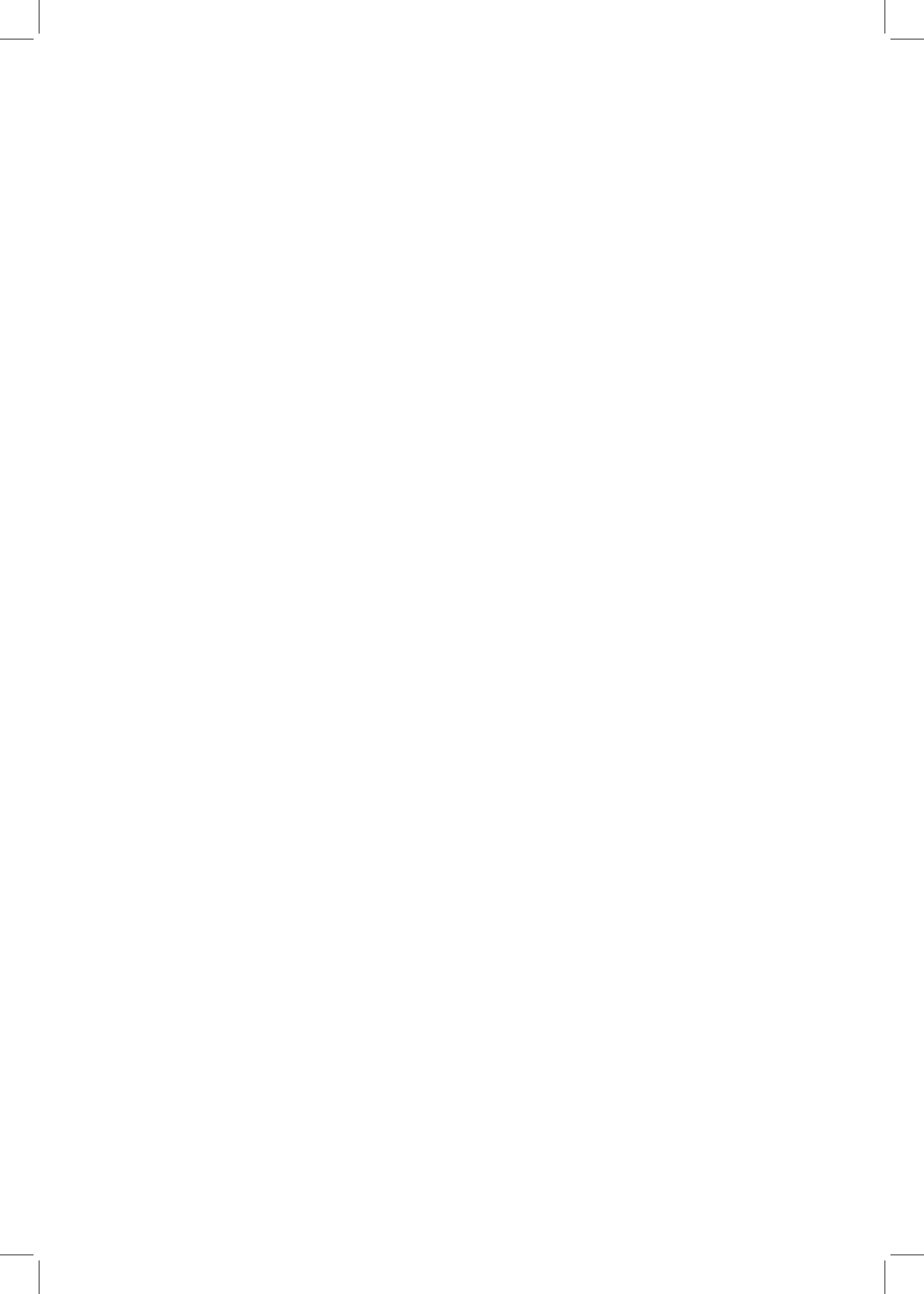
_____. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*. Porto Alegre: UFRGS, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

STEIN, Ernest et AL. *A política das políticas públicas: processo econômico e social na América Latina*. Relatório 2006. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 4. ed. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002.



A CRISE DO ESTADO SOCIAL E O ESCOPO DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES NOS PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL

Gina Vidal Marcílio Pompeu*

1 INTRODUÇÃO

Repensar o escopo do Estado e das instituições trata-se de tarefa inclusiva e preliminar. O *locus* acadêmico é primordial, pois irradia e capilariza informações e ideias para que ocorra o processo de tese e de antítese que constrói e transforma os rumos da história, da economia e dos povos. Este artigo faz parte das pesquisas desenvolvidas pelo Centro de Estudos Latino-Americano(CELA), da Universidade de Fortaleza. Ele envolve alunos da graduação e pós-graduação, que têm por mister estudar o Estado, a Constituição e a Economia na América do Sul.

Nesse contexto, visa a desenvolver um processo de conhecimento das identidades culturais e provocar a troca de informações sobre os campos da política, da economia, do social, da cultural para, por fim, gerar a noção de responsabilidade individual e coletiva essencial à formação de capital social sul-americano. A metodologia utilizada na elaboração da análise constitui-se em estudo descritivo-analítico, por meio de pesquisa bibliográfica, doutrinária e documental, que privilegia os dados oriundos da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, CEPAL e dos relatórios do *Doing Business* 2011, uma publicação do Banco Mundial e da Corporação Financeira Internacional. Estes relatórios apresentam análise comparativa entre as economias de 183 países.

Pesquisadores da melhor estirpe: juristas, cientistas políticos, sociólogos, jornalistas e economistas da Universidade de Fortaleza, alguns deles bolsistas da Fundação Cearense de Apoio Científico e Tecnológico (Funcap) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ), despendem esforços na análise das instituições e características de cada um dos países sul-americanos. Observam os regimes políticos, a forma de Estado, a forma de governo, as expectativas e decepções da população, bem como suas características intrínsecas. Verificam as opções do poder e das políticas implementadas, no ensaio de fazer com que estratégias sejam viáveis, para transpor a América Latina, colônia de exploração, para a América Latina que respeita e efetiva os direitos fundamentais e sociais e concilia liberdade com igualdade. Constatase que o momento pede personagens responsáveis pelos próprios sonhos e opções.

* Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná, Professora e Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Consultora Jurídica da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

A extensão territorial brasileira, bem como o diverso processo de colonização e a junção de múltiplas culturas estrangeiras e indígenas contribuíram para que o Brasil direcionasse as suas atenções para o próprio Estado (população, território e poder de mando), negligenciando, durante alguns séculos, os demais países da América do Sul. No campo das artes, cultura e literatura, o exemplo a ser seguido era o europeu; já no que é pertinente à política e à economia, o paradigma dos Estados Unidos se fez presente até a fase do Governo Lula.

Na virada do século XIX para o século XX, o Brasil Império foi substituído pela República Federativa dos Estados Unidos do Brasil. O país seguiu regras, moldou os hábitos da população, realizou a Grande Naturalização¹ de todos os estrangeiros residentes no país e, posteriormente, na Segunda Guerra Mundial, aderiu ao comando americano. Até mesmo, depois do período do Governo Militar, com a promulgação da Constituição de 1988, dita a cidadã, optou pela democracia participativa e pelo liberalismo econômico. Reconheceu os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa em Estado democrático de direito.

Acontece que, no Brasil, a ideia redentora do regime democrático não correspondeu às expectativas da população, haja vista que se encontra repartida em minoria, que goza dos privilégios do desenvolvimento neoliberal, e em maioria, cuja força do trabalho não lhe oportuniza nada mais que o alimento diário; ou inclui-se, ainda, considerado percentual que vive sob o que se vulgarizou chamar “abaixo da linha de pobreza”.

A virada do século XX para o século XXI e o movimento de globalização e de formação de blocos territoriais provocaram a reflexão sobre a necessária compreensão entre os países sul-americanos. A economia de mercados internacionais e a frustração com a democracia nos aproximam: brasileiros, chilenos, uruguaios, venezuelanos, colombianos... Não somos América Hispânica, somos América Latina, onde o sonho e a razão de espanhóis, portugueses, indígenas, africanos, italianos, japoneses, alemães, entre outros que aqui vieram para ficar, confundem-se e constroem a realidade de milhões de pessoas.

É hora de novos descobrimentos e constatações; é tempo de reatar os laços da história tecida por dois pequenos Estados que desbravaram o oceano e em verdadeiro processo de globalização, incluíram nas rotas econômicas a América do Sul. É preciso construir mecanismos e instituições capazes de garantir o desenvolvimento econômico-sustentável. e, assim, inclusivo.

Salienta-se, contudo, que rechaçar a democracia é retrocesso às ditaduras já experimentadas neste continente. Postergar a efetivação dos direitos sociais e a inclusão de um sem-número de pessoas como sujeitos de direito é omissão inaceitável.

¹ O Governo republicano do Marechal Deodoro da Fonseca resolveu decretar a Grande Naturalização, em 14 de dezembro de 1889. Nesse contexto, todos os estrangeiros residentes no país, que, no período de seis meses, não manifestassem interesse em conservar sua nacionalidade de origem, passariam a ser considerados brasileiros.

Nesse contexto, o artigo visa a fomentar a reflexão sobre o modelo de Estado que melhor se adapta à época de mundialização de conceitos e dos pressupostos da dignidade da pessoa em defesa da humanidade; independente do espaço geográfico por ela ocupado. Pontua-se, então, a existência de duas ordens, aquela oriunda da reafirmação dos direitos humanos, que sempre são confirmados na esfera global, principalmente após tragédias e crises, e, por outro prisma, analisa-se a soberania do Estado. Discute-se sobre o retorno ao Estado-Nação, ou Estado Regulador, agente capaz de conciliar os interesses oriundos da globalização da economia com as necessidades da população. Observa-se a capacidade de atrair empresas e fazer negócios na América do Sul. Fala-se do Estado comentado por Paulo Bonavides,² aquele de todas as classes, o Estado fator de conciliação, mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital.

2 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA AMÉRICA DO SUL

Com a secularização do poder, o homem passou a depositar, no Estado, um grande número de reivindicações que o transformaram em essencial à vida em comunidade e ao pleno desenvolvimento dos direitos de personalidade. Exige-se do Estado bem mais que a obrigação de não fazer e de se submeter aos ditames de uma constituição. As prestações positivas, no que concerne à efetivação dos direitos sociais, não podem ser negligenciadas.³

O século XVIII mudou o rumo da história da humanidade. Começaram a ser discutidos os grandes problemas políticos e sociais da humanidade: os direitos do homem, os limites do poder do Estado, a definição de liberdade individual, o relacionamento entre o Estado e a Igreja, a igualdade civil diante da justiça e da lei e a identidade dos destinatários da política do Estado. Perguntava-se: Quem é o povo? Por ironia, um clérigo da Igreja Católica foi aquele que incentivou o povo a se transformar no que hoje se conhece por poder constituinte. Emmanuel Siéyès⁴ (1748-1836) escreveu *O que é o terceiro estado?* e, com isso, traduziu o descontentamento da população diante dos privilégios conferidos ao clero (primeiro Estado) e à nobreza (segundo Estado).

No século XXI, as perguntas de Siéyès fazem-se repetir e incluem um quarto Estado (o assalariado), a quem são exigidos inúmeros sacrifícios em nome

² Bonavides (1980, p. 206-207).

³ Hannah Arendt discute a confusão entre a secularidade e a mundanidade. Alerta que a secularização, como evento histórico e tangível, significa a separação entre religião e política, implica o retorno à atitude cristã de conceder a César o que é de César e a Deus o que é de Deus e não uma perda de fé e intranscendência (ARENDR, 2007, p. 265).

⁴ Siéyès (2001).

da estabilidade econômica, tais quais a flexibilização das normas trabalhistas e previdenciárias e a redução de salários. Certamente as respostas não virão com a fragilização do Estado, tampouco por meio de indústrias transnacionais, para as quais não interessa onde seus produtos são fabricados, desde que sob o menor custo; mas, objetivamente, interessa-lhes qual o mercado que pode consumir a produção. Mercado que não tem rosto, nem cor, passado ou futuro, que ignora os Estados e as nações.

A ordem econômica e a ordem social inseridas no constitucionalismo do século XX mostraram-se insuficientes para garantir o desenvolvimento humano proporcional ao crescimento econômico. Apesar da sexta posição alcançada pelo Brasil no *ranking* internacional de desenvolvimento econômico,⁵ o Relatório do Desenvolvimento Humano de 2011, divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), classifica o Brasil na 84ª posição, entre 187 países avaliados pelo índice.⁶ Nesse diapasão, persiste o conflito das abissais diferenças entre as classes sociais e econômicas no Brasil, assim como em vários outros países em desenvolvimento. Amartya Sen, na obra *Desenvolvimento como Liberdade*, destaca bem tais diferenças que podem ser perversas:

Um número imenso de pessoas em todo o mundo é vítima de várias formas de privação de liberdade. Fomes coletivas continuam a ocorrer em determinadas regiões, negando a milhões a liberdade básica de sobreviver. Mesmo nos países que já não são esporadicamente devastados por fomes coletivas, a subnutrição pode afetar numerosos seres humanos vulneráveis. Além disso, muitas pessoas têm pouco acesso a serviços de saúde, saneamento básico ou água tratada, e passam a vida lutando contra uma morbidez desnecessária, com frequência sucumbindo à morte prematura.⁷

A resposta ao capitalismo global do século XXI somente será possível se oriunda da consciência individual da viabilidade do bem-estar coletivo. Tarefa que, necessariamente, exige esforços, decisão, renúncia e constante acompanhamento da gestão pública, bem como requer Governos politicamente responsáveis com a garantia de efetivação dos direitos sociais e com a integração entre as regiões e a esfera internacional. Primordial é valorizar a informação e, sobremaneira, o conhecimento, haja vista que possibilitam o acesso ao emprego e à renda.

⁵De acordo com os dados de cada país relativos a 2011, o Centre for Economics and Business Research aponta o Brasil como a sexta maior economia mundial. Fica atrás dos Estados Unidos, China, Japão, Alemanha e França, respectivamente. Disponível em: <<http://www.cebr.com/>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

⁶ Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/11/brasil-ocupa-84-posicao-entre-187-paises-no-idh-2011.html>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

⁷ Sen (2010, p. 29).

Paulo Roberto Feldmann⁸ assevera que, apesar de os países da América Latina possuírem problemas e aspectos diversos uns dos outros, possuem desafios econômicos muito semelhantes, entre eles, implementar ações que combatam a enorme desigualdade social e o dever de incluir 200 milhões de pobres; rechaçar a corrupção endêmica; e, modificar a concentração de terras rurais nas mãos de pouquíssimos proprietários para, assim, evitar a falta crônica de gêneros alimentícios. O *World Economic Forum*⁹ alerta que para incrementar a competitividade, alguns aspectos devem ser superados, tais quais: facilitar o acesso à obtenção de financiamentos; simplificar a complexa regulação tributária; diminuir a carga fiscal; modernizar a burocracia; combater a corrupção; modernizar a infraestrutura, principalmente na área de transportes; além de imprimir celeridade e estabilidade no funcionamento da Justiça.

O século XXI, em tempos de globalização econômica e de acesso à informação, trouxe ao ser humano a consciência coletiva do bem-estar e de suas liberdades. Elevou a expectativa de obter do Estado um padrão de comportamento, em que não há espaço para o patrimonialismo, para a personalização do poder e para a exclusão do cidadão de um sem-número de oportunidades calcadas no desenvolvimento humano e econômico. Essa situação de ser social, comunitário, e também ser global, conhecedor do processo e das relações entre as comunidades globais, exige do Estado que assuma um novo dever de garantir um patamar mínimo de condições aos seus nacionais para que desempenhem efetivamente as suas capacidades.

Configuram-se não raras opiniões que negam valor jurídico aos direitos sociais, que os caracterizam como meras declarações de boas intenções, de compromisso político, constituindo verdadeira fraude aos textos constitucionais. Observa-se que na América Latina a distinção entre direitos civis e políticos, com respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, indica a viabilidade imediata exclusiva dos primeiros, porquanto se limita à obrigação de não fazer, de abster-se, por parte do Estado, enquanto que os direitos sociais implicam o nascimento de obrigações de fazer, e a conseqüente necessidade de utilização do erário, para promover serviços de saúde, assegurar a educação, manter o patrimônio histórico e cultural, proteger a infância e a maternidade. Assim, sob a óptica dos que negam a efetividade dos direitos sociais, as expressões usadas nas constituições ou leis devem ser entendidas de forma metafórica ou em sentido figurado.¹⁰

Konrad Hesse¹¹ discorre sobre o discurso de Ferdinand Lassalle proferido em Berlim, em 1862, no qual ele diferencia a Constituição real de um

⁸ Feldmann (2010, p. 16-26).

⁹ Disponível em: <<http://www.weforum.org/videos/what-are-global-agenda-councils>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

¹⁰ Pompeu (2005, p. 269-277).

¹¹ Hesse (1991).

país da Constituição jurídica; esta, um simples pedaço de papel (*ein Stück Papier*), cuja capacidade de regular e motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real, formada pelos fatos originados das vontades de forças ativas e interesses diversos dos latifundiários, da grande indústria e do capital, do poder militar e, em menor escala, dos detentores do poder intelectual, da consciência e cultura gerais. Para Lassalle,¹² questões constitucionais não são jurídicas, são apenas políticas e as forças políticas se movem consoante suas leis. Tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, e a normatividade submete-se à realidade, ao fato concreto.

Persiste, em 2012, o duelo representado e exposto por Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle. A base calcada na realidade dos países sul-americanos, aparentemente, confirma a teoria de Lassalle. Os pactos e convenções internacionais não obrigam os Estados-membros à execução de metas objetivas que garantam os direitos sociais. A eficácia dos direitos sociais é questionada. Mesmo que previstos pela Constituição Federal, há mais de 24 anos, como direitos públicos subjetivos com aplicação imediata, não lograram êxito na realidade.

Uma das promessas normativas da democracia é a de que os cidadãos terão respeitados os seus direitos, o que pressupõe a presença normativa e institucional do Estado. Infelizmente, a combinação de alto índice de corrupção, fragilidade dos partidos políticos, baixa eficácia de políticas públicas includentes, investidas indiscriminadas do Estado liberal e de crise fiscal, impedem que Estado e Governo democrático estejam, efetivamente, presentes, o que produz, como resultado, uma atitude ambivalente da população da América do Sul, que ainda tem, em relação à democracia, a sensação de que dela não resulta qualquer impacto positivo na qualidade econômica de suas vidas e na diminuição da extrema concentração de renda.¹³

Constata-se que a crença na democracia e nos seus valores é tarefa de construção diuturna, a exigir empenho da sociedade, que fiscaliza, denuncia e requer investigação sobre atos suspeitos de corrupção; do poder político, que assume o seu papel nas democracias representativas e realiza investigações aprofundadas, trazendo ao debate político o interesse social; e, do Estado, que respeita a lei e aplica a Justiça. Assim, o Estado deve superar o debate entre o ato discricionário e o ato vinculado. Deve afirmar que todos os registros financeiros serão, rotineiramente, sujeitos à inspeção e que todos os servidores, no controle de verbas públicas, têm o dever de usar procedimentos transparentes e serão responsabilizados pelo mau uso de verbas públicas em objetivos privados, prevendo a restituição dos valores e até a prisão.¹⁴

¹² Lassalle (2008).

¹³ Linz e Stepan, (1999, p. 203-226).

¹⁴Cada um desses componentes já esteve presente quando do *impeachment* do Presidente Collor. As acusações vieram a público, por intermédio da sociedade. O Congresso Nacional assumiu as

A “ética” global impulsiona o sentimento de pertencer a Estados centrais, logo, os Estados periféricos necessitam inovar e aperfeiçoar o seu poder de mando, quebrar barreiras, azeitar a máquina estatal com objetivos comuns às três funções estatais nas diversas regiões; somente então será possível, por meio de um projeto nacional, deixar a condição de país periférico e viabilizar a inserção na condição de país central, aliando o desenvolvimento humano ao crescimento econômico.

A estrutura do Estado democrático é comprometida quando não existe um mínimo de igualdade de oportunidades, por não se efetivarem os direitos sociais básicos. Não há de se falar em democracia quando grande parte da população de um país não dispõe de alimentação, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados; e quando se constata presentes a fome, o abandono, o desamparo e a insensibilidade, banalizando a crueldade da situação social. As pessoas encontram-se desvestidas não apenas de roupas, mas, sobretudo, de direitos.

Os princípios de regulação inerentes ao Estado (Igualdade), ao Mercado (Liberdade) e à Sociedade (Fraternidade) devem-se fazer presentes concomitantemente, haja vista que sem um patamar mínimo de igualdade material não existe povo livre e igual, sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

De acordo com o Compêndio Estatístico do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)¹⁵ em análise desde os anos 1960 até 2002, o Brasil alcançou o índice máximo de democracia eleitoral, tendo sido considerado o somatório dos quesitos: sufrágio, eleições limpas, eleições livres e cargos públicos eletivos. Em uma escala de 0,00 a 1,00, o Brasil, em 2002, obteve o índice 1,0.

O relatório elaborado com dados da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela constatou que, em todos esses países, é reconhecido o direito universal ao voto. Apesar de alguns problemas e restrições, reconhece-se a idoneidade das eleições durante a década de 1990 (1990-2002), e, mesmo em alguns países, em meio a complexas crises constitucionais, ocorreu a ocupação regular, por meio de eleição, dos cargos eletivos.

investigações, o Procurador-Geral da República realizou inquérito, o Ministério Público e a Polícia Federal desempenharam o seu papel, e, na agenda democrática do Brasil, foi inserida a questão da impunidade das autoridades públicas e legisladores, julgamento e condenação.

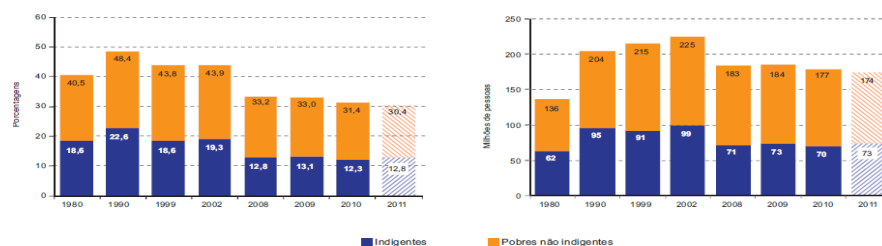
¹⁵ “*En América Latina se reconoce hoy el derecho al voto universal, sin restricción alguna de peso significativo. Éste es un logro notable y sumamente importante. El índice de democracia electoral (IDE) elaborado por el Proyecto sobre el Desarrollo de la Democracia en América Latina (PRODDAL) muestra que, en términos electorales, la democracia tuvo un mejoramiento constante a lo largo del período considerado. Los procesos de democratización y reforma del mercado, si bien de naturaleza distinta, avanzaron de manera sostenida, provocando una gran expectativa que contrastó notablemente con la evolución de los hechos.*” (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2004, p. 39).

Observou, ainda, o relatório, um espaço político aberto para as mulheres, por meio de cotas nos partidos e uma reduzida representação de pessoas afro-descendentes nos parlamentos. A maioria destes países ratificou os principais tratados internacionais e avançou na normatização, no que diz respeito à igualdade legal, à proteção contra a discriminação, aos direitos da mulher, ao combate ao trabalho infantil e aos direitos dos povos indígenas. Apesar dos avanços normativos, não se conseguiu lhes conferir a garantia necessária de vigência e eficácia.

O avanço notado no que é pertinente à cidadania política não foi o mesmo em relação à cidadania social, que constitui o principal problema das democracias latino-americanas. Pobreza e desigualdade não permitem que os indivíduos se expressem com liberdade. Nesse contexto, de acordo com relatório da Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL),¹⁶ “[...] o índice de pobreza da região situou-se em 31,4%, incluindo 12,3% de pessoas em condições de pobreza extrema ou indigência. Em termos absolutos, estas cifras equivalem a 177 milhões de pessoas pobres, das quais 70 milhões são indigentes.”

Gráfico 1 – América Latina: Evolução da pobreza e da indigência, 1980-2011^a

(Em porcentagens e milhões de pessoas)



Fonte: Comisión Económica para a América Latina y el Caribe, com base em tabulações especiais das pesquisas de domicílios dos respectivos países. Estimativa para 18 países da região mais Haiti. As cifras que aparecem sobre as seções superiores das barras representam a porcentagem e o número total de pessoas pobres, (indigentes mais pobres, não indigentes). As cifras sobre 2011 correspondem a uma projeção.

O Relatório da CEPAL aponta para a diminuição da pobreza e da desigualdade na região, porém, a cifra numérica daqueles que necessitam de inclusão ainda é avassaladora. É possível afirmar que os fatores que contribuíram para a melhoria apontada são: o incremento nos rendimentos do trabalho e o aumento das transferências públicas aos setores mais vulneráveis.

Nesse triângulo – democracia eleitoral, pobreza e desigualdade –

¹⁶ Panorama Social da América Latina. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/45173/2011-820-PSP-Sintese-Lanzamiento.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2012.

coabitam liberdades políticas com severas privações materiais, em que, dificilmente, consolidam-se direitos civis e sociais. Alcançar maiores níveis de desenvolvimento é uma aspiração tão forte, que leva muitos cidadãos brasileiros à afirmação de que estão dispostos a apoiar um regime autoritário, se este regime responder às suas demandas de bem-estar.¹⁷ Esquecem-se de que, nas democracias, hoje convertidas em sinônimo de liberdade e justiça, aqueles que carecem de bem-estar social e sofrem injustiças podem reclamar, mobilizar-se em defesa de seus direitos.¹⁸

Nota-se que o multiculturalismo no Brasil não resultou ainda na formação de uma verdadeira identidade nacional, não se reconhece no outro, a si mesmo, sujeito de direitos e deveres. Prepondera o desinteresse, o desconhecimento pelo passado e pelo bem público, espera-se por salvadores da pátria, mas os heróis ou os estadistas são facilmente esquecidos. O sentimento de nação, de pertencer, de projetos comuns, somente é observado, com facilidade, diante de jogos mundiais de futebol, quando brasileiros vestem verde e amarelo e possuem, bem definida, a vontade comum de ganhar um campeonato esportivo a cada quatro anos.

A construção de nações passa pelo conhecimento e discernimento acerca dos fatos, ideias e valores sobre a decisão do que pode ser considerada essência da condição humana. Em tempos de globalização, sobretudo de ideias, faz-se necessário romper o individualismo e assumir uma posição de igualdade coletiva, senão falsa será a imagem da igualdade propagada pela lei e provocada pelo consumo de produtos transnacionais. Não é tão somente vestindo as mesmas roupas que sociedades tão díspares serão iguais. A situação apenas camufla a realidade de cada nação, da exploração econômica de uma maioria por uma minoria, que transparece quando do gozo de direitos. Assim, constata-se, no Brasil, a desigualdade humana, econômica e social, por meio do perfil dos institutos de pesquisas.¹⁹

¹⁷ O Compêndio Estatístico do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento realizou pesquisa de opinião e concluiu que: “La preferencia de los ciudadanos por la democracia es relativamente baja. Gran parte de las latinoamericanas y los latinoamericanos valora el desarrollo por encima de la democracia e incluso le quitaría su apoyo a un gobierno democrático si éste fuera incapaz de resolver sus problemas económicos. Las personas no demócratas pertenecen en general a grupos con menor educación, cuya socialización se dio fundamentalmente em períodos autoritarios, tienen bajas expectativas de movilidad social y una gran desconfianza em las instituciones democráticas y los políticos. Aunque los demócratas se distribuyen em variados grupos sociales, em los países com menores niveles de desigualdad los ciudadanos tienden a apoyar más la democracia. Sin embargo, estas personas no se expresan a través de las organizaciones políticas.” (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2004, p. 27).

¹⁸ Pompeu (2005, p. 233-237).

¹⁹ O contingente de desocupados que foi estimado em 1,3 milhão de pessoas no agregado das seis regiões investigadas cresceu 15,9% no confronto com dezembro (mais de 180 mil pessoas procurando trabalho). Quando comparado com janeiro de 2011, recuou 7,7% (menos 110 mil). Lembrando que, de dezembro de 2010 a janeiro de 2011, essa população aumentou (13,7%, 171 mil pessoas). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/pme_201201pubCompleta>.

Aléxis de Tocqueville (1805-1859), magistrado e parlamentar francês, entrou para a história das ideias políticas por defender a democracia, a liberdade e a igualdade. Após viagem para analisar o sistema penitenciário americano, em 1831, voltou impressionado pela igualdade observada entre os americanos. Escreveu *A democracia na América: leis e costumes*, que constitui uma tentativa de ajustar o ideal de liberdade à realidade social e política de sua época. Em seus discursos, como Deputado, analisa a democracia americana e os resultados da revolução francesa, além das reivindicações durante 1848.

A temática constante é a conciliação entre a liberdade individual e política de cada cidadão, e a realidade social, política e econômica existente. Para Tocqueville, o grande mal moral é o individualismo, ferrugem da sociedade, que torna o cidadão vazio de toda a essência do civismo e do interesse do bem coletivo. O individualismo faz do homem um escravo, que oscila entre a servidão e o egoísmo. Indiferente ao destino do lugar em que mora, não se interessa pelos acontecimentos. Narra os fatos, alheio a tudo, como se a esfera pública pertencesse a um desconhecido chamado Governo. Diz Aléxis de Tocqueville no texto de introdução à sua obra:

O desenvolvimento gradual da igualdade das condições é um fato providencial. Possui suas principais características: é universal, é duradouro, escapa cada dia ao poder humano; todos os acontecimentos, bem como todos os homens, contribuem para ele. Seria sensato acreditar que um movimento social que vem de tão longe possa ser suspenso pelos esforços de uma geração? Alguém acredita que, depois de ter destruído o feudalismo e vencido os reis, a democracia recuará diante dos burgueses e dos ricos? Irá ela se deter agora, que se tornou tão forte e seus adversários tão fracos? Aonde vamos então?²⁰

Valores humanos devem ser transnacionais, atravessar Estados e ser inseridos nas constituições e ordenamentos jurídicos. Nesse contexto, o mundo deve ser plano. Pondera-se, porém, para o necessário desenvolvimento local, haja vista as necessidades específicas de cada região. Ciente desse fato, a Constituição brasileira de 1988, no inciso terceiro do art. 3º, adota como objetivo fundamental erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Já no art. 43, a mesma Constituição reafirma metas para a redução das desigualdades regionais, delineando um Estado Regulador que visa a conciliar os valores sociais do trabalho com a livre iniciativa nos planos nacionais e regionais e assim prevê condições que garantam a integração e o desenvolvimento de suas regiões, tais quais: incentivos com os juros favorecidos para o financiamento de atividades prioritárias, isenções e reduções ou diferimento temporário de tributos federais.

pdf>. Acesso em: 17 mar. 2012.

²⁰ Tocqueville (1998, p. 11).

3 O DESENVOLVIMENTO E A CRISE DO ESTADO SOCIAL

Para que se avance na ideia de desenvolvimento humano e coletivo é necessário entender a construção do Estado e as formas que tem assumido no decurso da história. Inúmeras são as interpretações que os cientistas, políticos, economistas e juristas lhe vêm conferindo, quanto à forma de governo, à forma de Estado e ao regime político. A figura do Estado toma feições diferentes a cada época; é moldado pelos interesses econômicos, e ainda, em face das necessidades humanas.

O pensamento sobre o Estado, em sua defesa ou oposição, vem permeando ao longo dos últimos quatro séculos a doutrina de cientistas políticos, filósofos, economistas e juristas, como Adam Smith.²¹ Viveu no período de 1723 a 1790 e marcou a base do desenvolvimento econômico ao defender um Estado não intervencionista, responsável somente pelo necessário para o livre desenvolvimento do indivíduo. No processo de tese e antítese, sobressai-se a partir do século XIX, a teoria de Karl Marx,²² que pregava a abolição do trabalho assalariado, da propriedade privada e, por fim, do próprio Estado. Já no século XX, os dilemas entre o poder, a lei e os direitos sociais são retratados, especialmente, por três juristas que merecem destaque: Carl Schmitt,²³ para quem soberano é quem decide sobre o Estado de exceção, defendia o primado do político sobre o jurídico, na busca da unidade política e da homogeneidade; Hans Kelsen²⁴ enaltecia a garantia jurisdicional da constituição e o primado da Lei, contrário senso, Herman Heller²⁵ preocupava-se com o poder político e com a inclusão dos direitos sociais no âmbito constitucional e legal. Indicava ser o socialismo não a superação, mas o refinamento do Estado. Sua visão econômica do Estado já previa que não se devia afastar a função política em nome da produção de uma economia coletiva, mas controlar a ação da lei econômica por meio da função política.

Já Hannah Arendt analisa o sistema de estados nacionais europeus, em face ao encolhimento econômico e geográfico da Terra, diante da mundialização. Verifica que a prosperidade e a depressão tendem a serem fenômenos globais. Da maneira como a família e a propriedade familiar foram substituídas pela participação das classes no território nacional, as sociedades circunscritas pelos Estados nacionais passaram a ser substituídas pela humanidade. O Planeta substituiu os restritos territórios dos Estados. A autora prevê proporções radicais para o processo de alienação do mundo, desencadeado pela expropriação e caracterizado por um crescimento de riquezas. Ressalta, de outra maneira, que:

²¹ Smith (2008).

²² Marx e Engels (2006).

²³ Schmitt (2007).

²⁴ Kelsen (2007).

²⁵ Heller (2002).

Os homens não podem ser cidadãos do mundo como são cidadãos dos seus países, e homens sociais não podem ser donos coletivos como os homens que têm um lar e uma família e são donos de sua propriedade privada. A ascensão da sociedade trouxe consigo o declínio simultâneo das esferas pública e privada; mas o eclipse de um mundo público comum, fator crucial para a formação da massa solitária, e tão perigoso na formação da mentalidade, alienada do mundo, dos modernos movimentos ideológicos de massas, começou com a perda, muito mais tangível, da propriedade privada de um pedaço de terra neste mundo.²⁶

Norberto Bobbio pauta a defesa do Estado fundamentado no regime democrático. Este Estado é o resultado da inspiração moral baseada na responsabilidade individual que reivindica uma economia antimonopolista. Ela é avessa aos privilégios dos grupos e necessita de uma estrutura não monística, mas pluralista do direito. Exige uma religiosidade interior que brote da intimidade da consciência. “Uma democracia que não seja o revestimento formal de uma sociedade aberta é uma forma sem conteúdo, é uma falsa democracia, uma democracia enganadora e não sincera.”²⁷

A constante e crescente dialética entre o Estado Liberal e o Estado Social os transformou de irmãos inimigos a aliados, ainda segundo Norberto Bobbio. Antes os que defendiam um Estado menos intervencionista se contrapunham ferozmente ao Estado supostamente mais nas mãos dos cidadãos, refletindo os dois modos de entender a liberdade, usualmente chamados de negativo e positivo. Atualmente, a diferença entre os dois conceitos diminuiu diante da conscientização do cidadão, mas continuam, quase sempre, sendo defendidos pelas classes econômicas opostas. Nesse contexto, quem está no alto da pirâmide social defende o Estado Liberal e quem está embaixo defende o Estado Social.

Ressalta-se a participação na construção dos Estados do Direito Humanitário propagado por Fábio Konder Comparato, para quem os fins republicanos devem ser alcançados por meio da democracia participativa e dos instrumentos da soberania popular.²⁸ Comparato, ao tratar a grande opção da humanidade, no século XXI, preleciona que a vida econômica não deve ser submetida à ilimitada acumulação do capital privado, deve se organizar no sentido de atender às necessidades e utilidades públicas. Compete às autoridades governamentais, com a aprovação popular e por meio de estímulos e sanções adequadas, apontar, nas diretrizes programáticas, a direção a ser cumprida pelas empresas, visando à produção de bens e serviços de interesse coletivo. O ideal do capitalismo financeiro, da realização de lucros sem

²⁶ Arendt (2007, p. 269).

²⁷ Bobbio, (2001 p. 99).

²⁸ Comparato (2001, p. 445-470).

produção de bens ou a prestação de serviços à comunidade, deve encontrar, no povo e no Estado-Nação, opositores atentos e eficazes.

A Constituição Federal de 1988, que introduziu a ordem econômica com o fito de concretizar a ordem social, sucumbe a cada dia diante da ordem financeira. Caricatura do previsto por Schmitt, no Brasil, o estado de exceção permanente tem decisões tomadas pelo guardião da Constituição (o Judiciário). Em nome do neoconstitucionalismo, extrapola a efetivação judicial dos direitos individuais e coletivos previstos na Constituição de 1988 e, por fim, usurpa o poder de decisão oriundo da vontade popular, substitui os instrumentos democráticos e atenta à harmonia entre as funções do Estado.

Vive-se entre o Estado policial e o Estado judicial, e engatinha-se no Estado democrático de direito. O Estado, de acordo com o pacto social, deveria proporcionar assistência e proteção aos seus cidadãos, porém, ele próprio é quem, muitas vezes, persegue e viola os direitos humanos, seja por abuso de autoridade, seja por desestruturação política e econômica. Márcia Morikawa sinaliza para a maioria dos casos em que o próprio Estado é o perseguidor; nesse diapasão, os institutos internacionais negam proteção e assistência humanitária internacional, alegando tratar-se de um assunto interno, questão de soberania.²⁹

Do passado colonial e escravocrata ao Brasil do século XXI permanece a característica de concentrada distribuição de renda e de riquezas. A política social que se estabeleceu no país, e que perdura até hoje, prioriza a aplicação de recursos nos grandes centros urbanos, em confronto com o texto da Constituição brasileira de 1988. Diante desse fato, formam-se cidadãos de primeira e de segunda categorias. Observa-se a concentração de riquezas e de capital humano no Sudeste do país, cujo polo dinâmico da economia proporciona um sistema social mais bem distribuído. Em outro viés, gastos insuficientes com a efetivação dos direitos sociais aliados aos interesses patrimonialistas, mantidos pela classe política dirigente, resultaram, no Brasil, em ausência de capital social, de participação política e de melhores oportunidades de emprego e renda para a maior parcela da população.

A pequena organização social e política do povo brasileiro dificulta a formação e a manutenção de instituições de controle social. Ricardo Sayeg, em tese de livre docência, preleciona que para agravar a situação, o Brasil é importador de tecnologia e as suas instituições são marcadas pela inconsistência, pela falta de recursos materiais e pelo despreparo de seus quadros, com sobrecarga de tarefas. Proliferam denúncias de abusos de autoridade, de um lado, e de corrupção, prevaricação e favorecimento, de outro.³⁰

Somente uma população consciente da sua cultura, da sua história, dos valores e das tradições é capaz de se posicionar como sujeito de direitos e deveres.

²⁹ Morikawa (2006, p. 16).

³⁰ Sayeg (2008).

Reconhece que as autoridades constituídas do Estado nada mais são do que seus representantes nas suas funções legislativas, judiciárias e executivas, e que têm como essência de suas funções a promoção da justiça e do bem comum. Os agentes do Estado devem verificar, constantemente, se as normas por eles aplicadas são boas, de fato e de direito, se atendem aos apelos sociais. A sociedade é maior do que o Estado; e o homem, consciente do seu papel de construtor de uma realidade melhor (mais justa e igual), é o agente desta sociedade.³¹

A soberania do povo é que indica os caminhos a serem seguidos pelas funções legislativa, executiva e judiciária do Estado. Fator que deve conjugar interesse popular nacional com aqueles oriundos da economia global, opondo-se aos elementos que contrariam o bem-estar coletivo. Por fim, deve o Estado vedar condutas e regular as conveniências particulares que se opõem à efetivação do interesse público. Essa é a essência do Estado, razão do pacto social. A soberania popular definirá o objetivo comum e o destino do Estado de alcançar o bem-estar social. Ao se distanciar dos seus elementos fundadores, população, território delimitado e determinação do poder de mando, o Estado corre o risco de esmaecer.

No Estado democrático de direito, há de se respeitar a Constituição e de se desejar, profundamente, que ela dirija os caminhos das funções deste Estado. Rompeu-se a barreira do século XXI com as mesmas preocupações e angústias decantadas em séculos passados: melhor qualidade de vida, liberdade e igualdade para todos. Direito ou utopia no Brasil e na América do Sul? Não é nova, contudo, a crença de que, sem a participação popular, sem as cobranças sociais e vigilância diuturna, sem restaurar as noções de ética e de dignidade humana, todos os direitos permanecerão inertes.³²

4 GLOBALIZAÇÃO E O RETORNO AO ESTADO REGULADOR

Terminada a primeira metade do século XX, marcada pelas duas grandes guerras mundiais, pela crise econômica dos anos 1930 e ainda por vários regimes totalitários que impregnaram a Europa e a América Latina, a segunda metade do século XX tendeu a defender o regime democrático e os direitos humanos em tempo de prosperidade econômica. Foi nesse contexto que se renovou o liberalismo econômico do século XIX e a formação de um mercado mundial ou global caracterizado pela desestatização ou pelas privatizações, pelo colapso dos segundo (União Soviética e satélites) e terceiro (subdesenvolvidos) mundos na ordem econômica internacional.

O século XXI apresentou uma reviravolta no cenário internacional, sobremaneira no final da primeira década, com o agravamento e a internacionalização da crise econômica de 2008, que se espalhou pela União Europeia. O que parecia

³¹ Pompeu (2005).

³² Pompeu (2007, p. 35-48)

distante, no perfil de consumo americano, a combinação alta dos juros e a inadimplência repercutiram em perdas consideráveis nas instituições bancárias que investiam nos títulos advindos dos contratos do tipo *subprime*. Dessa forma, o que era pontual a um setor do mercado de consumo, alastrou-se por outros ramos e ultrapassou as fronteiras do território norte-americano.

A Europa, por sua vez, tem enfrentado as consequências da crise e dos programas de salvamento de seus sistemas financeiros, o que afetou as posições fiscais que em alguns casos mostravam algum grau de debilidade anterior. Isso trouxe para o ambiente externo a incerteza quanto à sustentabilidade da dívida soberana de um grupo de países cujos níveis de endividamento e perspectivas de déficits públicos persistentes indicavam uma deterioração da sua capacidade potencial de cumprir seus compromissos ao mesmo tempo que deviam efetuar a renovação de parte importante da dívida pública (Espanha, Grécia, Irlanda, Itália e Portugal).

Grécia e Irlanda tiveram de ser objeto de programas de resgate por parte da União Europeia e do Fundo Monetário Internacional (FMI), enquanto os prêmios por risco da dívida soberana dos demais se elevaram. Esses eventos, somados ao anúncio do programa de expansão da liquidez nos Estados Unidos, induziram uma variabilidade nas cotações de moedas e nos preços externos dos produtos básicos.

Estudos da CEPAL³³ indicam que vários países decidiram adotar drásticos planos de consolidação fiscal que, no futuro imediato, serão traduzidos em reduções da demanda agregada. Isso afetaria negativamente as perspectivas imediatas de crescimento global e da demanda de bens e serviços exportados à Europa pela América Latina e Caribe. Excetua-se desse quadro geral a Alemanha, que continua mostrando dinamismo, baseado em ganhos de produtividade e na expansão de suas exportações.

Tem-se a presença de um evento econômico, de caráter sistêmico, que envolve a atuação conjunta de Estados, indivíduos e Organismos internacionais e que ameaça a estabilidade da comunidade europeia e a toda sociedade internacional.

Para que estes países não fossem excluídos de referido bloco comunitário, uma série de negociações foram iniciadas com o propósito de, no plano internacional, serem geradas garantias para que estes Estados devedores não convertessem suas dívidas em efetivos calotes, mas que, em contrapartida, os países afetados criassem novas regras internas que demonstrassem de forma efetiva o comprometimento com suas responsabilidades internacionais, devendo criar regras que afetassem positivamente as condutas orçamentárias, com repercussão nas questões dos Estados, das empresas e dos indivíduos.

³³ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2011). O Balanço preliminar das economias da América Latina e do Caribe é um documento anual da Divisão de Desenvolvimento Econômico da Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponível em: <www.cepal.org/.../2011-883-BPP-POST_LANZAMIENTO-WEB1>. Acesso em: 20 jun. 2012.

Pondera-se para o fato de que a globalização recria as regiões, com uma ordem local comandada por uma ordem global. Os acontecimentos estão entrelaçados como os caules das cerejas. Em um dado momento, quando a crise se instala, as demandas por regulação crescem. Consta-se que elas não podem ser efetivadas nem localmente, nem globalmente. Nesse contexto, observa-se a necessidade do retorno ao Estado-Nação, aquele que repensa suas ações e valores a partir das dores locais, da capacidade e das condições da população e do setor produtivo, incluindo as empresas de pequeno e médio portes, visando a reestruturar o Estado, seus sacrifícios e prioridades.

A vigília atual é para que o desenvolvimento econômico não se limite à especulação financeira e à concentração de renda, não prospere sobre o término do Estado-Nação e de seu elemento essencial: a população. Não há de se falar em Estado democrático de direito sem a democratização econômica, sem a formação de instituições e do próprio povo.

Observa-se que o vazio deixado pelo Estado tem sido preenchido, como diz Francis Fukuyama, por uma mistura heterogênea de corporações internacionais, organizações não governamentais, organizações internacionais, sindicatos do crime e grupos terroristas. Para o autor, na ausência de uma resposta clara, não há outra escolha que a de retornar ao modelo Estado-Nação, soberano, mais forte e mais eficaz.

Somente os Estados são capazes de fazer agregar e distribuir poder legítimo. Este poder é necessário, em termos nacionais, para fazer com que as leis sejam cumpridas, e no plano internacional, para preservar a ordem mundial. Aqueles que se manifestaram a favor do “crepúsculo da soberania” – quer sejam partidários do livre mercado, à direita, ou multilateralistas comprometidos com a esquerda – precisam explicar o que irá substituir o poder dos Estados-nação soberanos no mundo contemporâneo.³⁴

Na atualidade, é possível observar o enfraquecimento do Estado, seja pela diminuição da máquina estatal, seja pelo surgimento de blocos econômicos. Países componentes da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – (OCDE) foram os pioneiros na adoção de medidas que diminuíram o ritmo de investimento direto do Governo, sobretudo em razão do aumento dos gastos sociais e de previdência, e promoveram o processo de transferência, por venda ou concessão, de empresas estatais a entidades privadas. Estes processos foram posteriormente introduzidos nos países em desenvolvimento por meio do Consenso de Washington, que enumerava 10 regras básicas as quais deveriam ser seguidas para o ajustamento macroeconômico dos países. Assim imperavam a disciplina fiscal; a reorientação das despesas públicas; a reforma tributária; a liberalização financeira; as taxas de câmbio

³⁴ Fukuyama (2005. p. 156-157).

unificadas e competitivas; a liberalização do comércio; a abertura a investimento estrangeiro direto; a privatização; a desregulamentação; o direito de propriedade seguro.

Kenichi Ohmae³⁵ exalta a geopolítica de um mundo sem fronteiras e o fim do Estado–Nação, cujos líderes têm em mente a proteção do território, dos recursos, de empregos, ou tão somente a exaltação da soberania, afugentando novos recursos e novos talentos. A economia seria domada pela política que tinha como prioridade atender, por meio do protecionismo, empresas nacionais e manter o Governo atual no poder. Ele aponta que a essência do desafio não é resolver todos os problemas na esfera local, mas possibilitar sua solução, aproveitando os recursos globais. O autor indica um novo tipo de Estado, os Estados-Regiões, cuja eficácia dependeria de sua capacidade de explorar soluções globais, melhorar a qualidade de vida de seu povo, atraindo e aproveitando a capacidade e os recursos da economia global, adaptando-os às necessidades locais. Não deveria, apenas, repelir tal economia, para que interesses específicos pudessem florescer.

Robert Reich,³⁶ Professor da Universidade da Califórnia em Berkeley, afirma a necessidade de reconstrução da democracia, que, objetivamente, reflete o que a maioria quer para a sociedade como um todo. Não há de se esperar que as empresas ou consumidores e investidores sejam os responsáveis pela definição dos rumos da sociedade e do próprio Estado. O papel do capitalismo é fazer o bolo crescer.

Definir como o bolo será fatiado e decidir sobre o que fazer com suas fatias é algo que cabe à sociedade. Esse papel é atribuído nas democracias ao Estado, por meio de seus poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Estes criam leis e normas, fiscalizam a sua aplicação, e, por fim, controlam os excessos do capitalismo. É exigido do Estado o pleno exercício da função Judiciária, que deve ser célere, por meio de decisões previsíveis, mas independente para apreciar caso a caso a perda ou a ameaça aos direitos individuais e coletivos, humanos, sociais e econômicos, entre indivíduo e indivíduo, ou entre Estado e indivíduo.

Robert Reich argumenta que o capitalismo pode ser uma condição necessária à democracia, porém, a democracia pode não ser essencial para o capitalismo. Observe-se o exemplo da China. Absolutamente necessária à democracia é a participação popular que cobra a presença de um Estado regulador.

Celso Lafer³⁷ ao examinar as diferenças entre globalismo e globalização, enaltece o Direito Internacional Público Contemporâneo; ao tutelar o *princípio de autodeterminação dos povos* como critério de independência e autonomia dos Estados, chancela a importância atribuída por Hannah Arendt à fundação do *nós* de uma comunidade política e reconhece a esperança que pode trazer a liberação de uma

³⁵ Ohmae (1999, p. 73-95).

³⁶ Reich (2007).

³⁷ Lafer (2009).

antiga ordem colonial ou baseada em impérios dinásticos por meio da liberdade do agir conjunto.

A globalização cultural e econômica não é em si uma maldição ou uma benesse, como afirma Luiz Carlos Bresser-Pereira³⁸. É um sistema de intensa competição entre Estados nacionais, por meio de suas empresas, que deve fortalecer o Estado fiscal, administrativa e politicamente, ao mesmo tempo em que confere às empresas nacionais condições de competitividade internacional. Para o autor a globalização é um estágio do capitalismo em que Estados-Nação cobrem o Globo Terrestre e competem, economicamente, entre si, por meio de suas empresas. Um governante é bem-sucedido se logra taxas de crescimento maiores do que a dos países julgados concorrentes.

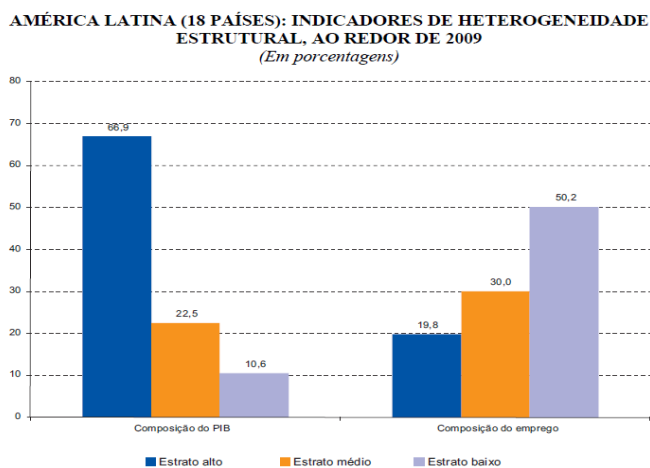
O Brasil, como os demais países da América Latina, dotou-se de Estado, sem a formação de uma sociedade nacional. Deixavam de ser colônia de Portugal e da Espanha para serem subjugados por outros países já em pleno desenvolvimento econômico. Restavam elites ambíguas, que ora se afirmavam como nação, ora cediam à hegemonia ideológica externa. O desenvolvimento permanece impedido, pela falta de nação, e encontra obstáculo na exacerbada concentração de renda, que, além de injusta, é campo propício ao populismo, à flexibilização do trabalho e à precarização da força de trabalho, viabilizando, por fim, a baixa de salários.

O relatório da CEPAL de 2011, *Panorama Social da América Latina*,³⁹ assevera que os mercados internos das economias latino-americanas são estruturalmente heterogêneos. Isso significa que estão muito segmentados. Demonstra, assim, que a estrutura econômica da região pode ser analisada considerando a existência de três estratos de produtividade: alto, médio e baixo, com diferente acesso à tecnologia e aos mercados. O estrato alto, composto por atividades de exportação e empresas de grande escala operativa, gera 66,9% do produto e apenas 19,8% do emprego total. Já o estrato médio, que compreende as pequenas e médias empresas (PME), gera 22,5% do produto, e sua ocupação representa 30% do total. Por fim, o estrato baixo, associado ao que geralmente se denomina setor informal, concentra a metade do emprego e aporta apenas 10,6% ao produto.

³⁸ Bresser-Pereira (2007, p. 64-96).

³⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2011).

Gráfico 2 – América Latina (18 países): indicadores de heterogeneidade estrutural, ao redor de 2009 (em porcentagem)



Fonte: Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), com base em R. Infante, “América Latina en el umbral del desarrollo”. Un ejercicio de convergencia productiva”, Documento de trabalho, Nº 14, projeto sobre desenvolvimento Inclusivo, Santiago do Chile, CEPAL, junho de 2011.

São evidentes as consequências dessa disparidade entre os aportes de cada setor ao produto e ao emprego: produz-se uma distribuição muito desigual da produtividade (medida esta pelo PIB por ocupado). Em última instância, isso deixa espaço para uma apropriação heterogênea dos ganhos que se derivam dela entre os trabalhadores, o que opera como parâmetro estrutural para as disparidades e para o acesso ao bem-estar na região. Para a pesquisa realizada pela Comisión Económica para América Latina y el Caribe:

[...] enquanto o emprego se concentra no estrato de baixa produtividade, a maior apropriação de ganhos (participação no PIB) ocorre no estrato alto, que só absorve cerca de um de cada cinco ocupados. Estas assimetrias são, em grande medida, responsáveis pela concentração do rendimento do trabalho na América Latina.⁴⁰

A valorização do trabalho e o respeito à diversidade cultural e de opiniões são qualidades inerentes ao cidadão brasileiro e ao cidadão do mundo. São essas características que engajam o homem na responsabilidade com a humanidade e sua emancipação. Joaquim Nabuco,⁴¹ dando continuidade a sua obra abolicionista, afirmava a necessidade de construção de uma cidadania universal: “A política exterior

⁴⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2011, p. 27).

⁴¹ Nabuco (1949, p. 467).

que se pode qualificar de permanente é aquela em que uma Nação procura construir, ao lado de outra, um destino comum.”

Francis Fukuyama⁴² constata que “[...] a arte de construção de Estados será um componente essencial de poder nacional, tão importante quanto a capacidade de utilizar forças militares tradicionais para a manutenção da ordem mundial.” O novo desenvolvimento é obra coletiva nacional que conta com instituições políticas e econômicas voltadas para o funcionamento dos mercados, mas que promovem desenvolvimento econômico e social. Por meio da presença do Estado e das instituições, este desenvolvimento prioriza a distribuição de renda, conciliando, por fim, o humano ao nacional.

5 CONCLUSÃO

A globalização de costumes e de ideais de liberdade, igualdade e fraternidade vem contextualizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, reiterada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, bem como mediante a provocação aos trabalhadores do mundo pela frase de Marx: “Proletários de todos os países, Uni-vos!” São situações que refletem, no homem, a sensação de ser mundial, de humanidade possuidora de direitos fundamentais; porém, para o pleno exercício dos direitos de personalidade, nestes incluídos a concretização dos direitos sociais, deve-se fazer presente o Estado nacional. O enfraquecimento do Estado não é indício de desenvolvimento humano global, é campo apropriado para abuso aos direitos humanos, conflitos sociais, exclusão e violência.

O ideal universalista exposto esbarra, cotidianamente, nos fatores reais do poder descritos por Ferdinand Lassalle, diante das abissais diferenças econômicas e políticas entre os Estados. Construir instituições comuns, no campo da política, da cultura e da economia, torna-se essencial para que se estabeleçam laços entre o plano dos princípios universais abstratos e a concretude das realidades singulares que se pretende regular. Repensar o fundamento ético do poder do Estado, originado da vontade nacional é o meio adequado a se contrapor à autonomização do econômico, em esfera mundial, e à dilatação do mercado.

Fomentar as instituições, a cultura da nação e da participação política, não significa pregar o retorno ao nacionalismo exacerbado, ao racismo ou ao organicismo, combatidos por Bobbio; visa a superar o conflito entre a omissão do campo da política que não faz preponderar a finalidade ética do Estado de realizar direitos sociais, de garantir direitos adquiridos e segurança jurídica, de representar uma população, e não somente uma facção economicamente dominante.

⁴² Fukuyama (2005, p. 157).

Aprender a construir Estados fortes com escopo às funções necessárias é a questão atual. Estados que não necessitam ser extensos, porém, devem conhecer e recepcionar os anseios de sua população. Devem concretizar de forma eficiente, transparente e democrática, o poder de mando, determinado pelas normas constitucionais e pela legislação ordinária, infraconstitucional, elaborada pelo necessário processo legislativo; planejado e administrado pelo executivo; e julgadas as exceções e disputas entre indivíduos, e entre indivíduos e Estado pelo Judiciário.

A soberania do Estado, resultado da vontade popular e da nacionalidade, efetiva-se no território nacional, ao garantir prioridade ao interesse público diante de conflito com o interesse privado; revigora-se, ao implementar políticas governamentais que viabilizem um patamar mínimo de igualdade.

Fora do seu território, a soberania do Estado torna-se aparente quando, por meio de posições explícitas na ordem internacional, opta por preservar a cultura e a defesa do nacional, diante da pressão dos mercados e do processo de mundialização.

Na maioria das vezes, os consumidores exigem e esperam obter melhores produtos, agilidade nos serviços e preços mais baratos; esses clientes ignoram a origem do produto adquirido e em quais condições humanas foi produzido. Essas informações, ao contrário do preço, não vêm etiquetadas. Surge, porém, uma reflexão ética global: não é possível aceitar a mão de obra escrava ou infantil. O direito de consumir não deve prevalecer e fazer retroceder as conquistas dos direitos humanos, trabalhistas e de personalidade.

Acredita-se que essa hegemonia do consumo abriga, em si, uma ideologia alienante, ao tentar convencer da necessidade de utilização de bens supérfluos e estranhos à cultura local. Subjugam os costumes locais propagando os benefícios da perda da soberania popular, e introduzem valores oriundos dos países desenvolvidos, onde estão situados os dirigentes das empresas transnacionais.

As instituições, em cada Estado-Nação, necessitam incrementar a sua capilarização, tanto no âmbito comercial quanto no produtivo e financeiro, capazes de fazer oposição ao desequilíbrio da globalização econômica, que, por enquanto, polarizou de um lado, países centrais, altamente desenvolvidos com sistema de produção material, social e institucional bem definido, e de outro, os países periféricos, com produção deficiente, desnutrição, saúde e sistema de educação e de informação precários; local onde prevalece a economia informal.

Novas regulamentações públicas e sociais mais solidárias e sustentáveis devem ser engendradas, capazes de resolver as questões mundiais relativas aos mercados e aos fatores de produção. Gerar emprego e renda, por meio da atração de novas empresas, faz parte da agenda prioritária dos Estados, assim como o combate à corrupção e ao desvio de recursos públicos, a busca de transparência e celeridade judicial. Essa missão, que ocorre por meio das regulamentações que melhoram a

atividade de negócios, necessita do cumprimento dos princípios da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Devem-se fazer presentes em todas as funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária).

É possível observar, por meio do Relatório Doing Business de 2011,⁴³ o fato de que na América Latina e no Caribe, onde apenas 47% das economias implementaram reformas de regulamentação de negócios em 2010, 23 das 25 reformas simplificaram os processos administrativos. Muitos fizeram isso introduzindo procedimentos *on-line* ou sincronizando as operações de diferentes órgãos por meio de sistemas eletrônicos. Nesse contexto, o Brasil, o Chile, o Equador e o México facilitaram a abertura de negócios; a Colômbia acelerou o procedimento para a obtenção de alvarás de construção, e a Nicarágua tomou providências para facilitar o comércio internacional. Diante das investigações realizadas, conclui-se que, nas economias do mundo inteiro, independentemente do local e do nível de renda, os formuladores de políticas adotaram tecnologia para tornar mais fácil fazer negócios, reduzir os custos das transações e aumentar a transparência, haja vista que o acesso ao emprego e à renda continua sendo desejo universal.

Já a conscientização global de pertencimento à ordem comum chamada humanidade e o sentimento de fraternidade, levam a prática da alteridade, a aceitar o diferente e a enxergar, no outro, a si mesmo e a exigir igualdade, dignidade e acesso a um sem-número de direitos que transcendem o aspecto da territorialidade. O exercício da soberania interna e externa há de efetivar-se com responsabilidade, terá como elementos fundantes a legitimidade e a proteção da dignidade humana, aquela que como canta o verso de Gonzaguinha, é alcançada por meio do trabalho. Luiz Gonzaga Junior sintetiza esse pensamento na letra da música *Guerreiro Menino*, quando diz: “[...] Um homem se humilha, se castram seus sonhos, seu sonho é sua vida, e vida é trabalho, e sem o seu trabalho, o homem não tem honra e sem a sua honra se morre, se mata [...]”.⁴⁴

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO/BANCO MUNDIAL. *Doing Business 2011: Fazendo a Diferença para os Empresários*. 2011. Disponível em: <website: www.worldbank.org>. Acesso em: 19 jun. 2012.

⁴³ Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial (2011).

⁴⁴ Disponível em <http://www.letras.com.br/luiz-gonzaga/guerreiro-menino>>. Acesso em: 25 de jun. 2012.

- BOBBIO, Norberto. *Entre duas Repúblicas: às origens da democracia italiana*. Tradução Mabel Malheiros Bellati. Brasília, DF: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.
- _____. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Novo desenvolvimento e ortodoxia convencional. In: DINIZ, Eli (Org). *Globalização, Estado e Desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- CARROUÉ, Laurent. *Géographie de la mondialisation*. Paris: Armand Colin, 2002.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *O Balanço preliminar das economias da América Latina e do Caribe*. 2011. Disponível em: <www.cepal.org/.../2011-883-BPP-POST_LANZAMIENTO-WEB1>. Acesso em: 23 jun. 2012.
- _____. Panorama Social da America Latina. 2011. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/45173/2011-820-PSP-Sintese-Lanzamiento.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2012.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FELDMANN, Paulo Roberto. *Empresas latino-americanas: oportunidades e ameaças no mundo globalizado*. São Paulo: Atlas, 2010.
- FUKUYAMA, Francis. *Construção de Estados: governo e organização mundial no século XXI*. Tradução Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.
- HELLER, Herman. *Teoria del estado*. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- INFANTE, R. América Latina em el “umbral del desarrollo”. Um ejercicio de convergência produtiva. *Documento de trabalho*, projeto sobre desenvolvimento inclusivo, Santiago do Chile: CEPAL, n. 14, jun. 2011.

Gina Vidal Marcílio Pompeu

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução J. Cretella Juniore Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda (General theory of employment, interest and money)*. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1992.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. *Essência da Constituição*. 8. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. Tradução Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Anita Garibaldi, 2006.

MORIKAWA, Márcia Mieko. Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos direitos do homem. Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados. Boletim da faculdade de Direito. *Studia Iuridica* 87. Coimbra: Coimbra, 2006.

NABUCO, Joaquim. *Pensamentos soltos*. Camões e assuntos americanos. São Paulo: Instituto Progresso Editorial, 1949.

OHMAE, Kenichi. *O fim do Estado-Nação*. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Publifolha, 1999.

POMPEU, Gina Marcílio. *Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial*. Fortaleza: ABC, 2005.

_____. História política e constitucional (brasileira e cearense). In: *Poder Legislativo: seja uma autoridade no assunto*. Ceará: Jornal Diário do Nordeste, 2007.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *La democracia em América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Compendio Estadístico. Peru: abr. 2004. v. 2.

REICH, Robert B. *Supercapitalism: The Transformation of business, Democracy and Everyday Life*. New York: Alfred A. Knopf, 2007.

ROVER, José Aires. Presença do humanismo político no Brasil do século XIX. Joaquim Nabuco. In: MEZZAROBBA, Orides. *Humanismo político: presença humanista no transverso do pensamento político*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

SAYEG, Ricardo Hasson. *Doctrina Humanista de Direito Econômico*. 2008. Tese doutorado em direito econômico - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição (Der Hüter der Verfassung)*. Tradução Geraldo Luiz de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIÉYÈS, Emmanuel. *A constituição burguesa*. Qu'est-se que le tiers état? Tradução Norma Azevedo e Organização Aurélio Wander Bastos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações*. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2008.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.



O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

Adriana Silva Maillart*
Samyra Dal Farra Napolini Sanches**

1 INTRODUÇÃO

Em certa oportunidade, em palestra proferida no Banco Mundial sobre o papel da reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento, especificou-se que a abrangência do desenvolvimento jurídico e judicial deve ser visto como parte de um processo geral de desenvolvimento econômico e humano.¹

Este artigo, tendo por teoria de base os ensinamentos de Amartya Sen, propõe uma análise da abrangência do Direito fundamental de acesso à justiça, visando a analisar como o efetivo Acesso à Justiça pode contribuir para o desenvolvimento de um modo geral, fazendo com que ambos direitos fundamentais sejam interdependentes e complementares.

Assim, o acesso à justiça será analisado como direito humano fundamental e importante fator para a promoção do desenvolvimento integral, enfocando os desenvolvimentos econômico e humano.

Para tanto, será importante, inicialmente, conceituar os Direitos Humanos Fundamentais, passando pela necessária contextualização histórica destes e de suas características de interdependência e complementaridade.

No segundo momento, será estudado o contexto atual de acesso à justiça e a sua conceituação como um Direito Humano Fundamental; este será realizado com o Direito ao desenvolvimento na terceira seção, enfatizando-se o papel da liberdade para este direito.

Por fim, os dois direitos serão inter cruzados, com o objetivo de verificar a importância do acesso à justiça para o desenvolvimento.

Trata-se de um artigo de caráter exploratório, que buscará investigar, pelo método indutivo e pela técnica da pesquisa bibliográfica, os principais conceitos necessários para atingir o objetivo almejado.

* Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Coordenadora do Curso de Direito, Professora e pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

** Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora e pesquisadora do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho; Professora colaboradora do Mestrado em Direito da Uniletoledo e da Unimvem de Marília.

¹ Nesse sentido, ver prefácio de Amartya Sen à obra *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*, coordenado por Welber Barral.

2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO, HISTÓRICO E AS CARACTERÍSTICAS DA INTERDEPENDÊNCIA E COMPLEMENTARIDADE

Direitos Humanos Fundamentais para a presente pesquisa são considerados aqueles Direitos Humanos que foram positivados na Constituição Federal brasileira por meio de normas jurídicas. Isso não significa, porém, reduzir a concepção de Direitos Humanos à de direito positivado, uma vez que se consideram os Direitos Humanos como:

[...] conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.²

No mesmo sentido, e reforçando o aspecto extrajurídico dos Direitos Humanos, David Sanchez Rubio concebe-os a partir de dois referenciais: “[...] como articulação de tramas e processos sociais, políticos, econômicos, culturais e jurídicos, de abertura e como a consolidação de espaços de luta por concepções particulares de dignidade humana.”³ Tanto os Direitos Humanos quanto os Direitos Fundamentais se destinam a conferir dignidade à existência humana, porém não podem ser compreendidos como sinônimo, pois possuem âmbitos de aplicação diferenciados. Enquanto os Direitos Humanos se encontram normatizados em Tratados Internacionais e possuem a característica da universalidade, os Direitos Fundamentais são direitos essenciais à pessoa humana, definidos na Constituição de um Estado, contextualizados conforme a política do país, ou seja, os Direitos Fundamentais são Direitos Humanos constitucionalizados.⁴

Segundo Oscar Vilhena Vieira:⁵

Embora incorporados pelo direito positivo, os direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.

Como os Direitos Humanos, em suas dimensões, são fruto de diversas variáveis históricas, segundo Norberto Bobbio,⁶ são “[...] direitos historicamente

² Luño (1999, p. 43).

³ Rubio (2010, p. 122).

⁴ Jayme (2005).

⁵ Viera (2006, p. 26).

⁶ Bobbio (1992, p. 18).

relativos”, ou seja, “[...] constituem uma classe variável, sendo que o elenco deles se modifica com as mudanças das condições históricas.”⁷ O resultado é que há Direitos Humanos “[...] concorrentes e incompatíveis entre si, o que também ocorre com os direitos fundamentais.”⁸

Pode-se situar o surgimento dos Direitos Humanos, pelo menos da forma positivada, no Estado Moderno Liberal, que nasce em razão da busca de um limite ao poder soberano, sendo a razão deste limite os direitos inerentes ao homem, ou seja, Direitos Humanos de primeira dimensão, os quais couberam ao Estado preservar. Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, surgiu a necessidade de garantia de novos direitos, os direitos sociais, ditos de segunda dimensão.

Na fase que se inicia após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, inaugura-se uma nova dimensão dos Direitos Humanos, a terceira, que trará uma nova concepção para estes direitos. Ao mesmo tempo sintetizando e superando os direitos de primeira e segunda dimensão, ou seja, os individuais de liberdade e os sociais de igualdade, a terceira dimensão traz a ideia de direitos de solidariedade, cujo sujeito é difuso. Nesse sentido:

O fundamento dos direitos de solidariedade está numa nova concepção de Estado, de ordem internacional e de relacionamento entre os povos, mas também – e principalmente – na realização efetiva dos direitos anteriores, a que se somam novos direitos não mais individuais ou coletivos, mas difusos. Nesta ótica, o respeito à soberania de um Estado deve compatibilizar-se com seu dever de cooperar com os demais, o que implica admitir como válidos direitos reconhecidos pela comunidade internacional – leia-se, pela consciência humana.⁹

Assim, os direitos de solidariedade expressam-se como direito à paz, ao meio ambiente sadio, à autodeterminação dos povos e, segundo se abordará nesta pesquisa, direito ao desenvolvimento econômico e ao acesso à justiça.

Importante, também para os fins da presente pesquisa, salientar que os Direitos Humanos Fundamentais são possuidores de várias características específicas e singulares. Além da mais consagrada nos dias atuais, que é a relatividade, estes Direitos revelam-se cada vez mais interdependentes e complementares, ou seja, a conquista e a realização de uns dependem da conquista e realização de outros, que por sua vez, complementam os anteriormente adquiridos. Não se pode falar em Direito à vida sem falar em Direito à saúde e também nestes e ao ambiente sadio.

⁷ Bobbio (1992, p. 18).

⁸ Bobbio (1992, p. 19).

⁹ Silveira e Rocasolano (2010, p. 177).

Na presente pesquisa se tentará verificar como os Direitos Humanos Fundamentais de Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento são dependentes e complementares entre si.

3 O CONTEXTO ATUAL DE ACESSO À JUSTIÇA E SEU ENQUADRAMENTO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O acesso à justiça, nos séculos XVIII e XIX, era compreendido como “[...] o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”,¹⁰ ou seja, apenas assegurava o direito às pessoas que possuísem recursos para reclamar perante o Judiciário de fazê-lo, olvidando “[...] a incapacidade que muitas pessoas [tinham] de utilizar plenamente a justiça e suas instituições.”¹¹ O efetivo acesso à justiça, portanto, era varrido da preocupação do Estado.

Naquele momento, a preocupação imediata era atribuir ao significante “Justiça” o mesmo sentido e conteúdo que o de “Poder Judiciário”, tornando sinônimas as expressões “acesso à justiça” e “acesso a esse poder.”¹² E, mesmo assim, o acesso ao Judiciário não significava a equidade de acesso. Os mais abastados teriam mais condições de pleitear no Poder Judiciário do que os hipossuficientes.

No momento atual, visando à efetivação do acesso à justiça, a preocupação com este acesso ultrapassa a possibilidade de as partes poderem reclamar perante o Judiciário, no chamado contencioso jurídico, e vai além, englobando a possibilidade de utilizar-se de outros meios de soluções de controvérsias; pela relativa equidade de acesso ao Poder Judiciário; pela duração razoável dos processos, pela diminuição da complexidade dos procedimentos judiciais e pela transparência na prestação jurisdicional. Busca-se, assim, “[...] o acesso a ela [Justiça] como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.”¹³

Do aspecto jurídico, isso significa, como especificam Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁴, que “[...] primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” O Acesso à Justiça, portanto, deve ser considerado o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, de tal forma que pode ser considerado o mais básico dos direitos humanos.

¹⁰ Cappelletti e Garth (1988, p. 9).

¹¹ Cappelletti e Garth (1988, p. 9).

¹² Rodrigues (1994, p. 28).

¹³ Rodrigues (1994, p. 28).

¹⁴ “[...] o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Como se pode depreender dessas premissas, o Acesso à Justiça é, antes de tudo, um direito humano que teve como marco de acontecimento a Declaração de Direitos Humanos que determinou o reconhecimento dos *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, este direito é transformado em Direito Fundamental, uma vez que esta “[...] é pródiga em exemplos de preceitos demonstradores de intenção de favorecer o acesso de todos os homens ao benefício da justiça”, conforme José Renato Nalini.¹⁵ Essas garantias podem ser encontradas ao longo de toda a Constituição, desde o artigo 1º, III, ao dispor como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, e do artigo 3º, que enuncia como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, entre outros dispositivos encontrados ao longo do artigo 5º, como o conhecido inciso XXXV.¹⁶

Não se tem dúvida, portanto, da previsão do direito de acesso a justiça como um direito humano fundamental, assim previsto na Carta Magna brasileira e em dispositivos internacionais. Em outras palavras: o problema já não está mais em prever normativamente a asseguaração ao acesso à justiça, mas em como este modelo de sistema jurídico moderno e igualitário fará para garantir e efetivar e não somente proclamar os direitos de todos.

Instituições internacionais, como o Banco Mundial, também compartilham dessa premissa, defendendo que, antes de qualquer coisa, o maior acesso à justiça visa a garantir a validade destes direitos.¹⁷

Como já afirmava Norberto Bobbio,¹⁸ “[...] o problema grave de nosso tempo, em relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”, e enfatiza que,

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se não são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.¹⁹

¹⁵ Nalini (2000, p. 42).

¹⁶ Art. 5º, XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁷ World Bank (2004).

¹⁸ Bobbio (1992, p. 25).

¹⁹ Bobbio (1992, p. 25).

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro²⁰ afirma que “[...] cresce de importância, portanto, neste momento, a concepção do real significado de acesso à justiça. É preciso que ela sirva, e bem, a todos, desde os mais carentes aos mais privilegiados, desde o indivíduo isoladamente considerado até o grupo, a coletividade, globalmente considerada.”

Assim, acesso à justiça deve compreender não apenas a proteção aos economicamente menos privilegiados, embora grande parte da atenção dos estudos deste acesso deva estar voltada a esses indivíduos. Acesso à justiça deve estar associado à ideia de facilitação de acesso aos meios de proteção igualitária, preocupando-se com a segurança jurídica das decisões fornecida a todos que procuram uma prestação jurisdicional. Prestação esta que deve ser feita de maneira célere e efetiva.

Portanto, pode-se concluir que, Acesso à Justiça compreende não apenas o acesso ao Judiciário, mas a outros valores e direitos do ser humano. E, na visão desta pesquisa, um meio de viabilizar a garantia deste acesso se faz pela remoção de obstáculos econômicos, sociais, políticos, culturais e burocráticos (em uma interpretação voltada para o interior) que, por sua vez, trará reflexo para uma abordagem voltada para o exterior, pois a remoção destes obstáculos coaduna com a visão de desenvolvimento como liberdade, como será visto mais adiante.

4 DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E O PAPEL DA LIBERDADE

A preocupação com o tema desenvolvimento aparece após a Segunda Guerra Mundial²¹. Foi a partir de então que o tema foi “cedido” aos economistas pelos governos independentes dos países em desenvolvimento como forma de buscar assessoria para a aceleração desse processo de desenvolvimento.²² A premissa básica desse novo discurso político insistia na necessidade de conduzir aquelas entidades consideradas atrasadas à modernidade.²³

A importância acadêmica do tema, por sua vez, é alcançada nos anos 1950, quando foi criada a disciplina “Teoria Econômica do Desenvolvimento”²⁴ e quando se presenciou o esforço da comunidade internacional para acelerar o desenvolvimento dos países pobres.²⁵

²⁰ Carneiro (1999, p. 26).

²¹ Ideias sustentadas por Gerald M. Meier e Joseph E. Stiglitz (2002), Pablo Bustelo (1999), Robert J. Barro e Xavier Sala-i-Martin (1995) e Irma Adelman e Cynthia Taft Moris (1984).

²² Meier e Stiglitz (2002, p. 1).

²³ Contreras (1999, p. 43).

²⁴ No entanto, vale ressaltar que já em 1911 Schumpeter havia editado uma obra denominada *Teoria do desenvolvimento econômico*.

²⁵ Meier e Stiglitz (2002).

Nessa época, foi publicada a primeira grande obra sobre desenvolvimento, intitulada *The Theory of Economic Growth* (1955), de Arthur Lewis.²⁶ Foi a partir de então que os economistas do desenvolvimento formularam grandes modelos de estratégia de desenvolvimento que previam transformações estruturais e uma participação extensiva do Governo em planejamento ou programação do desenvolvimento. Estes modelos centraram-se basicamente no crescimento rápido do PIB e na acumulação de capital²⁷ e perduram até o final dos anos 1960.

Para os economistas daquela época, chamados por Gerald M. Meier de velha geração, o objetivo do desenvolvimento era um aumento do ingresso *per capita* (ou um índice equitativo de poder aquisitivo do ingresso *per capita*), que se lograria com o crescimento do PIB. Para que este objetivo fosse alcançado, em termos gerais, eram necessários o fomento da acumulação de capital e, mais especificamente, a industrialização, a proteção do mercado interno e a intervenção do Estado.²⁸

Nos anos 1960, a importância dada ao capital físico, ou seja, a máquinas e equipamentos técnicos utilizados na produção, e à existência de matéria-prima, produtos semimanufaturados e produtos manufaturados,²⁹ foi sendo substituída pelo conceito de investimento em capital humano³⁰. Nessa época, reconheceu-se que o desenvolvimento dependia dos agentes produtivos humanos, que, por meio da aquisição de conhecimento, melhor saúde e nutrição e incremento de suas destrezas, podiam aumentar a produtividade total dos fatores.³¹

E, já no final dos anos 1960, a perspectiva de capital físico e humano é substituída pela de capacidade humana, quando os critérios humanos são associados ao desenvolvimento. A concepção de desenvolvimento associada a critérios humanos surgiu quando o crescimento econômico não foi mais considerado o fim primordial do desenvolvimento e quando outros valores sociais, como a melhoria na qualidade de vida da população,³² foram agregados ao termo.

²⁶ Bustelo (1999, p. 118).

²⁷ Meier e Stiglitz (2002, p. 2).

²⁸ Bustelo (1999, p. 119-120).

²⁹ World Bank (2005).

³⁰ Capital humano, segundo o Banco Mundial, são os conhecimentos, as atitudes e a experiência dos seres humanos, que os fazem economicamente produtivos. O capital humano pode ser incrementado por meio do investimento em educação, cuidados com a saúde e capacitação laboral (WORLD BANK, 2005).

³¹ Meier e Stiglitz (2002, p. 5).

³² “*Cuando yo sostenía que ayudar a una familia que sólo comía una comida a fin que pudiera comer dos comidas, a una mujer que no tenía ropa de recambio para que se pudiera permitir una segunda prenda de vestir, era un milagro del desarrollo, se me ridiculizó. Eso no es desarrollo, se me recordó severamente. El desarrollo es el crecimiento de la economía, dijeron; el crecimiento traerá todo. Cuando salió Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD nos sentimos vindicados. Ya no éramos operadores de oscuros rellanos; sentíamos que estábamos incorporados a la realización de una de las actividades principales. Gracias, Informe sobre Desarrollo Humano.*” (YUNUS, 1999, p. 15).

O início formal dessa preocupação pôde ser identificado em 1969, na 11ª Conferência Mundial da Sociedade Internacional para o Desenvolvimento, realizada em Nova Delhi. Naquela ocasião, Dudley Seers apresentou linhas-mestras de um enfoque com alto conteúdo social (emprego, distribuição e pobreza).³³

A partir de então se iniciou um questionamento sobre o verdadeiro sentido do desenvolvimento. Seers ressaltou que poderia ser considerado um período de desenvolvimento para determinado país se os problemas relativos a emprego, distribuição e pobreza tivessem sido minorados. Por outro lado, se um ou dois desses aspectos centrais tivessem piorado ou, especialmente, se não houvesse melhora desses três problemas, seria inapropriado denominar o resultado de “desenvolvimento”, ainda que a renda *per capita* tivesse aumentado consideravelmente.³⁴

A ideia básica do critério do desenvolvimento humano é que a criação de oportunidades sociais contribui diretamente para a expansão das funções e capacidades humanas³⁵ e da qualidade de vida³⁶. O desenvolvimento reflete, ademais, os resultados destas funções e capacidades enquanto se relacionam com os seres humanos. Ele representa um processo, em vez de um fim.³⁷ É, acima de tudo, a ideia de que o processo de escolhas à disposição das pessoas deve ser alargado, para que elas façam e sejam o que valorizam na vida, com a provisão dos instrumentos e das oportunidades para fazerem as suas escolhas.³⁸ Este tipo de desenvolvimento, no entanto, vai além de dar opção às pessoas de escolherem entre distintos detergentes, canais de televisão e modelos de carro. Ele permite que elas possam fazer escolhas que expandam a capacidade e seu funcionamento³⁹, quando se tratar do desenvolvimento como liberdade. Algumas capacidades, todavia, são essenciais para o desenvolvimento humano, como uma vida

³³ Bustelo (1999, p. 143).

³⁴ Tal posicionamento pode ser justificado ao se analisar a situação estatística do Brasil, publicada por A. Fishlow em 1972. Nesta estatística pode-se verificar que, apesar de o país ter registrado um aumento anual médio do PIB per capita de 2,5% entre 1960 e 1970, a concentração de renda da população mais abastada (20% da renda nacional) passou de 29 para 38%, enquanto a renda dos 40% mais pobres se havia reduzido de 10 para 8%. Assim, pode-se concluir que, se fosse adotado apenas o critério econômico, o Brasil, no período dos anos 1960 aos 1970 auferiu um avanço em termos de desenvolvimento. No entanto, se se analisarem os critérios sociais, o progresso no país não pode ser considerado (BUSTELO, 1999, p. 146-148; KANBUR; VINES, 2000, p. 89).

³⁵ “*Los funcionamientos de una persona se refieren a las cosas valiosas que la persona puede hacer o ser (como estar bien nutrido, vivir una vida larga y tomar parte en la vida de una comunidad). La capacidad de una persona representa las diferentes combinaciones de funcionamientos que puede lograr la persona. De esta manera las capacidades reflejan la libertad para lograr los funcionamientos. En ese sentido, el desarrollo humano es libertad*”. (RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2000, p. 17).

³⁶ Nesse sentido: Sen (2000, p. 170) e Relatório de Desenvolvimento Humano (2000, p. 17).

³⁷ Relatório de Desenvolvimento Humano (2000, p. 17).

³⁸ Brown (2004, p. 6).

³⁹ Expressão adotada por Amartya Sen para definir as várias coisas que uma pessoa pode considerar valiosas fazer ou ter.

longa e saudável, ter conhecimento e acesso a recursos necessários para viver uma vida decente. No entanto, ao lado destas capacidades chamadas essenciais, as pessoas também valoram a liberdade política, social, econômica e cultural, em um sentido de comunidade, oportunidades de ser criadoras e produtivas, o respeito por si mesmas e pelos direitos humanos. Pode-se dizer que, além de lograr tais capacidades, o desenvolvimento humano possui uma função ainda maior: o de ser um processo que faça com que estas capacidades sejam realizadas de maneira equitativa, participativa, produtiva e sustentável.⁴⁰

Pode-se afirmar, acima de tudo, que a ideia do desenvolvimento humano como enriquecimento da vida e das liberdades possui relação direta com as preocupações expressas na declaração dos direitos humanos; ou seja, compartilhem uma motivação comum e reflete o compromisso fundamental de promover a liberdade, o bem-estar e a dignidade dos indivíduos de todas as sociedades.⁴¹ (RDH, 2000, p. 19).

Esse movimento da análise do desenvolvimento humano obteve progressos intelectuais no fim dos anos 1970 com autores, como Paul Streeten, Amartya Sen, Hans Singer e Richard Jolly, propagando esse enfoque do desenvolvimento, adotado hoje, inclusive, pelo Banco Mundial e pela ONU.

Em 1990, como reflexo dos estudos destes autores, e, principalmente, de seu idealizador, o economista paquistanês Mahbub ul Haq (1934-1998), foi criado o primeiro Relatório de Desenvolvimento Humano.⁴² Tal relatório foi idealizado com a finalidade de: abandonar a preocupação imediata de que a riqueza da nação se constitui no acúmulo de bens de consumo e da riqueza financeira; e, de propagar a ideia de que a verdadeira riqueza de uma nação está em seu povo. E, principalmente, frisar que o objetivo básico do desenvolvimento se constitui na criação de um ambiente propício para os seres humanos desfrutarem de uma vida prolongada, saudável e criativa.⁴³

⁴⁰ Para a obtenção desses dados foi pesquisado o Relatório publicado em espanhol, chamado de *Informe sobre el desarrollo humano* e cuja abreviação é IDH. No entanto, para que não haja confusão de abreviaturas, utilizar-se-á a sigla RDH quando o texto se referir ao Relatório e IDH quando a referência for feita ao Índice de Desenvolvimento Humano.

⁴¹ Relatório de Desenvolvimento Humano (2000).

⁴² Os organizadores do Relatório de Desenvolvimento Humano ressaltam que a análise e as recomendações políticas apresentadas no Relatório não refletem, necessariamente, as opiniões do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, do seu Conselho Executivo, ou dos seus Estados-membros. Afirmam que o Relatório é uma publicação independente comissionada pelo PNUD. É o fruto de um esforço de colaboração de uma equipe de consultores e conselheiros eminentes e da equipe do Relatório de Desenvolvimento Humano (PROGRAMA AS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2005; RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2002). Disponível em: <www.pnud.org.br/rdh/integras/index.php?lay=inst&id=fuld#rdh2002>. Acesso em: 22 mar. 2005.

⁴³ Este relatório propõe uma lista de temas, reúne tabelas estatísticas e informações sobre o desenvolvimento humano e traz também um Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). O IDH, expresso por meio de um número, tornou-se necessário para que houvesse uma medição em mesmo nível de divulgação do PIB, que não fosse tão cega quanto o PIB em relação aos aspectos sociais da vida humana. (SEN, 1999a, p. 23).

O relatório traz um *ranking* de países mais desenvolvidos, seguindo o critério humanístico, e utiliza-se de um índice (IDH) que analisa vários aspectos da vida do ser humano, mas que, como o programa de Desenvolvimento das Nações Unidas determina, não abrange todos os aspectos de desenvolvimento.⁴⁴ (PNUD, 2005), deixando de lado um dos principais fatores ressaltados por essa corrente, que é justamente a liberdade humana.

A condição de ser humano livre tem sido considerada por organismos internacionais e pela literatura como a peça-chave do processo de desenvolvimento e seus reflexos originaram diversos estudos. Entre eles pode-se destacar a teoria criada por Amartya Sen, economista indiano e Nobel de Economia em 1998, denominada de *Desenvolvimento como liberdade*. Sen, nesta teoria, analisa o que o Relatório de Desenvolvimento Humano já proclamava em 1990: “[...] o desenvolvimento humano é incompleto sem a liberdade humana.”⁴⁵

O diferencial dos estudos de Amartya Sen é constatar que, apesar de se viver em um século que estabeleceu o regime democrático e participativo como modelo de organização política, ainda hoje se encontram vários tipos de privações em todos os países, ricos ou pobres. Ressalta o autor que somente se pode considerar desenvolvido o país que assegurar o poder de escolha às pessoas. Isso porque, segundo ele, desenvolvimento consiste na eliminação das privações que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercerem ponderadamente sua condição de agente.⁴⁶

Amartya Sen, sobretudo no livro *Desenvolvimento como Liberdade*, demonstra que problemas, como a pobreza extrema, a fome coletiva, a subnutrição, a privação de direitos básicos e a carência de oportunidades, entre outros, compartilham da mesma natureza: são variações de privação de liberdade.⁴⁷

Para o autor, ao contrário das primeiras teorias desenvolvimentistas, o crescimento econômico não é o fim primordial do desenvolvimento; a liberdade, sim, é que deve ser considerada o seu meio e fim. Na concepção deste autor, repete-se, a atribuição de capacidade às pessoas para realizarem as várias coisas que uma pessoa pode considerar valioso fazer ou ter é que vai gerar o desenvolvimento. Para Amartya Sen, a liberdade possui um grande papel no combate a diferentes males, e a condição de agente possui papel decisivo para lidar com as privações de referida liberdade.⁴⁸ Essa base informacional⁴⁹ é tão importante que a própria abordagem de justiça de Amartya Sen está relacionada aos valores de liberdade.

⁴⁴ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (2005).

⁴⁵ Relatório de Desenvolvimento Humano (1990, p. 16).

⁴⁶ Sen (2000, p. 10).

⁴⁷ Para mais detalhes, consultar Sen (2000)

⁴⁸ Sen (2000, p. 10).

⁴⁹ Base informacional são as informações necessárias para formar juízos (SEN, 2000, p. 74).

Dessa forma, dois pontos podem ser indicados como primordiais nesta teoria: a eliminação das privações de liberdade e/ou o aumento destas liberdades e a livre condição de agente no processo de desenvolvimento. Estes pontos são tão importantes que as próprias razões para que a liberdade seja central para o processo de desenvolvimento são justificadas neles, o que Amartya Sen denomina de razão avaliatória⁵⁰ e razão da eficácia⁵¹. A primeira faz a avaliação do progresso, verificando se houve o aumento das liberdades das pessoas; a segunda aponta que a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente.⁵²

5 O ACESSO À JUSTIÇA COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO

Nos séculos XVIII e XIX, como já se fez referência, “[...] cada um agiria da melhor forma para ver seus direitos assegurados perante o poder Judiciário, devendo, para tanto, afastar a ‘pobreza no sentido legal’, ou seja, a incapacidade que muitas pessoas possuíam de utilizar plenamente a Justiça e suas instituições.”⁵³ Não havia, portanto, uma asseguaração do acesso à Justiça, em um sentido amplo, como paridade entre as partes envolvidas em uma disputa judicial. Acesso à justiça era considerado a possibilidade de as pessoas recorrerem ao Judiciário para solucionar os seus litígios, mas não a efetividade de proteção destes direitos. Cappelletti e Garth,⁵⁴ nesse sentido, explicam que é uma utopia acreditar que possa existir uma efetividade perfeita, uma completa “igualdade de armas”, pois “[...] as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas”, mas, mesmo assim, deve-se buscar amenizar a disparidade a este acesso.

Os obstáculos referentes ao acesso à justiça estão situados nos mais variados setores: econômico, social, político, cultural e burocrático, como especificados anteriormente. Esses fatores, por sua vez, trazem reflexos para a noção de desenvolvimento tanto econômico quanto desenvolvimento como liberdade.

Conforme já visto, para Amartya Sen, um país é considerado desenvolvido se promover a expansão das liberdades dos membros da sociedade. O crescimento

⁵⁰ Diante da razão avaliatória ou do papel da avaliação “[...] ter mais liberdade para fazer as coisas que são justamente valorizadas é (1) importante por si mesmo para a liberdade global da pessoa e (2) importante porque favorece a oportunidade de a pessoa ter resultados valiosos. Ambas as coisas são relevantes para a avaliação da liberdade dos membros da sociedade e, portanto, cruciais para a avaliação do desenvolvimento da sociedade.” (SEN, 2000, p. 33).

⁵¹ Na razão da eficácia ou do papel da eficácia, “[...] a liberdade é não apenas a base da avaliação de êxito e fracasso, mas também um determinante principal da iniciativa individual e da eficácia social. Ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento” (SEN, 2000, p. 33).

⁵² Sen (2000, p. 18).

⁵³ Silva (2005, p. 96).

⁵⁴ Cappelletti e Garth (1998, p. 15).

do Produto Nacional Bruto (PNB) ou das rendas individuais, sem dúvida, também é um meio de expansão, mas outros fatores, no entanto, devem ser considerados. Estes fatores vão desde as disposições sociais e econômicas, como, por exemplo, o acesso a serviços de educação e saúde, e de direitos civis, como a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas.⁵⁵

Para que haja desenvolvimento, portanto, é necessário que se removam as principais fontes de privações de liberdade, como as restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade. Assim, a falta de oportunidades resultantes dos fatores socioeconômico-culturais de acesso à justiça, que trazem privações às pessoas que necessitam de recursos financeiros e de conhecimento, é um entrave ao processo de desenvolvimento, principalmente no Brasil, em que as desigualdades econômicas e culturais de acesso à justiça assolam uma grande parcela da população.

Horácio Rodrigues⁵⁶ aponta dois problemas diretos dessa desigualdade socioeconômica: dificuldade de acesso ao Direito e ao Judiciário e desigualdade material que proporciona ao mais pobre uma situação de desvantagem dentro do processo, quando há este acesso. Isso pode originar outro problema sério de acesso à justiça: a falta de compreensão de direitos dos indivíduos e a nãoidentificação das áreas em que se podem valer de remédios jurídicos, um obstáculo cultural a este acesso⁵⁷. Três elementos podem ser apontados como viabilizadores para essa falta de conhecimento: “[...] o sistema educacional, os meios de comunicação e a quase inexistência de instituições encarregadas de prestar assistência jurídica preventiva e extrajudicial.”⁵⁸ José Renato Nalini⁵⁹ avalia que o aspecto cultural também deve considerar “[...] o reclamo para maior facilitação de ingresso no Judiciário como reação contra o dogmatismo jurídico [...]”

A visão de liberdade adotada por Amartya Sen advém do envolvimento tanto de processos que permitem a liberdade de ações e decisões quanto de oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais. A privação do acesso à justiça, assim, pode ser considerada uma privação de liberdade como um processo inadequado na garantia de um direito humano fundamental.

Em outras palavras, o Acesso à Justiça é um direito básico e um elemento fundamental nesse processo de desenvolvimento, visto que, como ressalta o autor, uma vez tolhido o exercício das faculdades ou de direitos dos indivíduos, ou seja, os seus direitos individuais, está se negando o acesso às “[...] liberdades sociais básicas cujo gozo o cidadão tem o ‘direito’ de ver assegurado por tribunais ou órgãos administrativos.”⁶⁰

⁵⁵ Sen (2000, p. 17).

⁵⁶ Rodrigues (1994, p. 37).

⁵⁷ Aqui se apresenta um exemplo claro de como uma privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social ou política, que por sua vez pode acarretar privações de ordem econômica (SEN, 2000, p. 23).

⁵⁸ Rodrigues (1994, p. 37).

⁵⁹ Nalini (2000, p. 19).

⁶⁰ Sen (2000, p. 75).

Outra análise diz respeito ao fator burocrático do acesso à justiça como um empecilho para o desenvolvimento econômico. Além dos fatores socioeconômicos-culturais, dados apresentados no *Relatório Burocracia: custos econômico e propostas de combate* da FIESP, demonstram que:

O nível médio da burocracia observado no Brasil, entre 2008 e 2010, é de 0,57, numa escala de zero a um. Considerando, para o Brasil, níveis médios de burocracia semelhante aos países listados na tabela [Costa Rica, Espanha, Chile, Alemanha, Coreia do Sul, Finlândia, Japão, Austrália, Canadá, Irlanda, Cingapura e Estados Unidos] e assumindo constante a contribuição das demais variáveis, a simulação nos mostra o ganho médio, no período de 1990-2008, de produto per capita que o Brasil poderia alcançar, caso possuísse índices de burocracia iguais aos desses países.⁶¹

Por outro lado,

Se o Brasil reduzisse em 0,3 pontos seu índice de burocracia, chegando um nível igual à média dos países selecionados de 0,27, o produto per capita do país passaria a US\$ 9.147, ou seja, um aumento de quase 17% na média do período 1990-2008 (equivalente a 1,45% ao ano). Isto corresponde a um custo médio anual da burocracia estimado em R\$ 46,3 bilhões, equivalente a 1,47% do PIB (valores de 2009).⁶²

Segundo o relatório, vários são os exemplos de obstáculos encontrados pelas empresas e 90% das empresas indicam que o número excessivo de normas é a principal dificuldade para o cumprimento das obrigações legais, seguido pela complexidade das regulamentações, em conformidade com a pesquisa da Confederação Nacional da Indústria (CNI).⁶³ Ademais, no âmbito jurídico, esses entraves se associam à falta de agilidade em disputas judiciais e uma falta de flexibilização das leis trabalhistas⁶⁴. Em outras palavras, se essa burocracia jurídica conjuntamente com outros fatores burocráticos, fosse afastada, o Brasil poderia ter um ganho superior a 10 bilhões de dólares.⁶⁵ Com a presença de todos esses fatores cresce cada vez mais a descrença no

⁶¹ Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (2012, p. 31).

⁶² Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (2012).

⁶³ Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (2012, p. 22).

⁶⁴ Barral (2005, p. 11) afirma que a problemática a qual ronda a desregulamentação do mercado de trabalho está na dicotomia entre a medida de liberdade e de intervenção desejada quando se está diante deste mercado em específico.

⁶⁵ Rydlewski (2004, p. 110).

sistema judiciário brasileiro que se demonstra instável,⁶⁶ moroso e imprevisível, em termos de conteúdo e prazo.

Em relação à falta de agilidade dos litígios, o relatório do Banco Mundial sobre o Desenvolvimento Mundial de 1997 especifica que um processo leva em média 1.500 dias para ser concluído em países, como o Brasil e o Equador, contra apenas 100 dias na França. Longas demoras aumentam os custos de transação na resolução de disputas e podem bloquear o acesso ao Judiciário de potenciais usuários.⁶⁷ Este dado é também comprovado por outra pesquisa realizada com empresas que tiveram algum litígio levado ao conhecimento do Judiciário, em que se pôde constatar que a duração média de uma decisão judicial no Brasil é de 31 meses na Justiça do Trabalho, 38 meses na Justiça Estadual e 46 meses na Justiça Federal.⁶⁸

Esse quadro é explicado por Monica Bonetti Couto⁶⁹ que expõe que:

A massificação das relações sociais e particularmente das jurídicas, nota característica da sociedade contemporânea altamente complexa, contribui sensivelmente para o agravamento de um cenário já marcado pela litigiosidade. [...] A medida em que juízes se veem asfixiados por tamanha demanda, é natural que os julgamentos retardem, e, com isto, que os processos levem anos a fio para ser concluídos. Mas, sem dúvida alguma, a consequência mais danosa dessa asfixia é a de impedir que os processos recebam exame acurado, uma reflexão e discussão merecidas, o que naturalmente demandaria algum tempo.

Aqui se atenta novamente para a importância do Judiciário como um fator de estímulo do crescimento econômico. Isso é possível quando há a proteção dos direitos fundamentais e a redução da instabilidade da política econômica. Quando existem judiciários fortes, independentes, imparciais, ágeis e previsíveis, há o estímulo ao investimento, à eficiência e ao progresso social e tecnológico. A evidência empírica mostra, de fato, que o sacrifício em termos de crescimento econômico causado pela ineficiência judicial é significativo. Porém, e a despeito do consenso sobre a importância de bons judiciários para o desenvolvimento econômico, a reforma dos sistemas judiciários em países em desenvolvimento tem sido lenta ou mesmo inexistente.⁷⁰

⁶⁶ Nesse sentido, são os dados da pesquisa sobre o Índice de Confiança na Justiça (ICJ Brasil) realizada pela Fundação Getúlio Vargas que apontam que mais de 90% dos moradores de sete regiões metropolitanas consideram que a Justiça no Brasil é lenta. Este Índice, entre outros fatores, mede a percepção sobre o tempo de solução de conflitos, custos e facilidade de acesso.

⁶⁷ Pinheiro (2001, p. 5).

⁶⁸ Pinheiro (2001, p. 8).

⁶⁹ Couto (2011, p. 247).

⁷⁰ Pinheiro (2003, p. 20).

A instabilidade do Judiciário, como se pode ver, não acarreta problemas apenas para as causas de pequeno valor econômico, mas, também, problemas referentes ao descrédito depositado pela sociedade internacional a um Judiciário que não respeita o acordado nos contratos e o que está disposto na lei, revestindo as transações comerciais de uma falta de segurança jurídica.⁷¹

Horácio Rodrigues⁷² já afirmava, em outra oportunidade, que a efetividade do acesso à justiça passa também, necessariamente, pela existência de instrumentos processuais acessíveis e céleres na resolução dos conflitos de interesses que são levados ao Judiciário; o que constante se percebe no Estado brasileiro, está longe de ser, ao menos, aceitável.

Pesquisas semelhantes realizadas no Peru e na Argentina demonstram o impacto do mau funcionamento da justiça sobre a economia e as empresas. No Peru, 85,3% dos entrevistados manifestaram que o mau funcionamento do Judiciário afetava seriamente a economia e 40,6% acreditavam que este ocorria com suas empresas. Na Argentina, por sua vez, esse número foi maior; 93% dos entrevistados determinaram que a atual situação da justiça em seu país afetava a competitividade da economia nacional em relação a outros países, enquanto 53% apontaram que isso ocorria com as suas empresas.⁷³

⁷¹ Essa insegurança também é fruto do ativismo judicial que atinge as mais altas instâncias do sistema jurídico brasileiro, como bem especificam Meyer-Pflug e Braga (2011, p. 315): “A judicialização da política, como visto, é um fenômeno verificável em várias das democracias atuais e decorrente, na grande maioria das vezes, do próprio Texto Constitucional. Já o ativismo político implica uma escolha, ou seja, o Poder Judiciário passa a adentrar em matérias referentes aos outros Poderes Legislativo e Executivo, mas que se encontram previstas na Constituição. O fenômeno do ativismo judicial é mais facilmente identificável no âmbito do Supremo Tribunal Federal, à medida que é guardião da Constituição, o responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade e órgão de cúpula do Poder Judiciário. Recentemente o Supremo Tribunal Federal tem-se destacado no cenário institucional brasileiro em razão da repercussão de suas decisões na sociedade, seja na implementação de políticas públicas, seja pelo caráter inovador de suas interpretações. No entanto, há de se considerar que esse ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal pode vir a comprometer o princípio da separação dos poderes, uma vez que no Brasil, ele é órgão de cúpula do Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre com os Tribunais Constitucionais na Europa. Os seus onze ministros são indicados livremente pelo Presidente da República, desde que brasileiros natos, com mais de 35 anos e menos de 65 de idade, no gozo de seus direitos políticos e com notável saber jurídico e reputação ilibada. A maioria das Cortes Constitucionais na América Latina são órgãos de cúpula do Poder Judiciário. Não há como se negar que houve uma judicialização da política e que o Estado Democrático de Direito deve ser preservado por um Poder Judiciário autônomo e eficaz, mas não é possível se admitir que o Supremo Tribunal Federal venha ele próprio criar leis ou realizar políticas públicas. É imprescindível que em certos casos a Corte Suprema tenha um papel ativo, no entanto, é imperioso que os limites constitucionais à sua atuação sejam respeitados, sob pena de se destruir o próprio Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias fundamentais.”

⁷² Rodrigues (1994, p. 44).

⁷³ Pinheiro (2001, p. 14).

Por conta deste mau funcionamento do Judiciário, o Brasil cresce cerca de 20% mais devagar do que poderia crescer se tivesse um “judiciário de Primeiro Mundo”. Pinheiro⁷⁴ ressalta, porém, que essa é apenas uma medida aproximada e que uma estimativa precisaria exigir, entre outras coisas, uma amostra maior, que permitisse estimar o impacto sobre o investimento setorial com maior precisão e considerar as diferentes relações capital-produto em cada setor. Mas acrescenta que “[...] não obstante, esses valores mostram que o impacto do mau funcionamento da justiça sobre o crescimento econômico é significativo.”

Alguns problemas estruturais e históricos do Poder Judiciário também interferem na questão de acesso à justiça, ao lado da morosidade, são eles: a carência de recursos materiais e humanos; a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e Legislativo; a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora na periferia; o corporativismo de seus membros e a inexistência de instrumentos de controle externo por parte da sociedade.⁷⁵

Além dos problemas que o acesso à justiça pode trazer para a questão do desenvolvimento como liberdade, outros problemas enfrentados pelo Judiciário podem vir a prejudicar o desempenho econômico de um país. Armando Castelar Pinheiro⁷⁶ aponta que esse prejuízo pode ser percebido de diversas maneiras: estreitamento da abrangência da atividade econômica; desestímulo da especialização e dificuldade da exploração de economias de escala; desencorajamento de investimentos e da utilização do capital disponível; distorção do sistema de preços, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios; e, diminuição da qualidade da política econômica.

Welber Barral assinala que antes de ser um critério de desenvolvimento, o sistema jurídico que permitir a instabilidade e a corrupção pode ser um instrumento impeditivo do processo de desenvolvimento. Isso por que, segundo o autor,

A percepção de que o judiciário é ineficiente, corrupto ou tendencioso tem um efeito nefasto tanto para o processo de desenvolvimento abrangente, como para o desenvolvimento considerado apenas nos limites do crescimento econômico. Neste último caso, a ineficiência do judiciário serve como incentivo à inadimplência, e a incerteza das decisões serve para impedir o investimento e efetivação de contratos. No conceito mais amplo de desenvolvimento, o mau funcionamento do judiciário tem impactos nefastos para os laços da sociedade, quanto à não resolução dos conflitos, comprometendo o capital social.⁷⁷

⁷⁴ Pinheiro (2001, p. 17).

⁷⁵ Nesse sentido, ver, Rodrigues (1994, p. 46).

⁷⁶ Pinheiro (2001, p. 4).

⁷⁷ Barral (2005, p. 51).

Se, como afirma Amartya Sen,⁷⁸ a reforma jurídica e judicial é importante não apenas para o desenvolvimento jurídico, mas também para o desenvolvimento em outras esferas, como o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento político, e assim por diante, e estes, por sua vez, também são partes constitutivas do desenvolvimento como um todo, pode-se ter como premissa que o acesso à justiça é um importante fator para o desenvolvimento, já que sem a efetiva garantia desse direito fundamental, o desenvolvimento não pode ser atingido e conseqüentemente todo o seu processo acaba prejudicado.

Assim, pode-se observar que o acesso à justiça é considerado um fator de desenvolvimento tanto econômico quanto de desenvolvimento como liberdade. Um acesso à justiça eficiente é um passo importante para viabilizar este desenvolvimento e, principalmente, promover a proteção dele, sendo, portanto, acesso à justiça e desenvolvimento dois Direitos Fundamentais interdependentes e complementares.

6 CONCLUSÃO

O artigo focou como tema de estudo o Direito Humano Fundamental de acesso à Justiça e o Direito Humano Fundamental ao desenvolvimento. Adotando como teoria de base os ensinamentos de Amartya Sen, buscou analisar qual a abrangência do Direito Fundamental de acesso à justiça e como o efetivo acesso à justiça poderia contribuir para o desenvolvimento de modo geral.

Para tanto, foram conceituados os Direitos Humanos Fundamentais, passando pela necessária contextualização histórica destes e de suas características de interdependência e complementaridade.

Também foi estudado o contexto atual de acesso à justiça e a sua conceituação como um Direito Humano Fundamental, este realizado com o Direito ao desenvolvimento, enfatizando-se o papel da liberdade para este Direito.

Por fim, o acesso à justiça foi analisado como direito humano fundamental e importante fator para a promoção do desenvolvimento integral, enfocando os desenvolvimentos econômico e humano. Conclui-se que um acesso à Justiça eficiente é um passo importante para viabilizar não apenas o desenvolvimento econômico, mas também o desenvolvimento como liberdade, sendo, portanto, acesso à justiça e desenvolvimento dois Direitos Fundamentais interdependentes e complementares.

REFERÊNCIAS

ALDEMAN, Irma; MORIS, Cynthia Taft. *Economic growth & social equity in developing countries*. Stanford: Stanford University Press, 1984.

⁷⁸ Sen (2000) apud Barral (2005, p. 21).

Adriana Silva Maillart, Samyra Dal Farra Naspolini Sanches

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BARRAL, Welber (Org.). *Direito e Desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BROWN, Mark Malloch. Prefácio. In: *Relatório de Desenvolvimento Humano 2004: Liberdade cultural num mundo diversificado*. Lisboa: Mensagem, 2004.

BUSTELO, Pablo. *Teorías contemporáneas del desarrollo económico*. Madrid: Síntesis, 1999.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONTRERAS, Joan Picas. La construcción social del subdesarrollo y el discurso del desarrollo. In: BRETÓN, Víctor; GARCÍA, Francisco; ROCA, Albert (Coord.). *Los límites del desarrollo: modelos “rotos” y modelos “por construir” en América Latina y África*. Barcelona: Icaria, 1999.

COUTO, Monica Bonetti. Crise, sobrecarga e missão institucional do STF e a repercussão geral. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZAROBBA, Orides. *Justiça e [o paradigma da] eficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOLIUS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 1987.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Relatório Burocracia: custos econômicos e propostas de combate*. Disponível em: <www.fiesp.com.br/competitividade/downloads/custos%20economicos%20da%20burocracia%20-%20final.pdf>. Acesso em: 21 maio 2012.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KANBUR, Ravi; VINES, David. The World Bank and poverty reduction: past, present and future. In: GILBERT, Christopher L.; VINES, David. *The World Bank: structure and policies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho e Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MANCERO, Xavier. *La medición del desarrollo humano: elementos de un debate*. Disponível em: <[www.eclac.cl/publicaciones/ Estadísticas/8/ LCL1518P/ lcl1518e.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/Estadisticas/8/LCL1518P/lcl1518e.pdf)>. Acesso em: 19 jul. 2005.

MEIER, Gerald M.; STIGLITZ, Joseph E. *Fronteras de la economía del desarrollo*. México D.F.: Alfaomega Colombiana, 2002.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* Fev. 2003. Disponível em: <[www.febraban.org.br/ Arquivo/Destaques/ Armando_Castelar_Pinheiro.pdf](http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2004.

_____. *Economia e justiça: conceitos e evidência empírica*. Jul. 2001. Disponível em: <www.ifb.com.br/documentos/castelar18_10.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2004.

PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; BRAGA, Sergio. O ativismo judicial e o Conselho Nacional de Justiça. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da et al. *Justiça e [o paradigma da] eficiência*. São Paulo: RT, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Disponível em: <www.pnud.org.br> Acesso em: 8 mar. 2005.

RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO 2002 (RDH). *Aprofundar a democracia num mundo fragmentado*. Lisboa: Mensagem, 2002. Disponível em: <www.pnud.org.br/rdh/integras/index.php?lay=inst&id=fuld#rdh2002>. Acesso em: 22 mar. 2005.

_____. *Human Development Report 1990*. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/reports/global/1990/en/>>. Acesso em: 13 abr. 2005.

_____. *Informe de Desarrollo Humano 2000*. Disponível em: <www.undp.org/hdr2000/spanish/book/back1.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2005.

_____. *Informe sobre Desarrollo Humano 1999*. Madrid: Mundi-Prensa Libros, 1999.

O TRABALHO ESCRAVO COMO FORMA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR

Karine Gleice Cristova*
Rodrigo Goldschmidt**

1 INTRODUÇÃO

A intenção do presente estudo é abordar as principais normas de direitos humanos existentes para a proteção dos trabalhadores contra a arbitrariedade dos empregadores, no campo das relações individuais do trabalho, bem como a intrínseca relação entre o trabalho escravo e a transgressão dos direitos humanos fundamentais do trabalhador.

Nesse contexto, a pesquisa ora empreendida defenderá a necessidade de efetivação dos direitos mínimos ao trabalhador, compreendidos estes como o direito ao trabalho, à liberdade de escolha do trabalho, ao trabalho em condições justas, ao trabalho seguro, à preservação da saúde do trabalhador, à remuneração mínima e justa e à limitação da jornada de trabalho.

2 DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR: O TRABALHO ESCRAVO COMO FORMA DE VIOLAÇÃO

Entre as formas de superexploração do trabalho, o labor em condições análogas a de escravo,¹ ou também conhecido como trabalho escravo, é considerada

* Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista do Pibic/Unoesc com financiamento do Governo do Estado de Santa Catarina por meio do Art. 170; karinegleicecristova@hotmail.com

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor do Curso de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenador da linha de pesquisa em direitos fundamentais sociais da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unidade de Chapecó, SC; Juiz do Trabalho do TRT12, SC; rmgold@desbrava.com.br

¹ O artigo 149 do Código Penal Brasileiro ilustra situações fáticas de trabalho análogo a de escravo, tipificando-as como crime. Vale a pena transcrever o dispositivo em tela para que se possa ter uma noção do que se entende por trabalho análogo ao de escravo: “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga a de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo primeiro: Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador com o fim de retê-lo no local de trabalho. Parágrafo segundo: A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.”

a mais grave. Compreender a sua existência e a sua caracterização é aquilatar até que ponto ocorre a efetivação dos direitos humanos do trabalhador na sociedade, notadamente quanto aos princípios da dignidade, igualdade, liberdade e legalidade.²

Outrossim, trata-se o trabalho escravo do mais alto grau de exploração da miséria e das necessidades do ser humano, que acabam sendo deixadas de lado na intenção capitalista de obter lucro acima de qualquer direito individual, rejeitando a condição do trabalhador como ser humano, merecedor de um trabalho decente que lhe proporcione saúde, condições justas de labor, bem-estar e dignidade.

A configuração do trabalho decente, apto a garantir a dignidade do trabalhador e de sua família, deve assegurar a efetivação de um rol de direitos mínimos do homem trabalhador. Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), os quatro pontos básicos para garantir esses direitos mínimos são: na esfera individual, a liberdade de trabalho e a igualdade no trabalho; e na esfera coletiva, a proibição do trabalho infantil e a liberdade sindical.

No entanto, o elenco da OIT não é suficiente para garantir o trabalho decente, tendo em vista que a efetivação da proposta de um trabalho digno depende de um conjunto maior de direitos fundamentais que, além do rol descrito pela OIT, no plano individual, compreendem a existência de trabalho, a liberdade de trabalho, a igualdade no trabalho, o trabalho em condições seguras e justas, a preservação da saúde do trabalhador, a remuneração justa e a limitação da jornada de trabalho, que serão abordadas neste trabalho.

É válido ressaltar que no plano coletivo deve ser englobado no rol de direitos mínimos a proibição do trabalho infantil, a liberdade sindical e a proteção contra os riscos sociais, que embora de grande relevância, não serão tratados aqui neste trabalho, que se limita a tratar dos direitos humanos fundamentais do trabalhador no plano individual.

Baez³ explica que os direitos humanos fundamentais traduzem-se como o resultado da positivação dos direitos naturais, que são as mais importantes ferramentas para a proteção e realização dos direitos humanos na ordem jurídica interna dos Estados. Ora, não garantir esses direitos mínimos ao homem trabalhador é sujeitá-lo a condições de trabalho abaixo do necessário à preservação da sua dignidade.

Do mesmo modo, negar o trabalho nessas condições básicas é negar os direitos humanos do trabalhador e atuar em oposição aos princípios básicos que os regem, em especial a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto a própria OIT afirma que em todas as partes e para todas as pessoas o trabalho é um meio de garantir a dignidade humana.⁴

² Brito Filho (2010).

³ Baez (2012).

⁴ Brito Filho (2010).

Por fim, sendo o trabalho escravo considerado a maior forma de violação aos direitos humanos laborais, para compreensão mais abrangente do assunto é necessário que seja realizada uma análise efetiva do conceito de direitos humanos, em especial sobre os direitos humanos do trabalhador, e a sua importância para o homem, em face do protecionismo internacional de tais direitos e a relação do Estado brasileiro nessa proteção.

2.1 CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR

Inicialmente, para se entender os direitos humanos de uma maneira mais prática e simples, denota-se o conceito de Herkenhoff e Paixão, segundo os quais “‘direitos humanos’ ou ‘direitos do homem’, também denominados ‘direitos fundamentais’, são aqueles direitos que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana e pela dignidade que a ela é inerente.”⁵

Moraes,⁶ em um entendimento mais formal, concebe os direitos humanos, usando a expressão “direitos humanos fundamentais”, como um conjunto institucionalizado de direitos e garantias que buscam o respeito à dignidade do ser humano, protegendo-o contra a arbitrariedade e estabelecendo condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Na doutrina estrangeira, destaca-se a concepção de Perez Luño,⁷ que em sua visão mais ampla, entende os direitos humanos como “[...] *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.*”

Portanto, os direitos humanos compreendem o conjunto de normas básicas para a garantia da essência humana, que deve ser efetivada e protegida pelas ordens jurídicas de todos os países. Nesse conjunto de regras básicas, os direitos humanos traduzem o mínimo necessário à existência do homem e fazem parte dos direitos protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Pode-se dizer que são alicerces desse princípio, pois a dignidade da pessoa humana é basilar para a estruturação do direito nacional e internacional.

No mesmo sentido, Teixeira Manus⁸ explica que a afirmação da dignidade da pessoa humana se trata de medida máxima da sociedade em seu grau de justiça, sobrevivendo a qualquer outro argumento, para a garantia de uma vida em grupo mais justa, pois quando não é observado o princípio da dignidade da pessoa humana a sociedade não está atendendo ao direito e à justiça. Sarlet compreende a dignidade da pessoa humana como:

⁵ Herkenhoff e Paixão (2008, p. 216).

⁶ Moraes (1998).

⁷ Perez Luño (1998, p. 31).

⁸ Teixeira Manus (2010).

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 existentes 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 humanos.⁹

Godinho Delgado¹⁰ destaca que a ideia atual de dignidade deve ir além da dimensão particular presa aos valores imanentes à personalidade do indivíduo sem reflexos efetivos na sociedade, devendo alcançar a afirmação social do ser humano, pois o homem como um integrante do grupo social deve ter assegurado um mínimo possível de afirmação no plano social circundante, e nesta medida de afirmação social encontra-se o trabalho.

Isso assentado, em outro texto salientou-se que “[...] a escravidão talvez seja a forma mais degradante de tratamento humano, pois lhe retira não só a liberdade, como também a própria dignidade humana.”¹¹ A relação íntima entre o trabalho e a dignidade da pessoa humana explica-se pela necessidade de firmar-se respeito a um mínimo de direitos que garantam a dignidade humana nas relações trabalhistas entre empregado e empregador, pois na ausência de empregados não haverá produção, e na ausência de empresas não haverá empregos, o que movimenta a sociedade.¹²

Em uma visão mais humanitária da relação trabalhista, o trabalho trata-se de uma referência simbólica fundamental na sociedade contemporânea, pois é por meio dele que as pessoas buscam desenvolver a plenitude de suas potencialidades. Para que seja assegurado o princípio da dignidade da pessoa humana faz-se necessária a proteção do trabalho em determinados direitos e valores, garantindo-se, assim, a realização de um trabalho decente.

A Organização Internacional do Trabalho entende que essa visão protecionista se tornou uma reivindicação mundial e, reafirmando a sua função de referência internacional para assuntos ligados ao trabalho, passou a adotar uma firme postura no sentido da proteção efetiva de direitos humanos dos trabalhadores, destacando que o trabalho decente é um instrumento de proteção da dignidade humana e de combate contra a prática de trabalho em condições análogas a de escravo.

Desse modo, Amador Alves¹³ afirma que cabem aos sistemas jurídicos, políticos, econômicos e sociais a efetivação de um conjunto de padrões mínimos

⁹ Sarlet (2002, p. 60).

¹⁰ Godinho Delgado (2007).

¹¹ Goldschmidt (2009, p. 62).

¹² Teixeira Manus (2010).

¹³ Amador Alves (2010).

de condições de trabalho previamente definidos e reconhecidos para que haja a valorização verdadeira do trabalho humano. Para Brito Filho,¹⁴ negar essas condições de trabalho é o mesmo que negar os direitos humanos do trabalhador, agindo em oposição aos princípios básicos que os regem. Em outro estudo asseveramos:

A partir de ações políticas, jurídicas e sociais, calcadas nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, é possível reverter-se esse quadro nefasto, criando-se uma opção para rebater o individualismo e o materialismo neoliberal, colocando o capital a serviço do homem.¹⁵

Entre as normas que tratam sobre o conjunto de padrões mínimos e básicos de proteção ao trabalhador, a mais importante é a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Desta Declaração, em especial para os fins deste estudo, destacam-se os artigos XXIII e XXIV, a seguir:

Art. XXIII

1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, à proteção contra o desemprego.
2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito à igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Art. XXIV

Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

No entanto, embora de extrema relevância internacional, esses dispositivos não são suficientes para garantir o desejado mínimo ao trabalhador, pois deixam de abarcar alguns direitos necessários ao trabalho saudável, seguro e igualitário.

Assim, observa-se ainda no campo dos textos internacionais, outras normas que procuram garantir direitos básicos aos trabalhadores, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York (1966), ratificado pelo Brasil no ano de 1992, que tratou de detalhar os direitos expressados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, protegendo principalmente a segurança e a saúde no trabalho.¹⁶

Nesse contexto é de fundamental importância enfatizar o papel desempenhado pela Organização Internacional do Trabalho na declaração dos

¹⁴ Brito Filho (2010).

¹⁵ Goldschmidt (2009, p. 201).

¹⁶ Brito Filho (2010).

direitos básicos do homem trabalhador, buscando garantir o trabalho decente, que é o primeiro objetivo defendido pela organização. No conjunto de normas lançados pela OIT, primeiramente destaca-se a Declaração sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho, definida na 86ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho (junho de 1998), que além do rol básico de direitos do trabalhador traz o mínimo social a ser respeitado pelos Estados.

Do mesmo modo, não menos importante, destacam-se as Convenções fundamentais da OIT, das quais são relevantes para o contexto mencionar as que proíbem o trabalho forçado (Convenções n. 27 e 105), as que proíbem a discriminação dos trabalhadores (Convenções n. 100 e 111) e as que limitam a idade para trabalhar (Convenções n. 138 e 182).

Os direitos humanos regrando as condições para o padrão mínimo de direitos que devem ser garantidos ao trabalhador apresentam algumas categorias individuais que são de grande relevância para este estudo, pois tratam-se da essência de proteção ao ser humano, aquilo sem o qual o homem não sobrevive, ou, então, sobrevive, mas em condições subumanas de degradação. Traduzem-se no direito ao trabalho, à liberdade de escolha do trabalho, à igualdade no trabalho, a condições justas de um trabalho seguro que preserve a saúde do trabalhador, que observe uma remuneração justa e que limite a sua jornada de trabalho. Tais pontos serão tratados, paulatinamente, a seguir.

2.2 DIREITO AO TRABALHO

Para desenrolar a esteira desta pesquisa é necessária uma maior compreensão sobre a importância do trabalho na vida do homem, pois é a base essencial na realização dos demais direitos humanos fundamentais do trabalhador; trata-se do alicerce sobre o qual estão construídos os outros direitos. A compreensão do direito ao trabalho é bem ampla, mas a principal vertente, segundo Brito Filho,¹⁷ é aquela que o analisa como a obrigação do Estado em criar condições para o exercício de um labor que permita a subsistência do trabalhador e de sua família.

Dallari¹⁸ afirma que o trabalho autoriza ao ser humano a desenvoltura de sua capacidade física e intelectual, permitindo a convivência com as demais pessoas e agindo como um instrumento de realização pessoal. Essa reflexão vai além do conceito de trabalho já conhecido, pois não se limita aos reflexos econômicos gerados por ele, ao contrário, abarca um conjunto mais amplo entendendo o trabalho como o meio indispensável pelo qual o homem busca sua felicidade e realização.

¹⁷ Brito Filho (2010).

¹⁸ Dallari (2004).

A filósofa alemã Arendt¹⁹ entende o trabalho como um dos componentes da tríade das principais atividades humanas, considerando-o um elemento essencial à sobrevivência, não somente do indivíduo como da própria espécie humana. Com pensamento semelhante ao de Arendt, Bobbio²⁰ idealiza o trabalho, a instrução e a saúde como a tríade dos direitos sociais fundamentais, considerando o trabalho um direito tão fundamental que se encontra em todas as Declarações de Direitos contemporâneas.

O trabalho torna-se essencial à medida que crescem as necessidades humanas, entendidas estas em sentido amplo, pois o trabalho não assegura apenas as necessidades básicas e fisiológicas, mas garante a satisfação das necessidades subjetivas do trabalhador, que são aquelas relativas às suas vontades individuais e seus projetos pessoais.

Nesse mesmo pensamento, Cardoso Montal²¹ percebe o direito ao trabalho como o mais relevante, o direito social fundamental, ou, ainda, o direito básico entre os direitos sociais. Justifica-se discorrendo que é por meio do trabalho que o ser humano vai garantir a seguridade social e, conseqüentemente, o direito à saúde, bem como porque é pelo exercício do trabalho que o ser humano se realiza, além de ser a ferramenta pela qual lhe assegura a remuneração justa.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, avançando em relação às constituições anteriores, valorizou sobremaneira a dignidade do trabalho sob vários aspectos, entre eles a difusão dos direitos sociais e individuais. Primeiramente é possível observar o artigo 1º, inciso IV, que declara entre os fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho; já no artigo 6º encontra-se o direito ao trabalho como direito social fundamental; o art. 7º é o principal, pois dispõe sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais; o artigo 170 descreve que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho; e o artigo 193 dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho.

Resende²² afirma que essas disposições constitucionais tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho como uma condição de efetividade da dignidade da pessoa humana, haja vista que a existência digna também é um fundamento da República Federativa do Brasil expressada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

O referido autor explica que os direitos individuais e os direitos sociais são interligados, à medida que o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão está associado ao direito social ao trabalho que envolve o direito de acesso a uma profissão, à orientação e formação, bem como a todas as condições que envolvam melhorias sociais aos trabalhadores.

¹⁹ Arendt (2007).

²⁰ Bobbio (2000).

²¹ Cardoso Montal (2010).

²² Resende (2010).

Resende²³ afirma ainda que a sociedade de maneira geral deve entender que o valor do ser humano existe por si só e não pela sua utilidade, de modo que as empresas não podem afastar sua função social de valorização do primado do trabalho e da dignidade da pessoa humana, devendo garantir que o ser humano no desempenho do seu trabalho não seja utilizado como mero objeto ou meio para realização do querer alheio.

Desse modo, a concretização do direito ao trabalho somente será alcançada quando for possibilitada a satisfação das necessidades do ser humano, com a promoção da sua autonomia e desenvolvimento da personalidade e capacidade, e a concretização de condições que garantam o equilíbrio social, em que todos sejam tratados com respeito e consideração, sendo valorizada a vida do indivíduo e estimulada a sua contribuição para o desenvolvimento da sociedade.²⁴

Cardoso Montal²⁵ explica que se faz necessário, ainda, para a efetivação desse direito, que o trabalho deixe de ser considerado apenas pelo seu lado patrimonial e passe a ser reconhecido como um valor essencial para a proteção, promoção, autoafirmação e participação do indivíduo na sociedade.

Nessa mesma esteira, para que se tenha a efetiva garantia da proteção ao trabalho, deve ser assegurada a liberdade de escolha do trabalho, pois se trata de uma esfera da liberdade geral em que deve ser garantido ao trabalhador o direito de ter a espontaneidade de escolher o trabalho que deseja realizar, sem ser forçado a situações ou privado da sua liberdade de escolha. Este tema será abordado a seguir.

2.3 DIREITO À LIBERDADE DE ESCOLHA DO TRABALHO

A liberdade de escolha do trabalho tem a ver com a não privação da liberdade do indivíduo, tendo este a plena liberdade para escolher o labor que deseja realizar, respeitadas as condições que a lei estabelecer, não sendo possível a sujeição forçada do trabalhador ao exercício não espontâneo do trabalho, pois não há a concretização do direito ao trabalho, nem a efetivação de suas condições mínimas, se o trabalhador não escolheu pela própria vontade a realização daquele trabalho, ou seja, se o trabalhador não é livre.²⁶

Nesse sentido, a Organização Internacional do Trabalho, na Oficina Internacional do Trabalho, realizada na cidade de Genebra na Suíça no ano de 2001, declarou que o controle abusivo de um ser humano sobre o outro é a antítese do trabalho decente, pois não há trabalho digno que suporte a privação de uma das condições essenciais para a vida humana: a liberdade.

²³ Resende (2010).

²⁴ Supiot (apud CARDOSO MONTAL, 2010).

²⁵ Cardoso Montal (2010)

²⁶ Brito Filho (2010).

A proteção da liberdade está presente de forma ampla nos institutos jurídicos protetores das relações de trabalho, pois as condutas protegidas legalmente sempre referem-se direta, ou mesmo indiretamente, à liberdade da pessoa. Na legislação brasileira essa proteção está inserida no art. 5º, inciso XIII, da Magna Carta, consagrando a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. No entanto, o Código Penal veda todas as formas de trabalho forçado e em condições degradantes no art. 197, *in verbis*:

Art. 197 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:
I - a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias:
Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência;
II - a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de greve ou paralisação de atividade econômica:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Brito Filho²⁷ explica que essa especial proteção procura impedir a imposição do trabalhador ao pleno domínio de alguém, suprimindo a liberdade humana do indivíduo e sujeitando-o ao seu completo e discricionário poder. Então a proteção que se busca na liberdade de escolha do trabalho vai além da proteção da liberdade, mas a alcança no direito de domínio que alguém pode perder por meio dessa privação indevida.

Veja-se, no contexto do trabalho em condições análogas ao de escravo, simplesmente suprime-se esse direito de liberdade, posto que o trabalhador é submetido a trabalho forçado, sem ter direito de ir e de vir, ficando preso ao posto de trabalho por dívida (a chamada escravidão por dívida), por supressão dos meios de locomoção ou, ainda, por retenção de seus documentos ou objetos pessoais, fatores estes degradantes. Disso decorre ser necessário firmar-se o direito de liberdade de escolha e permanência no trabalho. Sobre o assunto, Fávero Filho²⁸ faz a seguinte ponderação:

Diferentemente da escravidão clássica, em que o escravo era propriedade do senhor, a escravidão contemporânea tem como um de seus elementos caracterizadores a supressão do *status libertatis* da pessoa, impondo-lhe sua completa sujeição ao poder discricionário de outrem, sendo esse fato conhecido como *plagium*, que consubstancia-se no exercício ilícito, sobre o trabalhador, de poderes similares àqueles inerentes ao direito

²⁷ Brito Filho (2010).

²⁸ Fávero Júnior (2010).

de propriedade, restringindo-lhe a liberdade de locomoção através do uso da violência, grave ameaça ou fraude, bem como mediante a retenção de documentos pessoais ou contratuais ou em razão de dívida contraída com o empregador, com frustração de direitos trabalhistas e imposição de trabalhos forçados e em condições degradantes.²⁹

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o cerceamento da liberdade é pressuposto da configuração do trabalho análogo ao de escravo, não sendo passível para caracterizá-lo o simples descumprimento de normas de proteção ao trabalho, a saber:

TRABALHO ESCRAVO – DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DE PROTEÇÃO AO PRESTADOR DE SERVIÇOS. O simples descumprimento de normas de proteção ao trabalho não é conducente a se concluir pela configuração do trabalho escravo, pressupondo este o cerceio à liberdade de ir e vir (RE 466508, Relator(a): Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 02/10/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-05 PP-01094).

Além desse direito de liberdade de escolha do trabalho, outro direito que será abordado a seguir é igualmente importante para o homem, que é o direito à igualdade no trabalho, pois somente a ausência de discriminação e desigualdade pode promover a integração do ser humano no ambiente de trabalho e o desenvolvimento pleno de suas potencialidades, garantindo sua dignidade, o que, aliás, é a maior e mais importante meta da vida humana.

2.4 DIREITO À IGUALDADE NO TRABALHO

O direito à igualdade no trabalho deve ser concebido como o direito à igualdade para o trabalho e no exercício do trabalho, pois este deve ser oferecido a todos os que possuem as habilidades necessárias, sem discriminações e distinções de qualquer natureza, assim como as oportunidades que se referem à execução do trabalho interno da empresa devem ser oferecidas dentro da mesma ideia de igualdade.

Dessa maneira, Brito Filho³⁰ entende que o Estado deve voltar especial atenção ao repúdio à discriminação e ao fornecimento de instrumentos para a redução da desigualdade no trabalho, pois a própria relação de emprego é forma propícia para a discriminação, tendo em vista que pressupõe a sujeição de um homem pelo outro, decorrente da necessidade do primeiro trabalhar e garantir a subsistência da família.

²⁹ Fávero Júnior (2010, p. 260).

³⁰ Brito Filho (2010).

Caplan³¹ concebe a existência de três visões distintas de igualdade: a formal, que representou a igualdade de todos perante a lei e foi de importância histórica por abolir os privilégios; a material, fundada nos conceitos de justiça social e distributiva; e a material, fundada na visão de justiça, que reconhece e respeita a diversidade. Esta última representa a superação social ao reconhecimento da igualdade, pois se trata de uma conquista histórica e deve ser considerada, principalmente, nos assuntos de direito do trabalho, cujo objetivo é a proteção de grupos sociais vulneráveis.

A igualdade essencial, entendida como um traço encontrado em praticamente todas as culturas e religiões é definida por Baez³² como um valor inerente a todos os indivíduos e quando não for respeitada é capaz de eclodir revoluções e guerras, colocando em risco a vida humana sobre o planeta.

No mesmo contexto, Caplan³³ entende que o direito à igualdade deve ser efetivado quando forem encontradas situações de discriminação dos trabalhadores em razão das diferenças de gênero, etnia, raça, entre outras, assim como quando for verificada a exclusão decorrente da própria condição de trabalhadores.

Beaudonnet³⁴ ressalta a importância da Organização Internacional do Trabalho ao desenvolver uma especial proteção à implementação do direito humano à igualdade de oportunidades e tratamento no emprego. Para isso, o autor destaca a Declaração da Filadélfia, de 1944, que é parte da Constituição da OIT, a qual afirma o direito de todos os seres humanos buscarem o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades.

Existem também outras normas da OIT especificando o assunto, como a Convenção sobre Remuneração Igual, do ano de 1951 (n. 100), e a Convenção sobre a Discriminação no Emprego e Profissão, do ano de 1958 (n. 111), que são instrumentos que estabelecem princípios, conceitos e definições jurídicas básicas quanto à igualdade de oportunidades e tratamento no trabalho. Em 1998 a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho veio reafirmar a natureza fundamental do princípio da igualdade, comprometendo a OIT e seus membros a tomarem medidas no sentido de eliminar qualquer discriminação no emprego e na profissão.

Beaudonnet³⁵ pontua que a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e na profissão significa que todos os indivíduos, independentemente de raça, credo ou sexo, que estão trabalhando ou procurando trabalho devem ser tratados segundo sua capacidade e mérito, havendo violação se essa igualdade for negada, ou quando determinadas pessoas forem tratadas de modo desfavorável por características subjetivas.

³¹ Caplan (2010).

³² Baez (2012).

³³ Caplan (2010).

³⁴ Beaudonnet (2011).

³⁵ Beaudonnet (2010).

A discriminação no emprego, mais do que violar a igualdade também infringe a dignidade humana e a justiça social, trazendo consequências negativas aos trabalhadores, suas famílias, ao local de trabalho, à empresa, bem como à sociedade como um todo. Beaudonnet³⁶ explica que o combate à discriminação no local de trabalho é um ponto de acesso privilegiado, pois contribui no fortalecimento da paz, estabilidade e coesão social, constituindo um elemento essencial para a efetivação do trabalho decente.

Juridicamente, depois de muitas lutas travadas por grupos excluídos socialmente, a igualdade está sendo efetivada, nacional e internacionalmente, respeitando as diferenças e as diversidades entre as pessoas. Para corroborar essa visão é válida e importante a menção de alguns exemplos no artigo 7º, como o inciso XX da Constituição Federal do Brasil, que protege o mercado de trabalho da mulher; o inciso XXX, que proíbe a discriminação entre trabalhadores em geral; o inciso XXXI, que protege os portadores de deficiência; e o inciso XXXII, o qual proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; assim como o exemplo do artigo 37, inciso VII, que concebe aos portadores de deficiências a reserva de percentual para acesso aos cargos e empregos públicos.

No trabalho análogo ao de escravo, o princípio da igualdade é frontalmente atingido, posto que o trabalhador, nessas condições, é tratado como coisa (*res*), sendo privado de sua dignidade e, conseqüentemente, de ser tratado em igualdade de condições e direitos em face de outros trabalhadores. Na legislação pátria, como supracitado, a pena é aumentada em metade quando a prática do crime de redução do trabalhador a condições análogas a de escravo é cometido por motivo de “preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.” Isso denota o quão relevante é o princípio da igualdade nas relações de trabalho, a ponto de sua transgressão importar uma ação mais drástica por parte do Estado.

No mesmo sentido é a doutrina de Fávero Filho,³⁷ quando assevera que o trabalho em condições análogas a de escravo “[...] também malferir o princípio da igualdade, porquanto se dispensa tratamento distinto ao que é dado a outras pessoas, que por vezes trabalham no mesmo local.”³⁸

Do mesmo modo que a igualdade no trabalho, para se garantir o atendimento aos direitos humanos do trabalhador, deve ser assegurado o direito a condições justas de trabalho, sendo estas referentes às condições fornecidas no meio ambiente de trabalho e também àquelas adquiridas mediante o trabalho, conforme será visto a partir do próximo tópico.

³⁶ Beaudonnet (2011).

³⁷ Fávero Filho (2010).

³⁸ Fávero Filho (2010, p. 258).

2.5 DIREITO AO TRABALHO EM CONDIÇÕES JUSTAS

O direito ao trabalho em condições justas refere-se às garantias dadas ao trabalhador para que seja protegido no meio ambiente de trabalho em condições justas no que se refere à remuneração, ao limite de horas trabalhadas e períodos de repouso.

Fernandes³⁹ explica que a tutela jurídica do meio ambiente do trabalho possui duas dimensões: uma mediata ou geral, e outra, dita imediata ou específica, e como exemplos da tutela imediata podem ser citados: o limite de jornada, o descanso semanal remunerado, as férias, a licença-gestante, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, a proteção ao trabalho do menor, entre outros direitos, reconhecidos pela Carta Magna e pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

As condições individuais do trabalhador consideradas como justas e mínimas para o exercício de um trabalho digno e decente que proteja os direitos humanos do trabalhador, podem ser entendidas como aquelas que visam à garantia de um trabalho seguro que preserve a sua saúde, que garanta uma remuneração mínima e justa e que tenha previsão de limites à jornada de trabalho, protegendo o descanso do trabalhador e suas horas livres de lazer, conforme passará a ser abordado nos tópicos seguintes.

2.5.1 Direito ao trabalho seguro

O primeiro obstáculo na matéria de condições dignas do trabalho é a preservação do ambiente do trabalho em condições de salubridade e segurança, pois a qualidade de vida é o ponto de partida para qualquer relação trabalhista ou exercício de qualquer atividade. E neste ponto ainda existem problemas a serem superados; o primeiro trata de cuidados mínimos que devem ser observados pelos tomadores de serviços, como, por exemplo, ocupar o trabalhador poucos minutos por dia para instrução a respeito das normas de saúde e segurança.⁴⁰

O meio ambiente do trabalho saudável e seguro é um direito humano destinado a proteger à saúde e à vida laboral, ligado, dessa forma, à própria dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual se deve voltar atenção especial às medidas que visam proteger o trabalhador em seu labor diário.

Doutrinariamente é importante que se faça uma apropriada distinção entre a segurança no trabalho e a segurança por meio do trabalho. No que se refere à segurança no trabalho, Vargas e Carvalho Fraga⁴¹ propõem um conceito mais amplo, que compreende disposições destinadas a assegurar a proteção dos trabalhadores aos seguintes fatores:

³⁹ Fernandes (2010).

⁴⁰ Brito Filho (2010).

⁴¹ Vargas e Carvalho Fraga (2007).

[...] lesões físicas (como regras relativas à higiene, segurança e medicina do trabalho, aos acidentes de trabalho, às enfermidades profissionais, assim como normas que representem a responsabilização civil objetiva do empresário pelos riscos do negócio); que estendam a proteção a todos os aspectos da existência biológica do trabalhador (em especial, a regulação dos tempos de trabalho, que preservem seus períodos de descanso, seus ritmos biológicos, a prevenção da fadiga, etc.); que contemple juridicamente todos os eventos imprevistos de caráter físico que impeçam ou dificultem o cumprimento do contrato de trabalho (idade, sexo, maternidade, enfermidade, etc.).⁴²

Já no que se refere à segurança por meio do trabalho os autores entendem que se trata da necessidade dos trabalhadores encontrarem meios para sobreviver por intermédio do seu labor, para que haja uma segurança econômica, o que se traduz na garantia de uma remuneração mínima e justa ao trabalhador que garanta o sustento próprio e da sua família.⁴³

O objetivo da garantia de um trabalho seguro visa assegurar diretamente a preservação da saúde do trabalhador, pois no momento em que o homem usa sua força de trabalho para auxiliar seu tomador de serviços, ele potencializa suas energias vitais no labor diário para benefício de outrem, devendo ser assegurada a preservação da sua saúde, garantindo o direito à vida e à dignidade, conforme será abordado a seguir.

2.5.2 Direito à preservação da saúde do trabalhador

A preocupação com a preservação da saúde do trabalhador é algo que vem sendo pensado recentemente, pois não há sentido o trabalhador possuir um emprego com uma remuneração justa e capaz de satisfazer suas necessidades, se ao final, a sua saúde estiver comprometida.

Nesse contexto, Brito Filho⁴⁴ explica que houve uma mudança principiológica em que se passou a incluir a preservação da saúde do trabalhador na primazia dos objetivos de proteção na relação capital-trabalho. O protecionismo é justificável quando se compreende que é no ambiente de trabalho que o homem passa a maior parte de sua vida; o efetivo exercício do direito fundamental à vida depende da concretização do direito à saúde no trabalho.

Fernandes⁴⁵ entende que o direito à saúde no trabalho decorre do direito à saúde em geral, em virtude da própria essencialidade do trabalho na sociedade, bem como em razão dos agravos provocados à saúde do indivíduo em decorrência dos procedimentos de produção e seus reflexos na organização social.

⁴² Vargas e Carvalho Fraga (2007, p. 130).

⁴³ Vargas e Carvalho Fraga (2007).

⁴⁴ Brito Filho (2010).

⁴⁵ Fernandes (2010).

A saúde em geral, por ser direito humano fundamental para a concretização de uma vida digna, é alvo de proteção por organismos, governos e pessoas do mundo todo. O mundo se preocupa com a preservação da saúde por ser um elemento importante para o equilíbrio ambiental do planeta, que também é uma garantia de vida digna à sociedade, que acaba sendo solidária com quaisquer questões que envolvam a dignidade da pessoa humana e que se destinam a satisfazer nada a menos do que a própria espécie humana.⁴⁶

O meio ambiente em geral trata-se de um direito fundamental previsto no artigo 225, *caput*, da Constituição da República do Brasil, que dispõe o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, sendo um dever do Poder Público e também da coletividade a defesa e a preservação para a geração atual e futura.

Quanto a esse aspecto futuro é importante destacar a denominada ética intergeracional que se traduz na necessidade de preservação do ambiente para uma utilização sustentável, garantindo, assim, os interesses das gerações presentes e futuras. Sobre o assunto, Pereira Patrocínio⁴⁷ faz uma explanação sobre o princípio da equidade intergeracional, argumentando sobre a sua importância no seguinte sentido:

O princípio da equidade intergeracional busca a justiça entre as gerações. Tal justiça corresponderia, entre outros aspectos, à igualdade de oportunidade de desenvolvimento socioeconômico no futuro, graças à prática da responsabilidade no usufruto do meio ambiente e de seus elementos no presente. Esse princípio refere-se ao reconhecimento do direito que cada indivíduo tem de viver em um ambiente com qualidade. Corresponde ao dever de sua conservação ambiental contínua que está contida no art. 225 da Constituição Federal, no qual existe a obrigação de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. A utilização do conceito impõe ainda, ao Poder Público e a toda a sociedade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as gerações presentes e futuras gerações. Dessa maneira, a Constituição propõe uma espécie de ética intergeracional, que traduz um desejo comum de justiça entre todas as gerações.⁴⁸

A proteção da relação do direito à saúde como direito ao meio ambiente de trabalho está assegurada no artigo 200 da Carta Magna, no qual está descrito que o Sistema Único de Saúde deve colaborar na proteção do meio ambiente, inclusive o meio ambiente do trabalho.

⁴⁶ Fernandes (2010).

⁴⁷ Pereira Patrocínio (2010).

⁴⁸ Pereira Patrocínio (2010).

No plano internacional, a proteção ao meio ambiente está descrita no princípio n. 1 da Declaração feita na Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano, que traz entre outras normas, o conceito de meio ambiente como um direito fundamental assegurado ao homem, que seja capaz de possibilitar qualidade tal que o permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar.⁴⁹

A sociedade está vivenciando uma época caracterizada por mudanças repentinas no mundo do trabalho, cercadas de resultados sérios na saúde física e mental do trabalhador e, conseqüentemente, no meio ambiente de trabalho. Isso tudo contribui para a necessidade de medidas voltadas à preservação da saúde do trabalhador, pois os efeitos do descuido ambiental provocados por ações humanas altamente poluentes já são vivenciados, e entre as mais importantes destaca-se a ação produtiva.

No trabalho em condições análogas ao de escravo, o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado são violados, posto que o trabalhador, nessas condições, é submetido a ambiente degradante, forçado a morar, com sua família, em habitações coletivas, sem saneamento e higiene, não raro convivendo, no mesmo ambiente, com animais. Tratam-se de condições desonrantes, que violam não somente o direito ao meio ambiente laboral saudável, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Brito Filho⁵⁰ assevera que a jornada exaustiva e as condições degradantes de trabalho são dois elementos caracterizadores do ilícito de reduzir alguém à condição análoga a de escravo, e como não são autoexplicativos, o autor define o trabalho em condições degradantes como:

[...] aquele em que há falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da falta de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação, tudo devendo ser garantido – o que deve ser esclarecido, embora pareça claro – em conjunto; ou seja, e em contrário, a falta de um desses elementos impõe o reconhecimento do trabalho em condições degradantes.⁵¹

Segundo Fernandes,⁵² nem a sadia qualidade de vida, nem o meio ambiente equilibrado e sustentável são capazes de serem alcançados se ignorados o meio ambiente de trabalho e a qualidade deste. Não obstante o direito à preservação da saúde do trabalhador, a garantia da efetivação dos direitos humanos depende também de uma remuneração mínima e justa que seja capaz de garantir a vida do trabalhador e de sua família em condições justas e dignas, conforme será abordado a seguir.

⁴⁹ Fernandes (2010).

⁵⁰ Brito Filho (2010).

⁵¹ Brito Filho (2010, p. 72).

⁵² Fernandes (2010).

2.5.3 Direito à remuneração justa

A remuneração é elemento essencial para se assegurar o trabalho em condições justas, pois a própria sobrevivência do homem e de sua família depende do valor que ele irá receber em seu labor. A garantia dessa remuneração depende da situação em que o empregado se encontra em relação ao mercado de trabalho. Para os empregados a proteção da remuneração decorre do princípio da proteção e engloba a irredutibilidade salarial, a proibição de descontos não autorizados, a garantia do salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, a majoração dos valores em casos de trabalho extraordinário ou noturno, entre outros descritos na Constituição Federal do Brasil.⁵³

O valor recebido a título de remuneração é considerado o meio de subsistência do trabalhador e de sua família, devendo ser suficiente para a satisfação das necessidades de quem dele dependa. Não obstante ser também considerada um dos principais direitos econômicos, derivado das gerações dos Direitos Humanos, pois para alguns autores a expressão justa remuneração pode não ser muito adequada, tendo em vista que o trabalhador não recebe por todo o seu esforço, mas apenas por parte dele, pois o excedente não é devolvido ao trabalhador, sendo acumulado pelo empregador, o que se denomina de lucro.⁵⁴

Por isso Genro⁵⁵ conceitua o salário, espécie principal do gênero remuneração, como aquela retribuição de parte da força de trabalho despendida pelo trabalhador durante a jornada, iniciando com um contrato que formaliza a relação trabalhista e subordina o trabalhador, alcançando a dominação do capital sobre o trabalho.

Durante muito tempo a concepção de remuneração mínima era entendida como garantia mínima vital, porque deveria assegurar o sustento dos valores necessários à subsistência do trabalhador. No entanto, segundo Vargas e Carvalho Fraga⁵⁶ a concepção original de salário mínimo evoluiu do estritamente necessário para a reprodução da força de trabalho e passou a ser visto como o salário digno e justo, concebido como aquele que deve garantir ao trabalhador o atendimento das exigências sociais que resultam do estado de riqueza da sociedade. A conceituação do que se entende como salário digno no Brasil, encontra-se disposta na Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 7º

[...]

IV - Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de

⁵³ Vargas e Carvalho Fraga (2007).

⁵⁴ Brito Filho (2010).

⁵⁵ Genro (1994).

⁵⁶ Vargas e Carvalho Fraga (2007).

sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Destarte, Brito Filho⁵⁷ assevera que sendo a remuneração destinada a retribuir apenas uma parte de todo o esforço do trabalhador, bem como o importantíssimo fato de ser ela o único meio de subsistência deste, deverá ser garantida, ao menos, em patamar mínimo, sendo vedada totalmente a sua eliminação e até mesmo a sua redução por qualquer artifício.

Ora, é comum ver esse tipo de artimanha acontecer nas hipóteses em que o trabalhador é reduzido à condição análoga a de escravo, pois o obreiro simplesmente não recebe os salários sob o pretexto ínfimo de seu tomador de serviços de que suas dívidas ultrapassam o valor que deveria receber, um tremendo descaso que atenta contra o direito à remuneração justa e mínima, atingindo, por consequência, a dignidade do trabalhador.

A ideia de retribuição mínima não é determinada apenas pelo nível de vida mínimo, compreendido como o valor que se gasta para o custo de vida em determinado momento, mas abrange a evolução da remuneração do trabalho em todos os seus períodos.⁵⁸

Com o trabalho em condições análogas a de escravo, o direito à remuneração justa é simplesmente violado, quer porque o trabalhador é forçado a trabalhar, sem remuneração, quer porque não tem o poder de dispor sobre a suposta remuneração. É muito comum, no meio rural, o empregador “adiantar”, gêneros alimentícios, roupas e medicamentos a título de “remuneração” e, ao final do mês, quando o empregado vai reivindicar o seu salário, o empregador nega o pagamento aduzindo que o empregado, em verdade, não tem nada a receber, mas sim uma “dívida” a saldar, ante as utilidades que recebeu, sendo que o empregado não consegue se libertar dessa dívida. É a chamada “escravidão por dívida” que viola o direito ao salário justo e livre de descontos.

Simón e Camargo de Melo⁵⁹ discorrem que justamente para evitar a ocorrência da servidão por dívida, o legislador introduziu três novos parágrafos no art. 462 da CLT, “[...] a fim de coibir qualquer forma de coerção à vontade do trabalhador de livremente dispor de seu salário.”⁶⁰ O primeiro parágrafo restringe os descontos dos danos causados pelos empregados ao acordo previamente ajustado sobre o fato ou na hipótese de ato praticado com dolo. O segundo parágrafo trouxe

⁵⁷ Brito Filho (2010).

⁵⁸ Supiot, (apud CARDOSO MONTAL, 2010).

⁵⁹ Simón e Camargo de Melo (2007).

⁶⁰ Simón e Camargo de Melo (2007, p. 110).

vedação às empresas a qualquer tipo de coação ou induzimento para que o trabalhador se utilize de seus armazéns para venda de mercadorias ou prestação de serviços. O terceiro parágrafo trouxe a regra de fiscalização pela autoridade competente para que, nas empresas que dispuserem de tais serviços, as mercadorias sejam vendidas e os serviços sejam prestados a preços razoáveis, sem intuito de lucro e em benefício dos empregados.

Nesse contexto há a necessidade de se assegurar a proteção da remuneração do trabalhador também contra o processo inflacionário, isso porque o rendimento assalariado sofre influência direta da oferta da mão de obra em lugares de livre funcionamento do mercado de trabalho, fazendo com que o aumento do desemprego repercuta sobre o nível salarial dos empregados. Assim, cabe ao Estado garantir a imposição de limites assecuratórios para que o salário dos trabalhadores não seja atingido pela inflação.⁶¹

Por fim, passará a ser abordado no próximo tópico acerca da limitação da jornada de trabalho, a qual assim como a remuneração justa, a preservação da saúde do trabalhador e o direito ao trabalho seguro formam o rol que deve ser assegurado para o trabalho em condições justas que garantam a observação dos direitos humanos do trabalhador.

2.5.4 Direito à limitação da jornada de trabalho

Historicamente ficou demonstrado que se não houver leis garantindo a limitação da jornada de trabalho e a efetiva fiscalização dessas normas, a tendência é que os empregadores explorem os trabalhadores com condições degradantes de trabalho, jornadas excessivas e negação do direito ao repouso. Dessa maneira, é imprescindível a regulamentação das garantias mínimas de condições laborais, especialmente as que tratam da duração do trabalho e dos períodos de descanso.

Menezes Cordeiro⁶² assevera que a jornada de trabalho se tornou um problema crucial desde o início da Revolução Industrial, quando a autonomia que era garantida aos trabalhadores gerou o alongamento do dia de trabalho, sem limitação de horas, esgotando-os de tal forma que conferiu ao Direito a função de regular o tempo de trabalho.

As limitações na duração da jornada de trabalho devem ser de natureza biológica, social e econômica, pois além de se respeitar os limites físicos do trabalhador, deve-se prevenir a fadiga e outros males decorrentes do excesso de horas de trabalho, assim como é necessário permitir a vida do trabalhador em comunidade, fora do local de trabalho.

⁶¹ Pochmann (apud VARGAS; CARVALHO FRAGA, 2007).

⁶² Menezes Cordeiro (1991).

Ora, no trabalho em condições análogas a de escravo, o direito à limitação da jornada de trabalho é, talvez, o mais violado, posto que, nessas condições, o trabalhador é obrigado a exercer jornadas exaustivas, sem os devidos descansos. O artigo 149 do Código Penal Brasileiro, já citado, prevê como sendo condição análoga a de escravo a submissão do trabalhador a “jornadas exaustivas”. Nucci⁶³ discorre que a jornada exaustiva se configura quando existe o “[...] trabalho diário que foge às regras da legislação trabalhista, exaurindo o trabalhador”, sendo necessária para sua caracterização que “[...] o patrão *submeta* (ou seja, exija, subjogue, domine pela força) o seu empregado a tal situação.”⁶⁴

A limitação durante a jornada e entre as jornadas, bem como ao longo da semana e do ano, é fundamental até para manter o rendimento normal do trabalhador, garantindo-se, assim, a proteção e a dignificação do trabalho humano, o que por si só justifica a importância de incluir o direito à limitação da jornada de trabalho e a existência de períodos de repouso no rol de direitos mínimos que configuram um trabalho decente.⁶⁵

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto pode ser afirmado que a sociedade evoluiu muito no que diz respeito à legislação protecionista do trabalho, combatendo o trabalho escravo, tanto internacional, com o avanço e efetivação das normas da OIT, quanto nacionalmente, no caso específico do Brasil.

No entanto, é certo que ainda se está longe da erradicação do trabalho análogo ao de escravo, pois ainda são encontrados muitos trabalhadores vivendo nessas condições, sendo que a escravidão por dívida é uma das formas mais comuns contemporaneamente, sendo caracterizada pela supressão do direito à liberdade do trabalhador.

O princípio da igualdade nas relações de trabalho também é atingido no exercício do trabalho análogo ao de escravo, assim como o direito ao trabalho em condições justas que garantam a segurança do trabalhador e a preservação da sua saúde, asseverem uma remuneração justa e limitem a jornada de trabalho, pois ainda existem trabalhadores submetidos a condições degradantes de trabalho que, entre outros direitos, violam esses princípios fundamentais.

Por fim, compreende-se que embora existam normas de proteção aos direitos humanos, nacionais e internacionais, assegurando o trabalho digno a todas as pessoas, a erradicação do trabalho em condições análogas a de escravo depende da eficácia destas normas na realidade dos trabalhadores, pois o problema não está

⁶³ Nucci (2008).

⁶⁴ Nucci (2008, p. 691).

⁶⁵ Brito Filho (2010).

na omissão normativa, que tem trazido leis cada vez mais protetoras, mas sim na real aplicação e fiscalização destas leis a quem lhe é devido, de modo a garantir o trabalho decente a todo cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMADOR ALVES, Marcos César. Trabalho decente sob a perspectiva dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; VAZ DE CARVALHO, Luciana Paula. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão multicultural dos Direitos Humanos Fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.

BEAUDONNET, Xavier. *Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno: Manual de Formação para Juizes, Juristas e Docentes em Direito*. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. *Constituição: República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho Decente: Análise Jurídica da Exploração do Trabalho – Trabalho Escravo e outras Formas de Trabalho Indigno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

CAPLAN, Luciana. O Direito Humano à Igualdade, o Direito do Trabalho e o Princípio da Igualdade. In: PIOVESAN, Flávia; VAZ DE CARVALHO, Luciana Paula. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

CARDOSO MONTAL, Zélia Maria. O Trabalho como Direito Humano da Pessoa com Deficiência. In: PIOVESAN, Flávia; VAZ DE CARVALHO, Luciana Paula. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

Karine Gleice Cristova, Rodrigo Goldschmidt

FÁVERO FILHO, Nicanor. Trabalho Escravo: Vilipêndio à Dignidade Humana. In: PIOVESAN, Flávia; VAZ DE CARVALHO, Luciana Paula. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Fábio de Assis F. Meio Ambiente do Trabalho e a Dignidade do Cidadão Trabalhador. In: PIOVESAN, Flávia; VAZ DE CARVALHO, Luciana Paula. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

GENRO, Tarso Fernando Herz. *Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

GODINHO DELGADO, Maurício. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: DA SILVA, Alessandro et al. *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos Direitos Trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: Editora LTr, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista; PAIXÃO, Antonio Cortês da. Garantias Processuais dos Direitos Humanos no Sistema Jurídico Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 180, p. 215-241, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176572/1/000860620.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2012.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA PATROCÍNIO, Wanda. *Equidade intergeracional*. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Equidade%20intergeracional>>. Acesso em: 1 de jun. 2012.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

RESENDE, Renato de Sousa. A Centralidade do Direito ao Trabalho e a Proteção Jurídica ao Emprego. In: PIOVESAN, Flávia; VAZ DE CARVALHO, Luciana Paula. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SIMÓN, Sandra Lia; CAMARGO DE MELO, Luis Antonio. Direitos Humanos Fundamentais e Trabalho Escravo no Brasil. In: DA SILVA, Alessandro et al. *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

TEIXEIRA MANUS, Pedro Paulo. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia; VAZ DE CARVALHO, Luciana Paula. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

VARGAS, Luiz Alberto de; CARVALHO FRAGA, Ricardo. Remuneração e renda mínima – dignidade do trabalhador e insuficiência econômica. In: DA SILVA, Alessandro et al. *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

VAZ DE CARVALHO, Luciana Paula. A Violação à Dignidade da Criança e do Adolescente no Trabalho Infantil, Normas e Ações de Proteção. In: PIOVESAN, Flávia; VAZ DE CARVALHO, Luciana Paula. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.



O ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS: A EDUCAÇÃO MULTICULTURAL COMO FERRAMENTA DE LIBERTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA CRÍTICA

Rogério Luiz Nery da Silva*

1 INTRODUÇÃO – O ESTADO E O PAPEL ATIVO DE CADA INDIVÍDUO

O ente por nós concebido como guardião do interesse comum é o Estado. Bobbio¹ assevera que a definição formal e a concepção instrumental do Estado devem se alimentar reciprocamente. No viés formalístico, destaca-se definição instrumental como condição necessária e suficiente à existência de um Estado, investido do exercício de poder soberano sobre determinado território, vale dizer, apto a tomar decisões e emitir diretrizes vinculativas que atingem a todos os habitantes do referido território, de cuja maioria se espera efetiva lealdade e obediência, o que não implica admitir a inexistência de limites ao poder estatal.

Radbruch² estabelece a diferença entre conceito jurídico e aquele vinculado à realidade do Estado: o primeiro tende a se refletir sobre o Estado na qualidade de sujeito, o qual se enquadraria como conceito jurídico relevante, ao contrário dos conceitos jurídicos autênticos – destinados a conceber o conteúdo das normas; o segundo encontra-se vinculado à realidade histórico-sociológica, abarcando o substrato sobre o qual deve se realizar o direito, em especial, o direito público.

Nesse ponto, merece reflexão a Teoria dos Quatro *Status* de Jellinek,³ segundo a qual a relação de um indivíduo com o Estado pode apresentar distintas naturezas: potencialmente passiva, ativa, negativa ou positiva, das quais podem derivar deveres ou direitos, conforme o caso concreto. Nessa perspectiva teórica, pode-se ter: a um, no *status* passivo (*status subjectionis*), o Estado determina deveres a serem cumpridos pelo indivíduo, pelo modal deôntico de proibição, que vincula seu comportamento por via de mandamentos. De outra sorte, a dois, no *status* ativo, o indivíduo participa efetivamente na formação e funcionamento do Estado, por

* Pós-doutor em Direito pela New York Fordham School of Law (United States); Posgrado em Derecho Constitucional pela Universidad Castilla-La Mancha (España). Doutor em Direito pela UNESA (Capes 5); Professor doutor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; na Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; e, na Escola da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; Editor-adjunto da Espaço Jurídico Journal of Law.

¹ Bobbio (2009, p. 95).

² Radbruche (2004, p. 265-269).

³ Jellinek (2005, p. 47-64).

um modal de autorização, manifestando sua vontade, quando participa, pela via da democracia direta, ou de escrutínio.

Por sua vez, a três, o *status* negativo abarca o direito de reação ou de defesa, constituindo espécie de membrana protetora à esfera de liberdade dos indivíduos, em face dos atos de gestão do Estado – posto ante o modal proibitivo (quer por ação, quer por omissão), seja para não impedir determinada prática lícita, seja para não intervir sobre as opções subjetivas dos particulares, ou, ainda, para não eliminar de posições jurídicas consolidadas dos indivíduos, de acordo com a “proibição do retrocesso”, conforme preceitua Queiroz,⁴ na sua obra *O princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*.

Finalmente, a quatro, teoria considera o *status* positivo (*status civitatis*), que salvaguarda os interesses de indivíduos e grupos quanto às prestações a serem suportadas pelo Estado em seu favor, como forma de justificação da própria construção teórica, pela destinação dos recursos arrecadados dos governados, sob a forma de tributos (impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, *ex vi*, contribuições previdenciárias, de intervenção no domínio econômico, para custeio de iluminação pública, etc.) ou de políticas extra ou parafiscais.

Bobbio⁵ considera que a teoria dos três tipos de poder legítimo, como formulada por Weber,⁶ permite associar diversos tipos de motivações: a um, o poder tradicional, quando a obediência resulta da crença no aspecto sacro da pessoa do soberano, derivada da hereditariedade e da tradição, não admitindo razões para ser alterado; a dois, o poder racional, em que a obediência deriva da racionalidade do comportamento de acordo com a lei – vale dizer, submetido a normas gerais e abstratas, instituintes de uma espécie de relação impessoal entre governante e governado –; e, a três, o poder carismático, no qual a obediência deriva da crença nos dotes excepcionais do governante. Ressalve-se que, tanto a tradição quanto a racionalidade do poder são, a um só turno, razão de obediência e princípio de legitimação, fazendo-se cinzentas suas fronteiras divisórias.

Historicamente, embora diversos movimentos possam ser apontados como embrião dos direitos sociais, quando se considera que seu principal intento é promover o ideal de igualdade material, em justo contraponto à igualdade formal, desenhada pelo estado liberal – no contexto de Estado Mínimo, não intervencionista, merecem relevo a Constituição do México, de 1917 e da República Weimar, de 1919, ano coincidente com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de especial importância para a concretização dos direitos sociais trabalhistas.

⁴ Queiroz (2007, p. 101-122).

⁵ Bobbio (2009, p. 93).

⁶ Weber (1946).

Analisando o tema, Leal⁷ registra que os Estados passaram a apresentar perfil de ativa participação no cotidiano das comunidades, a partir da Primeira Guerra Mundial, mediante postura mais intervencionista na ordenação dos recursos e na política econômica, quanto aos aspectos relacionados com a sobrevivência e melhoria das condições de vida. Essa investida estatal teve amplo espectro, como o próprio autor exemplifica, partindo das escolhas quanto aos produtos estratégicos – tanto em termos internos quanto internacionais, decorrentes da guerra – para fins de definição das prioridades de produção, atingindo os níveis intermediários (*ex vi.* o aproveitamento, a distribuição e o controle da mão de obra) até alcançar pontos mais elementares, com a distribuição de alimentos.

Esse fenômeno marca a transição da isenção característica do Estado liberal para uma economia controlada, por meio do intervencionismo do Estado social, cujo desafio, segundo bem sustenta Leal,⁸ vincula-se à efetiva realização da justiça social, comprometida com o desenvolvimento da pessoa humana e com a licitude, tendo por suporte concomitante e inafastável o ordenamento jurídico, posição de que parte o autor para concluir que o Estado social se vê jungido às preocupações éticas orientadas à efetivação dos direitos e prerrogativas humanas/fundamentais.

O Estado Social, denominado *Welfare State* (Estado do bem-estar social), apresenta duplo papel: a um, fiscaliza a economia e nela intervém para reajustá-la, sempre que as condições de operação se afastem das metas sociais traçadas; e, a dois, assume o compromisso de provedor das prestações sociais básicas, assecuratórias da dignidade dos mais necessitados. O mesmo teórico informa que as garantias jurídico-sociais-constitucionais, embora determinadas nas cartas políticas do período, não constituem efetivas limitações estatais em sentido estrito. Na verdade, expressam, fundamentalmente, o estabelecimento de parcerias e participações do poder público, com vistas a realizar os novos direitos e garantias relacionadas ao exercício da cidadania.

Com essa alteração de política estatal, verifica-se afastamento do modelo de “direitos de reação” ou dos “direitos a prestações negativas”, segundo os quais a liberdade e a igualdade seriam alcançadas pela simples imposição de fronteira entre o estado e a sociedade civil. A esse respeito, cumpre registrar a crítica do suprarreferido autor ao modelo liberal originário, como se pode depreender da reflexão sobre suas palavras, aqui transcritas literalmente: “[...] tal concepção deixa o indivíduo na mesma situação social em que se encontra, mantendo-se o *status quo ante*, discriminatório e não raro violador de sua cidadania.”

Como se vê, o modelo social optou pela gradativa interferência ou direção na vida econômica, na rotina dos setores de produção, medida de natureza coletiva, avocando ao Ente Estatal a responsabilidade de tutelar mais eficazmente a vida política,

⁷ Leal (2009, p. 72).

⁸ Leal (2009, p. 73).

voltada às satisfações de necessidades socioeconômicas básicas de sua população, visando a rechaçar e a mitigar os conflitos oriundos das correspondentes estruturas sociais.

O ponto de especial importância para o presente estudo dos direitos sociais, neles incluído o direito à educação, é que, embora o Estado Social tenha por finalidade garantir a efetividade da justiça social e a promoção da dignidade da pessoa humana, sua atuação deve ocorrer com fulcro na ordem jurídica estatal, orientado pela ética e destinado a assegurar os direitos humanos fundamentais e decorrentes prerrogativas.

Como o advento do Estado Social e o reconhecimento dos direitos de mesma índole ocorreram no primeiro quartel do século XX, os direitos sociais são tidos por sucedâneos e não sucessores dos direitos individuais de reação, sem sobrepor-se, mas somando-se a estes, por seu posterior reconhecimento. De pronto, cumpre delinear alguns contornos mais destacados do Estado Contemporâneo, com suas características de Estado Social, até alcançar a conformação mais recente, de cunho gestor, regulador, articulador da sociedade, comprometido com os objetivos e bem comum da sociedade pluralista. Para tanto, é necessário alinhar os aspectos atinentes ao braço operativo do Estado – a administração pública, como a abordagem multidisciplinar.

No contexto em tela, o modelo econômico desenvolvimentista, com fortes vínculos internacionais e dependência de iniciativas de agentes do mercado financeiro e empresas multinacionais impõe, diferentemente do que ocorria na vigência do Estado liberal clássico, que a atividade econômica seja objeto de alguma intervenção estatal, visando a mitigar as tensões sociais e as desigualdades resultantes deste modelo. Nesse sentido, certas escolhas políticas terão o propósito de incentivar estratégicos setores de atividades produtivas ou de serviços, particularmente em países periféricos, bem como o intuito de proteger os marginalizados e excluídos, mediante a implementação de projeto de desenvolvimento sustentável e inclusivo.

Na realidade dos países periféricos, chamados de modernidade tardia, o Estado e o Governo enfrentam sérios desafios relativos à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Há nítida tendência à avocação aos poderes públicos – originariamente pelo Executivo – da responsabilidade de tutelar a vida política, sob viés coletivo e indeterminado, notadamente em relação ao atendimento das demandas elementares dos governados. A ocorrência de incontáveis conflitos no seio da sociedade exigiu a promoção de criteriosa intervenção na economia, o que marcou certo refluxo da atuação estatal, se contrastada sua “ausência” nessa seara, no momento histórico imediatamente anterior, sob a forma de delineamento da condução dos setores de produção e prestação de serviços.

Verifica-se que a tendência intervencionista do *Welfare State*, conforme Barretto,⁹ emergiu a partir da Primeira Guerra Mundial, com o fito de fixar o modo

⁹ Barretto (2009, p. 249).

de aplicação dos recursos e correspondentes procedimentos de índole econômica, para assegurar as condições mínimas de sobrevivência digna, elevação dos níveis de serviços públicos essenciais, postos à disposição da sociedade, com a finalidade de adequá-los ao padrão de convivência civil. Tal desiderato alcançou, desde a produção dos bens, como esforço de guerra, até a aplicação da mão de obra e a distribuição de alimentos. Nesse intuito, foram particularmente relevantes as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), marcadamente prestativas e assecuratórias.

Na vigência desse modelo, a primazia do executivo induz postura crítica em relação aos demais poderes, com ênfase ao legislativo, cuja imagem se vê associada à omissão, lentidão e ineficácia quanto às iniciativas normativas para implementação dos direitos individuais e coletivos. Referindo-se ao tema, Grimm¹⁰ registra que, na Alemanha, depois do período de 1815 a 1848, em que os direitos fundamentais não eram investidos de força jurídica para superar a legislação antagônica – de origem feudal – e de 1849 a 1919, com a I Constituição Imperial alemã – a Constituição da Igreja de São Paulo, marcada por sua abrangência e ineficácia, chega a Constituição de Weimar, ícone da constitucionalização dos direitos sociais. Embora tenha servido de referência às constituições ocidentais de seu tempo, teria contribuído, segundo Moreira,¹¹ para a instauração de séria crise, favorável ao triunfo de Hitler.

Grimm¹² informa ser o Estado social de direito também legatário de desenho contemplado pela lei fundamental alemã – Grundgesetz – designada como Constituição de Bonn (1949), que, muito embora tenha operado significativa redução do rol de direitos sociais em relação à constituição antecedente, evidenciou claro compromisso com o ideário da justiça e do bem-estar social, cuja compreensão ultrapassa os contornos formais e políticos, para caracterizá-lo como fundamento à instituição de políticas públicas destinadas a suprirem as emergentes carências sociais.

As garantias constitucionais de ordem jurídico-sociais, fixadas nas constituições do período, não implicam limitações estritamente estatais, mas firmam parcerias necessárias entre os poderes públicos, na missão maior de realizar a cidadania. Deriva disso a referência supra ao “refluxo” dos direitos fundamentais, pois se substituiu a noção de liberdade e igualdade, fundada na limitação da ação do Estado em relação aos cidadãos – fundante do descaso e abandono estatal, reforço ao *status quo ante*, discriminatório e violador – valendo-se do estabelecimento de políticas públicas prestacionais, para cuja execução o Estado deve ampliar seus recursos, pela via financeira pública: receitas originárias e, sobretudo, derivadas – de natureza fiscal e, em certos matizes, extrafiscal – com metas de compensação do poder aquisitivo, em razão da capacidade contributiva daqueles submetidos à exação tributária.

¹⁰ Grimm (2006, p. 272).

¹¹ Moreira (2010).

¹² Grimm (2006).

O *New Deal*, ou teoria do efeito horizontal da ação do Estado – levado a efeito sob a liderança de Franklin Roosevelt com o fito de combater a crise irrompida em 1929 – promoveu a inversão da matriz operativa do Estado, migrando das iniciativas endógenas da estrutura burocrática de Governo para aquelas intergrupais, voltadas às demandas sociais inadiáveis, como a proteção ao trabalho, os serviços de saúde e de educação, entre muitas outras. Além das conquistas nessas áreas, o Estado social também trouxe à tona experiências de discutível resultado, bem como a dependência paternalista e o assistencialismo, responsáveis por vícios na interação cidadão-Estado.

A vida na sociedade democrática também conhece contradições necessárias, como as designadas por Leal¹³ como paradoxo democrático, operado a partir de previsões constitucionais que garantem às maiorias políticas conjunturais algumas prerrogativas, caracterizadoras de forma de opressão interna sobre certas minorias políticas, cooptadas em favor de metas gerais de Estado.

Em contrapartida, as mesmas tendências exercem o chamado esforço contramajoritário, ao elegerem determinadas categorias de direitos, como fundamentais – cuja exata inspiração originária desde o art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) –, estimula a refrear certos projetos e expectativas de maiorias políticas que, de alguma forma, possam vilipendiar os direitos fundamentais. Grimm¹⁴ entretanto, pontua que apenas os direitos civis teriam esse condão, já que os direitos sociais não representam limites ao Estado, apenas atribuem incumbências ao Ente Estatal.

Tratando do Estado Democrático de Direito, Neves¹⁵ identifica duas concepções contrapostas: a um, a partir da Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann; e, a dois, a partir da Teoria do Discurso, de Jürgen Habermas. A primeira considera a sociedade moderna assentada na característica de hipercomplexificação social, vinculada à diferenciação funcional dos âmbitos de comunicação, o que implica o desaparecimento de moral tradicional hierarquizante, a qual se sobrepõe a todas as esferas de ação ou de vida; a segunda, ética discursiva, de cunho racional-procedimental, em que a modernidade resulta do desenvolvimento das estruturas da consciência, no sentido de superar as representações morais pré-convencionais ou convencionais, com o necessário advento de código moral pós-convencional universalista.

¹³ Leal (2009, p. 75).

¹⁴ Grimm (2006, p. 273).

¹⁵ Neves (2006, p. 79-121).

2 A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS SOCIAIS E A PARTICIPAÇÃO POPULAR – DEPENDÊNCIA DE UMA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO QUALITATIVA

Diante do reconhecimento da complexidade no contexto da Sociedade da Informação e das múltiplas expectativas da vida hipercomplexa em torno de cada indivíduo, faz-se necessário identificar que o homem somente exerce verdadeira e efetivamente a sua liberdade quando tem desenvolvida a capacidade de reflexão crítica, para a formação de seu próprio convencimento acerca dos conflitos e contradições de seu cotidiano, assim como para o desenvolvimento de sua capacidade de expressão verbal e escrita, como instrumento de estabelecimento do canal de comunicação eficiente e como ferramenta de apresentação de seus argumentos e quiçá de pacífica imposição de sua vontade. O que, como todos sabem, somente pode ocorrer pela estruturação da educação – não de qualquer educação, mas de uma educação consolidada, consciente e comprometida com os valores sociais mais sólidos de cada sociedade. Bourdieu¹⁶ denuncia o papel vil de uma educação que não liberta, mas escraviza, desempenhando papel de reprodutora – traduzido em violência simbólica pelas perspectivas analíticas – que confere ênfase à reprodução social pela via da educação escolar.

Pela ótica do multiculturalismo, entretanto, McLaren¹⁷ e Canen consideram-no um termo polissêmico que comporta múltiplos significados, como o reconhecimento da diversidade cultural, permeado de exotismo e certo folclore, migrando desde as ações de assimilação cultural, até abordagens mais críticas, que lhe atribuem o papel de enfrentar estereótipos e outros processos de construção das diferenças, o que se faz por posturas interculturais críticas, também conhecidas como multiculturalismo crítico.

Nessa senda, a pluralidade cultural e a representação das plúrimas identidades culturais nos variados campos sociais, em especial na educação institucional, tendem a receber maior atenção.

Segundo essa perspectiva de interpretação, a educação e a formação docente, bem como os discursos e as práticas curriculares, devem ser norteados pelo reconhecimento e valorização da diversidade cultural, representada pelo enfrentamento dos preconceitos relacionados a determinantes de raça, cor, origem, gênero, religião, deficiências, níveis e padrões culturais, apenas para exemplificar.

Tais preocupações têm sido abordadas como componentes de um conjunto denominado “multiculturalismo”. Nesse passo, surgem questionamentos

¹⁶ Bourdieu (1970, p. 52-170).

¹⁷ McLaren (2000, p. 21) e Canen (1997, p. 89-107).

às práticas pedagógicas ortodoxas e aos discursos curriculares homogeneizadores ou etnocêntricos. Para sair do plano da crítica e atingir a realidade cotidiana das instituições, com direta repercussão na vida de indivíduos e grupos, cumpre buscar soluções alternativas que prestigiem o multiculturalismo, tanto na prática pedagógica quanto na seleção e no estabelecimento dos currículos e experiências de avaliação de resultados.

A diversidade e a desigualdade emergem como maiores desafios da educação contemporânea, uma vez que segundo McLaren,¹⁸ a tensão entre a pluralidade étnico-cultural e a política de justiça universal é questão inadiável e inarredável. Sem embargo, a diversidade cultural e a questão da (des)construção das diferenças deve ser entremeadada pelo viés de cidadania multicultural, aspecto nodal a ser reconhecido de forma legal e concreta, que precisa ser incorporado pelos discursos e trabalhado nos espaços escolares, conforme o ideário de escola progressista, em especial, no que diz respeito à educação e à formação docente – espaços discursivos privilegiadíssimos na consolidação das identidades.

A ênfase ao preparo dos docentes se justifica, pois de nada adianta defender formalmente uma *educação libertária*, sem que a equipe docente esteja devidamente preparada e consciente do que lhe compete para realizar essa verdadeira revolução no cotidiano escolar, que extrapola o âmbito das salas de aula e atinge também a relação com as famílias dos alunos e a comunidade na qual se insere a escola.

Nessa direção, cabe mobilizar todos os esforços para afastar qualquer estrutura curricular padronizada, que nega o princípio republicano, quando pretende tratar uma população plural por essência, como se homogênea fosse. Silva¹⁹ destaca a tensão no campo do currículo, mediante o aporte de novas configurações, com a necessidade de traduzir um olhar que torne viável o reconhecimento e a valorização das identidades culturais sufocadas ou neutralizadas nas velhas estruturas curriculares monoculturais. Segundo a autora, o desenvolvimento da temática do multiculturalismo tem ocorrido com base em determinadas categorias emergentes de isolamento inicial e atraentes pela atenção, até se tornarem foco da análise multicultural.

Nesse jaez, verifica-se que as tendências curriculares que fogem à monocultura sofrem certa resistência na maioria dos ambientes escolares. A preparação dos docentes, sob perspectiva intercultural crítica ou de multiculturalismo crítico, como proposta por McLaren²⁰ ou por Canen,²¹ exige o enfrentamento das questões teóricas e práticas sobre a formação de identidades, em ambiente de compromisso multicultural, em desafio aos discursos pretensamente “universais” estereotipados, direcionados a calar e a interditar as identidades plurais.

¹⁸ McLaren (2000, p. 23).

¹⁹ Silva (1999, p. 11).

²⁰ McLaren (2000, p. 25).

²¹ Canen (1997, p. 89-107).

O ambiente escolar, sob a citada ótica, deve articular a dimensão individual de construção identitária com a pluralidade cultural; vale dizer, ao mesmo tempo que se trabalha a identidade individual, é forçoso ter em mente a importância de estabelecer elos com as diversas identidades culturais. Em caso contrário, corre-se o risco de criar ambiente experimental, artificial, estéril e inócua ao desafio de construção do conhecimento a partir das diferenças, que precisa ser superado, de modo a articular a convivência, em processo de paulatina hibridização, na área do multiculturalismo.

A mencionada expansão do reconhecimento da importância do multiculturalismo, com suas múltiplas formas de manifestação (gênero, etnia, entre outras diferenças), desdobram-se nas questões relacionadas à diversidade cultural, à linguística e a outros valores constituintes da identidade de indivíduos e grupos, que configura os vários movimentos sociais, campo da luta por direitos e por sua legitimação ante os poderes constituídos.

O valor multicultural de preservação da paz social exige prevenir potenciais conflitos sociais, decorrentes da discriminação ou exclusão, alinhando-se, destarte, com os objetivos da República, constantes do art. 3º, da Constituição Federal, com destaque para a liberdade, a justiça e a solidariedade, valores que celebram os ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) e se dirigem para a redução de desigualdades e combate à discriminação de qualquer natureza.

A inclusão social constitui conquista da sociedade e requer a implementação de políticas públicas, que venham a concretizar diretrizes legais e parâmetros curriculares incorporadores de diversidade cultural. Assim procedendo, o Ente Estatal – a escola – abre as portas para assuntos antes silenciados e inebriados por dissimulação.

Como exposto, tanto o currículo escolar quanto a formação docente exigem o referencial multicultural, com a finalidade de viabilizar o tratamento à formação da identidade multiculturalmente comprometida, de modo a confrontar os discursos formadores ou silenciadores das identidades, bem como estimular os discursos que tornem viável a (re)elaboração identitária.

Como conclusão parcial, tem-se que, em sociedades tão marcadas pela multiculturalidade, como a brasileira, na qual se preservam, em paralelo às diferenças, as desigualdades, os preconceitos de origem social, cultural e de gênero, tornam-se ainda mais prementes e imperativas as políticas públicas que garantam espaço às diferenças, em um ambiente que abra espaço aos questionamentos de discursos homogeneizadores e promova alternativas que privilegiem a pluralidade cultural. Especificamente, é urgente o combate às atitudes discriminatórias, verdadeira razão de ser da educação escolar, em termos de reflexão curricular e princípio orientador das práticas educacionais em um Estado Social Democrático de Direito.

Diante da verdadeira massa de excluídos sociais se faz obrigatório pensar e discutir uma educação que, além do acesso universal, assegure efetividade de permanência

e conclusão dos ciclos e propicie aos educandos oportunidades de desenvolvimento autônomo e inclusivo, uma educação que valorize as vivências de cada grupo, explore e prestigie saberes locais, e, sobretudo, saiba harmonizar a vida na diferença.

Também impende demarcar que a atividade educacional somente deve estar a serviço do cidadão, destinatário legítimo da prestação desse direito social de segunda geração, não se admitindo, portanto, uma educação reprodutora dos padrões de determinados grupos, elites dominantes ou outros agrupamentos ideológicos. A educação precisa reorientar-se no sentido de libertar e incluir; jamais para vincular seus titulares ao *status* de origem. Somente dessa forma é que se poderá cogitar uma educação institucional de verdade, promotora de inclusão social.

Quanto a Habermas, embora não tenha desenvolvido uma teoria específica sobre a educação, suas ideias se projetam sobre a prática escolar, desde a transparência das intenções do agir, até a forma comunicativa de se postar na vida em sociedade. Nessa linha, é forçoso reconhecer que o pensador alemão propicia rico contributo à análise das possibilidades de que a educação institucional venha a superar sua face reprodutiva e de controle social, revestindo-se de essência emancipatória, dialógica e participativa. A esse respeito, Dantas²² destaca a preocupação habermasiana quanto à viabilidade de um autêntico projeto de modernidade, que está impregnado de diversas vertentes, e, no tocante à educação, assenta-se sobre a necessidade de formulação e efetivação do ideal emancipatório.

É oportuno sublinhar que Habermas²³ se afasta das posições teóricas da filosofia da consciência e da filosofia da história, quando confere ênfase à racionalidade comunicativa no projeto democrático e participativo de construção da sociedade moderna.

No que concerne à noção de modernidade, a análise de Stein²⁴ identifica três pontos nodais: a um, a autonomia – objetivo maior do ser humano, no mundo da vida; a dois, a defesa da razão – critério maior para a busca da verdade e, a três, a crença de que a emancipação da humanidade depende de uma sociedade racional. O autor identifica a história como processo de racionalização – de libertação do homem, bem ao modo das teses contemporâneas, que conceberam a educação como processo emancipatório, atribuindo à escola o papel de preparação de cidadãos dotados de racionalidade e de autonomia. Apesar de outros pensadores da escola frankfurtiana terem desacreditado na força da emancipação, Habermas persistiu na convicção acerca do potencial das virtudes emancipatórias.

Em sentido contrário, Bronner²⁵ registra que Adorno e Horkheimer, possivelmente influenciados pelas críticas de Nietzsche e Heidegger à modernidade e frustrados com os resultados da revolução soviética, sob condução stalinista, depois de

²² Dantas (2009).

²³ Habermas (1990, p. 70-120).

²⁴ Stein (1997, p. 23).

²⁵ Bronner (1997, p. 101-102).

terem sustentado o papel revolucionário de emancipação da educação, afastaram-se dessa tese. O autor relata que os filósofos de Frankfurt passaram, pois, a afirmar o compromisso filosófico com a liberdade como algo somente sustentável pelo afastamento utópico da realidade histórica – ponto em que ocorreu a ruptura com a tradição de Hegel e Marx e marca o começo da construção da “dialética negativa”, na denominação de Adorno. Estes filósofos consideraram que tanto sob a lógica capitalista ocidental quanto sob a socialista soviética, a razão fora incapaz de alcançar a clarificação dos ideais e dos objetivos de liberdade, alcançando, ao contrário, a desrazão, motivo pelo qual formularam uma teoria crítica da modernidade, pelo não cumprimento das promessas iluministas.

Oliveira²⁶ relata que, a partir do descrédito na emancipação, os “pessimistas” Adorno e Horkheimer abraçaram a tese de que a história mundial confirmava a progressiva dominação totalitária, em desfavor da crença na liberdade.

Apesar de também criticar a modernidade, ao rejeitar a filosofia da consciência, Habermas posicionou-se contrariamente a Lyotard²⁷ e Rorty²⁸ – de tendência pós-modernista – críticos da razão iluminista, que consideram a razão mera formulação histórica, destituída da abstração e da universalidade próprias da essência humana. O primeiro definiu a razão iluminista como simples arranjo, artifício semântico, enquanto o segundo avaliou-a como intenção de atribuir validade transcultural a alguma coisa, rejeitando, por conseguinte, a versão da história como produto evolutivo da razão.

Entretanto, os estudos de Habermas²⁹ procuram resgatar a razão, mesmo dos ataques iluministas de Adorno e Horkheimer, na *Dialética do Esclarecimento*, por crer, como aqueles o faziam, na emancipação, apenas assentada sobre novos fundamentos, com a finalidade de compensar o que identificou como fragilidades do projeto moderno.

Habermas refuta a razão, em seu viés meramente instrumental, da forma como fazem os frankfurtianos – que a vislumbram somente sob o ângulo de “razão subjetiva”: vale dizer, da habilidade do indivíduo em compreender e dominar o mundo da vida. Em sentido diverso, sublinha a racionalidade comunicativa – mais adequada à vertente da história. Para efeito de comparação, pode-se mencionar que a razão instrumental visa ao domínio da alteridade, ao passo que a comunicativa toma como diretriz o reconhecimento intersubjetivo.

A crítica habermasiana à filosofia da história deve-se, segundo Araújo,³⁰ “[...] à determinação do curso da história como um processo de desenvolvimento unilinear, necessário, ininterrupto e ascendente de um macro-sujeito.” Conforme essa linha argumentativa, Habermas releva a Teoria da Evolução Social, destacando o papel da educação no contexto evolutivo da humanidade.

²⁶ Oliveira (1989, p. 79).

²⁷ Lyotard (1997, p. 37).

²⁸ Rorty (1997, p. 63).

²⁹ Habermas (2002, p. 411).

³⁰ Araújo (1996, p.43).

O filósofo alemão define a modernidade como processo inconcluso, em andamento, que não se esgotou, como insinua Lyotard³¹ – nem se trata de considerar inviável, como entendem os frankfurtianos, mas, sobretudo, inacabado. Para Habermas, o ponto nodal está em garantir a efetivação da modernidade original – conforme arquitetada pelos oitocentistas do Iluminismo, cujo projeto foi reduzido ao aspecto sistêmico, de viés técnico-científico. Como consequência, ignorou-se a vertente comunicativa – simbólica, submetendo-se a sociedade contemporânea à razão dos meios, ao superdimensionamento da lógica instrumental, como se fosse possível dominar o mundo e resolver todas as crises humanas por meio de procedimentos tecnológicos.

Faz-se, portanto, imperioso fortalecer a razão comunicativa, a partir do que se poderá construir uma sociedade com a participação de sujeitos aptos a agir intersubjetivamente mediante acordos racionais, sem que sejam subjugados à dominação. Assim, pode-se, a título de síntese, reconhecer a razão instrumental – dos frankfurtianos, fixados à filosofia da consciência –, destinada a dominar o mundo, como forma de dispor sobre a vontade alheia e que passa a encontrar como oponente a razão comunicativa – de índole emancipatória, centrada no sujeito, não mais no objeto, por via de um processo comunicativo. Segundo Siebeneichler,³² tal processo não se orienta para interagir com os objetos para dominá-los ou utilizá-los, mas para guardar coerência com sua necessidade no contexto da evolução histórica.

Como bem se pode depreender, é no mútuo entendimento que se encontra a chave para a prática da ação comunicativa, promotora da capacidade de os sujeitos buscarem alcançar um ponto comum de entendimento sobre determinada questão. O ideal comunicativo e emancipatório seria viável somente a partir do consenso (entendimento mútuo) e do livre entendimento do indivíduo, deslocando-se o foco da racionalidade cognitivo-instrumental para a racionalidade comunicativa, como sugere Prestes.³³

Em consonância com essa concepção dialógica e social da racionalidade, que não se restringe à relação sujeito *versus* mundo, mas demanda fundamentalmente a ação intersubjetiva, em sede de processo comunicativo, viabilizado pelas variantes da modernidade, a partir da liberação das tradições culturais, que viabilizou o processo discursivo, sede em que ocorre a análise crítica das pretensões de validade, subjacentes a cada situação de fala cotidiana, via interação linguística usual.

Habermas³⁴ problematiza as modernas sociedades ocidentais, nas quais se opera a discriminação entre os mundos do sistema *versus* vivido. No primeiro, verificam-se ações estratégicas, mediante articulação de meios voltada à obtenção de fins, orientadas para o êxito, como ocorre nos campos da política e da economia;

³¹ Lyotard (1997, p. 37).

³² Siebeneichler (1989, p. 42-63).

³³ Prestes (1997, p. 81).

³⁴ Habermas (1990, p. 153).

no segundo mundo (vivido), os sujeitos interagem em busca do consenso. Deve-se considerar que a adequação ao universo no qual se opera demonstra que, no mundo do sistema não há espaço para a ação comunicativa, uma vez que o sistema econômico opera conforme parâmetros do lucro e o sistema político, pelo poder.

Stein³⁵ adverte que a razão instrumental alcançou significativo desenvolvimento, na seara do fazer, criar, produzir, ao ponto de inibir a razão comunicativa, situada no âmbito do comunicar, conviver, libertar-se, denotando a colonização (dominação) do mundo vivido – (das relações entre os homens) pelo mundo do sistema – (composto pelos subsistemas do dinheiro e do poder). Com o predomínio estratégico informado, registram-se certas distorções, tornando-se os indivíduos “meios pragmaticamente disponibilizados e utilizáveis” à obtenção de determinados objetivos materiais, que comprometem, sobremaneira, o desenvolvimento e a autonomia dos sujeitos.

A educação baseada na ação comunicativa, em Habermas,³⁶ é a solução para a descolonização do mundo vivido e o resgate da sociabilidade. Conforme entendimento do autor, em seu aspecto universal, a linguagem explora um conjunto de regras básicas de domínio geral, o que a torna instrumento de comunicação entre os homens e a habilita a superar limites, antes intransponíveis. Mais que isso, a racionalidade ultrapassa os delineamentos locais, para atingir o âmbito universal, materializando a dita “ação comunicativa”, que conjuga e articula valores e normas, além, é claro, da verificação do sistema resultante.

Como principal diferença entre o agir comunicativo e o agir estratégico, ressalta-se que o primeiro busca o reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade, ao passo que o segundo visa ao alcance de metas materiais de superação ou dominação. Uma educação cuja bússola seja a concretização de metas emancipatórias de seus destinatários será marcada pelo predomínio de ações comunicativas, transformando-os em “falantes”, já que o processo de libertação implica necessariamente a racionalização – evolução simbólica, diferenciadora do mundo de vida –, a aperfeiçoar a comunicação entre os sujeitos.

Conclui-se, portanto, que a educação no mundo vivido – comunicativo – tem predomínio sobre o mundo do sistema, assegurando a solução dos conflitos dos indivíduos a partir de discussões baseadas na razão comunicativa e na evolução material equilibrada, como bem se registra a crítica habermasiana à educação vinculada à concepção sistêmica luhmanniana.³⁷

Parte-se desse raciocínio, para se constatar a necessidade premente de reconstruir a educação formal escolar, no intuito de instaurar uma “razão

³⁵ Stein (1997, p. 29).

³⁶ Habermas (1990, p. 153).

³⁷ Neves e Samios (1997).

comunicativa”, com a finalidade de promover processos interativos de emancipação pela autonomia da humanidade. Para tal, as escolas devem se constituir em espaços da razão comunicativa, pela ênfase ao discurso, centros de diálogo, com a ação de educar centrada no desenvolvimento de um processo intersubjetivo de busca e construção das verdades sociais, a partir do diálogo racional (comunicativo).

Cooke³⁸ identifica que, no pensar habermasiano, os procedimentos argumentativos básicos, nodais à validade de conhecimento, capturados de esquemas interpretativos adequados ao consenso, são fundamentados e se viabilizam a partir da “organização interna da fala”.

3 CONCLUSÃO – A EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA DE INCLUSÃO SOCIAL

Do exame, entre outras, da obra de Habermas, infere-se que a fala deve servir de ferramenta de autoconhecimento e preparação para a vida em sociedade, possibilitando o convívio com as rotinas e demandas da sociedade, em decorrência de viabilizar a interação com as pessoas da comunidade, com os agentes do Poder Público, em ambiente de trocas efetivas, no qual prevaleça a ação comunicativa, aberta tanto aos saberes quanto às expectativas sociais e às formas de realizá-las, desde o questionamento às autoridades administrativas, às participações comunitárias pela cidadania participativa.

Aos educadores compete desenvolver, nos estudantes, a máxima capacidade argumentativa, pelo desenvolvimento dos atos da fala e pelo estímulo à condição de falante e de ouvinte, segundo interação intersubjetiva sincera, não meramente reprodutiva, nem pragmaticamente estratégica, que prime pela organização de um discurso livre, como instrumento de problematização, apto a indagar, desde os aspectos do cotidiano escolar, até os temas de interesse da comunidade, situação fática que permite, inclusive, o desenvolvimento da ação comunicativa como ferramenta para a participação democrática na arguição de direitos, na interação com a administração pública e, mesmo, na arquitetura das normas sociais e legais, tudo com vistas a uma atuação democrática de concretização da educação, e, por conseguinte, da cidadania.

Com base nessas premissas e possibilidades da educação escolar discutidas, tem-se por demonstrada a necessidade de pensar políticas públicas de inclusão social, em toda a sua abrangência – desde seu conceito e contexto, passando por sua forma de elaboração e operação até a sua inter-relação com o direito – como decisões alocativas que podem variar de mero paliativo superficial a efetivas transformações

³⁸ Cooke (1994, p. 12).

sociais, desde que efetivamente estruturadas para oferecer uma educação de qualidade aos cidadãos, capaz de torná-los sujeitos de suas existências e não meros objetos de interesses de terceiros. Com isso, espera-se formatar a interface entre o tema dos direitos sociais a serem efetivados e o instrumento de política governamental e administrativa, pleno em legitimação reconstrutora de uma sociedade verdadeiramente livre, aristotelicamente justa e transparentemente solidária.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. “*No emancipation without that of society.*” In: *Minima Moralia*. (Tradução Luiz E. Bica. 2. ed. São Paulo: Ática, 1993.

ARAÚJO, Luiz Bernardo. *Religião e modernidade em Habermas*. São Paulo: Loyola, 1996.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. “*A reprodução. Elementos para uma teoria do sistema de ensino*””. Lisboa: Vega, 1970.

BRONNER, Stephen. *Da Teoria Crítica e seus teóricos*. Campinas: Papyrus, 1997.

CANEN, Ana. Competência Pedagógica e Pluralidade Cultural: eixo na formação de professores? *Cadernos de Pesquisa*, n. 102, 1997.

COOKE, Maeve. *Language and reason: a study of Haberman’s pragmatics*. Cambridge: MIT Press, 1994.

DANTAS, Lêda. *Educação e projeto emancipatório em Habermas*. Disponível em: <<http://www.educacaoonline.pro.br/index.php>>. Acesso em: 29 nov. 2009.

GRIMM, Dieter. *A Constituição e a Política*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Pensamento pós-metafísico, estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

- JELLINEK, Georg. *Teoría General Del Estado*. Montevideo: B de F, 2005.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais – Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LYOTARD, Jean-Francois. *The postmodern condition: a report on knowledge*. Manchester: Manchester University Press, 1997.
- McLAREN, Peter. *Multiculturalismo Revolucionário: pedagogia do dissenso para o novo milênio*. Porto Alegre: Artmed, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS: Goethe-Institut/ICBA, 1997.
- NEVES, Marcelo. *Entre Themis e Leviatã – uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A filosofia na crise da modernidade*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1989.
- PRESTES, Nadja H. *Educação e racionalidade*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *O princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade: escritos filosóficos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.
- SIEBENEICHLER, Fábio. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- SILVA, Thais Travassos. *Documentos de Identidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.
- STEIN, Ernildo. *Epistemologia e modernidade*. 2. ed. Ijuí: Ed. da Unijuí, 1997.
- WEBER, Max. A Ciência como vocação. In: GERTH, Hans; MILLS, Charles Wright. *From Max Weber: essays in Sociology*. New York: Free Press, 1946.

LA GRANDE SFIDA DELL'UNIONE EUROPEA TRA PROSPETTIVE DI RILANCIO E OMBRE DI DECLINO¹

Beniamino Caravita di Toritto*

Le crisi, non solo per una questione etimologica, ma anche perché così ci insegna l'esperienza, non si risolvono mai con un ritorno allo *status quo ante*, ma hanno tutte in comune la caratteristica di produrre importanti - e frequentemente irreversibili - conseguenze negli ambienti sui quali si abbattono: la direzione di queste conseguenze dipende dalla capacità degli attori coinvolti di governare i processi. La gravosa contingenza che sta attraversando l'Europa in questo periodo non fa eccezione, ragion per cui è ragionevole affermare che il 2012 sarà un anno cruciale nel quale si giocheranno le sorti dell'intera Unione Europea. Non si tratta qui di affrontare le ragioni di questa crisi, che sono comunque fondamentalmente da ricondurre alle questioni strutturali della scarsa crescita degli stati europei e della pochissima attrattività del nostro continente per quei capitali finanziari che dovrebbero servire a finanziare una spesa pubblica che consuma oggi quello che produrrà nel prossimo anno- anno e mezzo (e scelgono invece di indirizzarsi verso paesi che presentano tassi di crescita che non mettono in discussione la resa dei capitali investiti). La scommessa è difficile, ma forse ancora non impossibile: occorre controllare la spesa pubblica, per riportarla a livelli accettabili, senza rinunciare a favorire la crescita economica e senza mettere in crisi le conquiste sociali che costituiscono tradizione e fondamento della cultura e della civiltà europea.

Questa nuova situazione economico-finanziaria impone dunque risposte che non sono meramente tecniche, bensì profondamente e drammaticamente politiche, richiedendo scelte complessive di orientamento dell'assetto sociale. E le possibilità a disposizione degli Stati europei per uscire dalla crisi sono poche e sostanzialmente molto chiare: da una parte, si può scegliere di schiacciare l'acceleratore della integrazione europea dando vita ad un momento propulsivo finalmente decisivo; dall'altra, si può decidere di frenare, assumendo la consapevolezza che ciò significherebbe non solo fermarsi o retrocedere di qualche metro, bensì sancire la fine ed il fallimento di tutto il processo, che si mostrerebbe incapace di efficacia proprio nel momento in cui dovrebbe mostrarne.

Se la rosa delle possibilità a disposizione dell'Europa è così ristretta e così dicotomica è perché il processo di integrazione ha da diversi anni superato un punto di non ritorno, oltre il quale non sono più concesse pause ed indecisioni. Oggi,

* Professor Ordinário de Instituições de Direito Público, Sapienza – Università di Roma. Docente de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Luiss – Guido Carli. Chairman do Escritório Caravita di Toritto & Associati, em Roma, Italia. Foi representante italiano da European Monitoring Centre on racism and xenophobia e da Agência Europeia para a tutela dos direitos fundamentais.

¹ Texto publicado na Revista *Federalismi.it*, n. 1, 2012, em 11/01/2012.

infatti, si può osservare come la totalità dei grandi settori normativi con cui gli Stati europei si confrontano quotidianamente hanno sempre una dimensione comunitaria da tener presente. La stessa “custodia” dei valori fondamentali comuni sembra non più affidata alle dinamiche istituzionali interne, bensì al ruolo, da un lato, della Corte di Giustizia delle Comunità europee, dall’altro, alla procedura disegnata nell’art. 7 del Trattato Europeo. Per di più tale dimensione negli ultimi anni si è fatta sempre più pressante e dettagliata, tanto da diventare parte integrante e determinante delle politiche dei singoli Stati membri dell’Unione.

Proprio per il delinearsi di questo scenario la Rivista *federalismi.it* ha deciso di raccogliere una serie di autorevoli contributi che permettano di evidenziare la dimensione europea di diversi settori normativi che riguardano la vita degli Stati membri dell’Unione.

Di volta in volta verranno proposti, anche in forma di editoriale, contributi specifici su ogni settore che verrà ritenuto interessante per il discorso generale: si partirà, con il numero presente, con un’analisi della dimensione europea dei diritti di libertà, per poi andare ad osservare come tale dimensione sia oggi dominante sia sotto il profilo generale (c’è una dimensione europea dei principi costituzionali, del diritto penale, del diritto commerciale, del diritto amministrativo), sia in settori più tecnici come la concorrenza, i servizi bancari, quelli assicurativi, le politiche della sicurezza, la giustizia, le comunicazioni elettroniche, la tutela dell’ambiente, le politiche del lavoro, il procedimento amministrativo e così via (su questi temi, peraltro, mi è già capitato di impostare e di seguire la tesi di dottorato di Andrea Vannucci e la tesi di laurea di Federico Savastano, ambedue componenti della redazione della Rivista).

Sostenere che la dimensione europea di questi settori sia predominante equivale a dire che i settori in questione sono stati oggetto di un importante processo di omogeneizzazione in forza del quale oggi il contenuto sostanziale delle legislazioni dei singoli stati europei è pressoché identico.

Questa forte omogeneizzazione in atto spiega perché gli Stati europei siano oggi legati tramite un doppio filo al processo di integrazione e soprattutto è la dimostrazione del fatto che il processo, pur se a questo risultato si è arrivati quasi inconsapevolmente, non può permettersi di affrontare passi indietro, ma solo di raggiungere il compimento definitivo di una organizzazione di tipo federale.

La serie di contributi che *federalismi.it* proporrà nei prossimi numeri evidenzierà una situazione di grande armonizzazione e di talune significative anomalie, che proprio perché considerate tali danno ancor meglio l’idea di quanto concreto sia stato in questi anni il lavoro di omogeneizzazione.

Per questi motivi, per questa interdipendenza normativa diffusa, per questa omogeneità culturale e giuridica, per la presenza di una moneta unica e di una Banca Centrale Europea e per altri mille motivi come questi che verranno evidenziati

dai contributi in questione, ben si comprende come l'accelerazione cui si faceva riferimento in precedenza non può che consistere nella definitiva conclusione del *federalizing process* di cui l'Unione è stata finora protagonista.

Lo scenario è chiaro: o si porta a termine questo processo attraverso il raggiungimento della stabilità economico-finanziaria e la risistemazione dell'assetto istituzionale dell'Unione, oppure le alternative al fallimento e alla scomparsa dell'Unione Europea come oggi la conosciamo sono di difficile individuazione e giungono probabilmente al travolgimento degli stessi Stati nazionali come noi li abbiamo conosciuti dalla metà del XVIII secolo: già altre volte mi è capitato di sostenere che le singole identità nazionali sono destinate a tenere solo nel quadro della stabile creazione di unità europea, ma sono profondamente a rischio se il processo europeo dovesse interrompersi (cosa terrebbe ancora insieme catalani e spagnoli, scozzesi e Inghilterra, valloni e fiamminghi, romeni di cultura tedesca e romeni di cultura slava, addirittura Baviera e resto della Germania, e via continuando, fino a situazioni da noi italiani evocate da taluno e temute da tutti?)

Occorre dunque, da un lato, costruire meccanismi istituzionali che garantiscano la stabilità economico-finanziaria: l'Unione sta lavorando su questi profili, che verranno seguiti e analizzati nei prossimi numeri di *federalismi.it*.

Resta poi da capire, dall'altro lato, quale possa essere la chiave per ripensare l'assetto istituzionale dandogli un maggior dinamismo che gli permetta di rispondere più efficacemente alle esigenze del presente e del futuro. Un maggior dinamismo accompagnato da una legittimazione democratica più chiara e meno indiretta di quella delle attuali istituzioni europee.

Solitamente su questo tema ci si affretta ad evidenziare la necessità di aumentare i poteri di Parlamento e Commissione a discapito di quelli del Consiglio, che rappresenterebbe un fossile intergovernativo nemico del metodo comunitario. Questo tipo di concezione, finora condivisa dalla gran parte degli osservatori, trascura un elemento di capitale importanza: non si può cercare di federare insieme, fino ai profili più intimi della scelte economico-finanziarie, Stati nazionali che hanno alle spalle una storia plurisecolare senza lasciar loro un luogo nel quale possano esercitare istituzionalmente, non tanto la propria autonomia, quanto la compensazione dei propri interessi territoriali. Gli Stati che in passato si sono mostrati disposti a *trasferire* la propria sovranità e che oggi sembrano disposti a *spostarla* verso la realtà comunitaria, daranno seguito a queste intenzioni solo qualora dovessero intravedere la garanzia di non perdere del tutto un'area, un luogo, uno spazio dove far valere legittimamente la difesa dei propri interessi, accettando in quella sede una compensazione.

In tutti gli Stati federali tradizionali, del resto, esiste un luogo ove le entità federate possono confrontarsi e dove possono inviare rappresentanti; ed in tutti gli Stati federali questo luogo, che di solito è la Camera alta, detiene un ruolo cruciale

nella determinazione delle politiche federali. Se ciò avviene nella gran parte delle esperienze federali che conosciamo, perché non dovrebbe poter avvenire nell'Unione Europea nel suo avviarsi a concludere il proprio autonomo, originale *federalizing process*? Ancor di più: perché l'Unione Europea dovrebbe essere in controtendenza e basarsi su un sistema che dovrebbe vedere al centro un esecutivo – la Commissione – peraltro dotato di una scarsissima legittimazione democratica?

Ecco dunque delinarsi quello che potrebbe essere un assetto istituzionale alternativo a quello che i più vogliono realizzare: abbandonare questa convinzione diffusa per la quale il Consiglio europeo rappresenta il male assoluto, rivalutando il metodo intergovernativo non come luogo di esercizio del potere degli Stati più forti, bensì come luogo di confronto e dialogo che consente a tutti i singoli Stati membri dell'Unione di mantenere la possibilità di parlare con la propria voce e di presentare e rappresentare le proprie istanze. In questo senso, il Consiglio giocherebbe il ruolo che le Camere alte svolgono negli Stati federali tradizionali.

Ciò su cui si concorda senza particolari necessità di analisi è il tema del rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo, che potrebbe avvenire iniziando proprio dal suo rapporto con il terzo organo: la Commissione.

La Commissione, infatti, è oggi un organo dotato di nessuna legittimazione democratica e, sebbene abbia finora svolto il proprio ruolo con grande sobrietà, si mostra ormai poco al passo con i tempi e le sfide che l'Europa dovrà affrontare. L'inadeguatezza della Commissione non vuol dire che essa non debba aver ragione di esistere o che in Europa non debba esserci un organo esecutivo comune. La Commissione deve continuare ad esistere rappresentando il vertice esecutivo dell'Unione, ma deve svuotarsi del suo carattere *tecnocratico* per trasformarsi in un organo politico, un vero e proprio Direttorio alla svizzera, i membri del quale saranno eletti dal Parlamento Europeo tenendo presente la necessità di bilanciare tanto le *nuances* politiche quanto gli Stati (o almeno le grandi aree territoriali). Un Direttorio destinato a restare in carica per l'intera legislatura, fatta salva la possibilità di revoca di singoli membri con maggioranze altamente qualificate e per gravi violazioni. In questo modo si otterrebbe il duplice scopo di garantire alla Commissione una legittimazione popolare sostanzialmente diretta, come un vero e proprio organo politico, ma allo stesso tempo se ne tutelerebbe l'autonomia decisionale, propria di un organo sostanzialmente esecutivo ed amministrativo, sottraendola al rapporto fiduciario. In questo quadro, se dovesse essere tenuta ferma l'esigenza di un Presidente dell'Unione, tale ruolo potrebbe essere svolto, secondo uno schema di rotazione annuale, da uno dei membri della Commissione-Direttorio, evitando così la lacerante elezione a suffragio universale e diretto di un Presidente dell'Europa, secondo la recente proposta di Schäubler (lo schema qui proposto, peraltro, porrebbe

qualche problema istituzionale in meno agli Stati membri dotati di un vertice statale di legittimazione monarchica, Stati che potrebbero avere qualche difficoltà ad avere un Presidente eletto direttamente).

La situazione che verrebbe a delinarsi in questo senso sarebbe così quella di un'architettura istituzionale tipica di uno stato federale, con una Camera bassa eletta direttamente dal popolo – il Parlamento - una Camera alta di rappresentanza dei governi degli stati membri – il Consiglio europeo – ed un governo – la Commissione – eletto dalla Camera bassa subito dopo l'elezione della stessa, rispecchiando la composizione politica e territoriale della stessa, e non quindi secondo il modello maggioranza-opposizione.

Uno scenario simile può rappresentare una possibilità di rilancio istituzionale per l'Unione Europea. Questo scenario appare sicuramente migliore di quello che vuole il sacrificio totale del metodo intergovernativo, che significherebbe scontentare gli Stati forti - che comunque troverebbero modi alternativi per farsi sentire - e umiliare gli Stati piccoli, che non avrebbero più alcuna possibilità di far sentire la propria voce. Scenario migliore anche – ovviamente – di quello attuale, dove invece il metodo intergovernativo è solo un *forum* di capi di governo all'interno del quale l'egemonia della Germania è tanto indiscutibile quanto incontrovertibile.

Questi sono gli scenari istituzionali che si aprono innanzi ai governanti d'Europa in questo 2012. *federalismi.it* ne sottolineerà le particolarità per fornirne una comprensione più ampia e dettagliata, e seguirà con attenzione le evoluzioni in atto, nella consapevolezza che il 2012 non sarà forse l'anno della fine del mondo, nonostante alcune interpretazioni delle profezie Maya, ma potrebbe essere l'anno della fine dell'Europa unita, se i protagonisti delle vicende istituzionali europee dovessero giocarsi male le carte del rilancio.

