

**ESTUDOS JURÍDICOS
FUNDAMENTAIS**

Organizadores:

**Ricardo Maurício Freire Soares
e Flávia Sulz Campos Machado**

Autores:

- Belmiro Vivaldo Santana Fernandes
- Fábio Santos
- Flávia Sulz Campos Machado
- Gabriel Ribeiro Nogueira Junior
- José Andrade Soares Neto
- Lília Teixeira Santos
- Renata Peixoto Pinheiro
- Ricardo Maurício Freire Soares
- Robson Cosme de Jesus Alves
- Sabrina Silva Kauss
- Samyle Regina Matos Oliveira

**ESTUDOS JURÍDICOS
FUNDAMENTAIS**



Salvador, Bahia, Brasil.

2018

Conselho Editorial

- Antonio Francisco Costa
- Gilson Alves de Santana Júnior
- Nelson Cerqueira
- Rodolfo Pamplona Filho
- Wilson Alves de Souza

Produção gráfica:

Couto Coelho – E-mail: *coutovsk@yahoo.com.br*.

Capa e editoração eletrônica:

Maitê Coelho – E-mail: *maitescoelho@yahoo.com.br*

E82 Estudos Jurídicos Fundamentais / Organizadores: Ricardo Maurício Freire Soares e Flávia Sulz Campos Machado. – Salvador: Paginae, 2018.
330 p.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-63784-99-5

1. Direito – Brasil. 2. Direitos fundamentais – Brasil. 3. Jurisprudência – Brasil. 4. Democracia. I. Soares, Ricardo Maurício Freire. II. Machado, Flávia Sulz Campos. IV. Título.

CDD: 340

Ao estimado Professor Doutor Dirley da Cunha Jr., Docente do Programa de pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pelo exemplo de comprometimento com a afirmação dos direitos humanos fundamentais, como jurista, magistrado e cidadão,

Sumário

Apresentação	13
– <i>Ricardo Maurício Freire Soares e</i>	
– <i>Flávia Sulz Campos Machado</i>	
Dignidade, igualdade e direitos da personalidade: uma importante aproximação	17
– <i>Belmiro Vivaldo Santana Fernandes</i>	
Introdução	17
1. A dignidade humana sob o olhar do pensamento filosófico..	18
2. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional	22
3. O entendimento doutrinário contemporâneo acerca da aplicabilidade dos princípios jurídicos	23
4. A limitação do poder criativo do juiz e sua fundamentação teórica.....	26
5. O ordenamento jurídico como um sistema de regras e princípios.....	28
6. A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana....	31
7. Direitos da personalidade, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana: Pontos de aproximação	34
8. Evolução do reconhecimento da cláusula de proteção geral da personalidade humana ao longo da história do direito.....	37
9. Considerações sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.....	41
10. O direito de igualdade e sua aplicação.....	45
11. Métodos distintos para aplicação da igual dignidade: material e formal.....	46
Considerações finais	48
Referências.....	49

Tutela de direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos: Contributos da Lei 13.460/2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos)	53
– <i>Fábio Santos</i>	
Introdução.....	53
1. breves considerações sobre serviço público e a Administração Pública.....	55
2. Delineamentos pertinentes acerca dos contratos administrativos.....	59
2.1. Características dos contratos administrativos.....	62
2.2. Das Cláusulas Exorbitantes.....	63
3. Considerações sobre o usuário de serviços públicos e de contratos administrativos como consumidor.....	67
3.1. A definição jurídica de Consumidor.....	70
3.2. A pessoa jurídica de direito público como destinatária final.....	72
4. A Lei 13.460/2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos).....	75
Considerações finais.....	79
Referências.....	81
Precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: uma forma de codificação do direito?	83
– <i>Flávia Sulz Campos Machado</i>	
Introdução.....	83
1. A fonte jurisprudência.....	85
1.1. Aspectos históricos e a teoria das fontes jurídicas.....	85
1.2. Terminologia e espécies de fontes do direito.....	89
1.3. Fontes do direito como limitação à atividade jurídico-decisória.....	93
2. As fontes legislativa e jurisprudencial como marco de distinção entre os sistemas do <i>civil law</i> e do <i>common law</i>	95
2.1. <i>Civil law</i>	97
2.2. <i>Common law</i>	101
3. Justiça, processo e decisões judiciais.....	104

3.1. A justiça como ideal do direito.....	104
3.2. Interpretação do direito, hermenêutica jurídica e metodologia jurídico-decisória.....	107
3.3. Precedentes e segurança jurídica: regra do precedente obrigatório e uniformização da jurisprudência.....	109
4. Jurisprudência no Brasil	113
4.1. A uniformização da jurisprudência no Brasil e o Código de Processo Civil de 2015.....	113
4.2. Precedentes judiciais e motivação das decisões no código processual civil de 2015	119
4.3. Precedentes judiciais no civil law: uma forma de codificação da jurisprudência?	131
Considerações finais	133
Referências.....	134

A delação premiada nos crimes de lavagem de dinheiro e a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann	139
– <i>Gabriel Ribeiro Nogueira Junior</i>	
Introdução	139
1. A lavagem de dinheiro: repressão financeira qualificada ao crime organizado transnacional.....	141
2. A delação premiada conhecendo o instituto e entendendo a sua importância para apuração dos crimes de lavagem de dinheiro	147
3. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann	153
3.1. As contingências e as expectativas frustradas: a delação premiada e o crime de lavagem de dinheiro como ruídos à estabilidade sistêmica.....	154
Considerações finais	154
Referências.....	155

O embate entre o garantismo e neoconstitucionalismo: uma análise sob a ótica de Luigi Ferrajoli.....	159
– <i>José Andrade Soares Neto</i>	
Introdução	159
1. A modernidade jurídica e a crise dos seus paradigmas	161

1.1. O projeto da modernidade jurídica.....	161
1.2. A crise da modernidade jurídica.....	162
1.3. A pós-modernidade jurídica.....	164
2. Breves considerações sobre o constitucionalismo jurídico..	168
2.1. O constitucionalismo em sua acepção clássica e sua evolução	168
2.2. O constitucionalismo garantista ou garantismo.....	171
2.3. O constitucionalismo principalista ou neoconstitucionalismo pós-positivista	172
3. Garantismo x neoconstitucionalismo na visão de Luigi Ferrajoli	174
Conclusão	179
Referências.....	181

A função dos Direitos Humanos Fundamentais no Estado Democrático de Direito.....

– <i>Lília Teixeira Santos</i>	
Introdução.....	183
1. O princípio da cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana na democracia do estado brasileiro	183
2. Os objetivos fundamentais do estado brasileiro e os direitos humanos	193
3. A função dos Direitos Humanos Fundamentais no Estado Democrático de Direito	198
Conclusão	227
Referências.....	228

Direito de acesso a informação pública na democracia participativa: um estudo à luz da teoria dos sistemas sociais.....

– <i>Renata Peixoto Pinheiro</i>	
Introdução.....	233
1. Estado democrático de direito: em busca da legitimidade....	233
1.1. Democracia participativa no ordenamento jurídico brasileiro.....	236
1.2. A indispensabilidade do direito de acesso à informação pública	238

2. A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.	
Noções fundamentais.....	241
2.1. Os sistemas sociais como comunicação.....	243
2.2. A necessária abertura do sistema jurídico.....	244
3. A função do acesso à informação pública na interação entre os sistemas.....	246
Conclusão.....	249
Referências.....	250

Mudanças paradigmáticas do pós-positivismo jurídico: breves apontamentos.....	253
– <i>Ricardo Maurício Freire Soares</i>	
– <i>Sabrine Silva Kauss</i>	
1. A transição do pensamento sistemático ao pensamento problemático	253
2. O processo da desformalização da lógica jurídica.....	256
3. A valorização principiologia jurídica como alternativa para a realização do direito justo.....	266
Considerações finais.....	275
Referências.....	276

Mídia e sistema penal: influxos na mitigação dos direitos fundamentais do indiciado e na atuação dos sujeitos processuais	285
– <i>Robson Cosme de Jesus Alves</i>	
Introdução.....	285
1. Sistema penal como instrumento de controle social.....	287
2. Mídia e sistema penal: a mídia como gestora do espetáculo social.....	291
3. A influência da mídia na atuação dos sujeitos processuais...	297
Considerações finais.....	301
Referências.....	303

A justiça restaurativa como um caminho democrático frente à crise paradigmática do sistema punitivo	305
– <i>Samyle Regina Matos Oliveira</i>	
Introdução.....	305

1. Reflexões sobre as influências filosóficas na construção do modelo restaurativo	306
1.1. O princípio da “alteridade”	307
1.2. O princípio da “fraternidade” e da “solidariedade”	309
1.3. Princípios e valores democráticos	312
2. A Justiça Restaurativa em oposição ao paradigma do sistema punitivo.....	318
2.1. Elementos que impulsionaram o surgimento do paradigma restaurativo.....	318
2.2. A transformação do paradigma punitivista para o paradigma restaurativo.....	320
2.3. Principais dificuldades enfrentadas para implementação da Justiça Restaurativa	322
Considerações finais.....	326
Referências.....	328

Apresentação

Ricardo Maurício Freire Soares

e Flávia Sulz Campos Machado

Estudos Jurídicos Fundamentais é mais uma publicação científica do Grupo de Pesquisa – O Discurso Jusfundamental da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Comparado (CNPq/UFBa), liderado pelos Professores Ricardo Maurício Freire Soares e pelo Professor Dirley da Cunha Jr. A obra traz uma coletânea de instigantes artigos de pós-graduandos e pesquisadores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia sobre o pensamento jurídico atual, com base nos aportes da Teoria Geral do Direito e da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Estudos Jurídicos Fundamentais traz uma coletânea de instigantes artigos que apresentam a Teoria Geral do Direito como parte integrante das múltiplas discussões do pensamento jurídico atual, fruto de leituras e discussões realizadas no âmbito da disciplina de Paradigmas Atuais do Conhecimento Jurídico, ministrada pelo Professor Ricardo Maurício Freire Soares, docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes, em *Dignidade, Igualdade e Direitos da Personalidade: uma importante aproximação*, examinou o valor filosófico da dignidade humana, seu reconhecimento jurídico-constitucional e sua aplicabilidade, aproximando-a dos direitos fundamentais e direitos da personalidade, nomeadamente no que tange à igualdade nas relações entre particulares.

Fábio Santos tratou da *Tutela de Direitos do Usuário de Serviços Públicos e Contratos Administrativos: contributos da lei 13.460/2017 (Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos)*, sugerindo uma reflexão sobre a proteção dos direitos do usuário de serviços públicos e dos contratos administrativos enquanto consumidor, balizado

pelas disposições da referida lei, a qual, inobstante ainda não tenha entrado em vigência, já apresenta novos paradigmas para o conhecimento jurídico.

Flávia Sulz Campos Machado, em *Precedentes Judiciais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: uma forma de codificação do direito?*, discute a força vinculante dos pronunciamentos judiciais a partir das disposições do código processual de 2015, sugerindo uma aproximação entre as fontes jurisprudencial e legislativa no que tange à abstração e, com efeito, a possibilidade de nova forma de codificação do direito.

Gabriel Ribeiro Nogueira Junior, sobre *A Delação Premiada nos Crimes de Lavagem de Dinheiro e a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann*, examinou este instituto de investigação sob a ótica de alguns ordenamentos jurídicos alienígenas e, ainda, no modelo brasileiro para, afinal, propor uma conexão com a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.

José Andrade Soares Neto, em *O Embate entre o Garantismo e Neoconstitucionalismo: uma análise sob a ótica de Luigi Ferrajoli*, discorreu sobre a posição crítica adotada pelo jurista italiano face ao neoconstitucionalismo pós-positivista, o qual denomina constitucionalismo principalista, contrapondo-o ao constitucionalismo garantista.

Lília Teixeira Santos, em *A Função dos Direitos Humanos Fundamentais no Estado Democrático de Direito*, refletiu os princípios constitucionais da cidadania e da pessoa humana na democracia brasileira, propondo uma interpretação da função dos direitos humanos fundamentais como parâmetro com a finalidade de alcance à plena cidadania integral.

Renata Peixoto Pinheiro discutiu o *Direito de Acesso à Informação Pública na Democracia Participativa: um estudo à luz da teoria dos sistemas sociais*, situando o acesso à informação pública enquanto garantia ao exercício da democracia participativa através da análise da função desempenhada por esse direito no sistema jurídico, sob os fundamentos da Teoria dos Sistemas Sociais do sociólogo Niklas Luhmann.

Ricardo Maurício Freire Soares e Sabrine Silva Kauss, em *Mudanças Paradigmáticas do Pós-positivismo jurídico: breves apontamentos*, apontaram a transição do pensamento sistemático de base

lógico-dedutiva para um pensamento problemático como uma das mais importantes transformações resultantes da emergência do pós-positivismo jurídico, destacando a redescoberta da tópica por Theodor Viehweg.

Robson Cosme de Jesus Alves elucubra sobre *Mídia e Sistema Penal: Influxos na Mitigação dos Direitos Fundamentais do Indiciado e na Atuação dos Sujeitos Processuais*, sugerindo o Direito Penal e a Mídia como agências de controle social cuja relação e influxos refletem na atuação dos sujeitos processuais.

Samyle Regina Matos Oliveira, em *A Justiça Restaurativa como um Caminho Democrático Frente à Crise Paradigmática do Sistema Punitivo*, apontou as razões pelas quais a Justiça Restaurativa passou a representar um novo paradigma à seara jurídico-criminal.

Dignidade, igualdade e direitos da personalidade: uma importante aproximação

*Belmiro Vivaldo Santana Fernandes**

INTRODUÇÃO

O direito, enquanto ordenamento jurídico, regula os fatos da vida social mediante a utilização de significados que, em muitos momentos, remetem o intérprete a conceitos que a própria ciência jurídica não poderia explicar, sob pena de reduzi-los a uma pequena parte do que, de fato, representam. Dentre as diversas expressões com significados anteriores ao próprio direito – mas por ele regulado, encontra-se a dignidade da pessoa humana.

Assim, é apresentado o valor da dignidade da pessoa humana, partindo-se tanto de seu prisma filosófico, quanto do seu processo de incorporação nos diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, dentre eles, o brasileiro. Esta análise, contudo, parte do pressuposto de que todos os seres humanos são diferentes – e assim devem ser, pois a sociedade humana é essencialmente plural – mas possuem um traço em comum: a igualdade em dignidade. Após o delineamento do conceito de dignidade humana, inicia-se o estudo da eficácia do princípio constitucional da dignidade humana. Faz-se necessário um caminhar entre as teorias contemporâneas que explicam a

(*) Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado, juiz leigo do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Professor universitário da Universidade Salgado de Oliveira e do Centro Universitário da Bahia (Estácio/FIB). Possui especializações, nas áreas de direito civil, direito penal, direito processual penal, direito tributário e direito do consumidor pela Faculdade Damásio | DeVry. Autor de obras jurídicas e palestrante. Contato: belmirofernandes@gmail.com.

importância dos princípios jurídicos. Nessa oportunidade, é ventilada a discussão do papel criativo do juiz diante das diversas maneiras de interpretar e aplicar de normas desse tipo.

Ventilados o significado e a aplicabilidade da dignidade humana, parte-se para as garantias decorrentes deste valor, materializadas nos direitos fundamentais e nos direitos da personalidade. Acerca dos primeiros, necessário se faz perguntar – e responder – se sua serventia reside no fornecimento de proteção aos particulares exclusivamente contra atos arbitrários do Estado, ou se é possível entender que sua aplicação também se dá entre os particulares. A importância de tal discussão é diretamente relacionada aos motivos da elaboração desta dissertação, pois de nada adiantaria discutir o relacionamento entre a Carta Magna e o Direito Civil se ficasse estabelecido que a proteção constitucional da pessoa humana pelo instituto do dano moral (artigo 5º, incisos V e X, inserido no núcleo de direitos fundamentais), apenas existe em face do Estado, não se prestando à reparação de atos ilícitos entre os particulares. Examinar tal paradigma, é, portanto, imperioso para o andamento deste estudo. Sobre os direitos de personalidade, demonstra-se que embora se sejam reconhecidas algumas categorias destes direitos, atualmente há o reconhecimento de que a dignidade humana assumiu o papel de cláusula geral de proteção à personalidade. Segue-se, por fim, o estudo do direito de igualdade, cotejando-se tanto o seu aspecto material, quanto formal, visando estabelecer o que vem a ser a aplicação correta da igual dignidade às pessoas.

Este trabalho é, por natureza, uma pesquisa teórica. Desse modo, a metodologia adequada foi o levantamento sistêmico na literatura e na jurisprudência, das visões doutrinárias e hermenêuticas que se aplicam ao tema, submetendo-se o material colhido à análise crítica com vistas a sua sistematização.

1. A DIGNIDADE HUMANA SOB O OLHAR DO PENSAMENTO FILOSÓFICO

O direito, enquanto ordenamento jurídico, regula os fatos da vida social mediante a utilização de significados que, em muitos momentos, remetem o intérprete a conceitos que a própria ciência jurídica não poderia explicar, sob pena de reduzi-los a uma pequena

parte do que, de fato, representam. Dentre as diversas expressões com significados anteriores ao próprio direito – mas por ele regulado, encontra-se a dignidade da pessoa humana (SOARES, 2015, p. 35).

Segundo Sarlet (2006, p. 30), no pensamento filosófico e político da Antigüidade Clássica, a expressão *dignitas*, da qual etimologicamente deriva a dignidade, representava uma determinada posição social – privilegiada – ocupada pelos indivíduos, que repercutia num reconhecimento desta posição por todos os membros da comunidade, de modo em que se acreditava haver uma espécie de “estratificação” da dignidade, tendo como conseqüência a constatação de que existiam, pessoas “mais dignas” que outras. Na perspectiva estoíca, um pouco mais próxima do pensamento atual, a dignidade já passava a ser não um instrumento de gradação de qualidade entre os seres humanos, mas justamente o traço diferenciador dos homens¹ em relação aos animais, considerando-se, portanto, que todos são iguais em dignidade. Em Roma, Cícero formulou uma interessante teoria sobre a dignidade, entendendo que dois poderiam ser os seus sentidos: valor intrínseco do ser humano e, de outro turno, posição social ocupada pelo indivíduo. A partir do exame da evolução do conceito de dignidade humana, verifica-se que o segundo sentido desapareceu dos ordenamentos jurídicos, prevalecendo apenas o primeiro (SARLET, 2006, p. 31-32).

Ao longo da Idade Média, a concepção estoíca da dignidade humana permaneceu sustentada, tendo sido expressamente dita a expressão *dignitas humana* por Tomás de Aquino, que, na Idade Moderna, fora reforçada pela concepção de que o homem fora criado à imagem e semelhança de Deus, e, dessa maneira, a dignidade era seu valor intrínseco. Assim, a dignidade passou a ser a causa do próprio livre-arbítrio humano, radicada em sua capacidade de autodeterminação (SARLET, 2006, 31-32)². Alguns pensadores renascentistas

-
1. Aqui adota-se o termo “homem” não como gênero, mas como sinônimo de ser humano.
 2. Alguns pensadores renascentistas contribuíram para a consolidação da noção de dignidade enquanto valor intrínseco ao homem, valendo destacar Francisco de Vitória, que no século XVI afirmou ser contrário à natureza o processo de aniquilação dos índios, pois, em razão de serem humanos – sendo irrelevante o fato de não serem cristãos – também possuíam capacidade de autodeterminação. No

contribuíram para a consolidação da noção de dignidade enquanto valor intrínseco ao homem, valendo destacar Francisco de Vitória, que no século XVI afirmou ser contrário à natureza o processo de aniquilação dos índios, pois, em razão de serem humanos – sendo irrelevante o fato de não serem cristãos – também possuíam capacidade de autodeterminação. No iluminismo, Samuel Pufendorf destaca que o ser humano merece ter respeitada sua dignidade, considerada como a “liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento”. (SARLET, 2006, p. 32).

Todo o processo de conscientização do homem em relação à sua própria dignidade alcança a racionalização – e, por consequência, afastamento da concepção teológica – a partir do pensamento de Immanuel Kant.

Kant (2005, p. 58-59) entende que a autonomia da vontade é a faculdade de um ser humano em determinar a si mesmo e agir em conformidade com certas regras, sendo uma qualidade encontrada apenas nos seres racionais. Assim, sustenta que:

[...] o homem – e de uma maneira geral, todo ser racional – existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. Todos os objetos das inclinações têm um valor apenas condicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se fundamentam seria sem valor o seu objeto. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, tão longe estão de possuir um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas que, muito pelo contrário, melhor deve ser o desejo universal de todos os seres racionais em libertar-se totalmente delas. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios e, por isso, denominam-se “coisas”, ao passo que, os seres racionais denominam-se “pessoas”, porque a sua

iluminismo, Samuel Pufendorf destaca que o ser humano merece ter respeitada sua dignidade, considerada como a “liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento”. (SARLET, 2006, p. 32)

natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida limita todo o arbítrio (e é um objeto de *respeito*). (grifos nossos).

Em páginas seguintes, ao tratar da qualidade insubstituível da dignidade humana, explica (KANT, 2006, p. 65):

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, compreende uma dignidade [...].

Sobre o mesmo tema, Habermas (2004, p. 13) afirma que “a autonomia, ao contrário, não é um conceito distributivo e não pode ser alcançada individualmente. Nesse sentido enfático, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente”.

É fundamental assinalar que, na visão de Kant, a dignidade, enquanto valor incondicional da pessoa, é manifestada por meio da autonomia da vontade, que é a capacidade de autodeterminação racional de que todo ser humano possui. O interessante é notar que Kant entende que, enquanto autonomia da vontade, a dignidade só encontra limites pela noção de *respeito*, que é, justamente o reconhecimento de que outra pessoa humana possui também a mesma autonomia da vontade e, dessa maneira, esta não pode ser diminuída perante a vontade de outrem (KANT, 2005, p. 66).

Segundo Arendt (2001, p. 59-68), a dignidade da pessoa humana, justamente por se tratar de um valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, ganha significado apenas na intersubjetividade e na pluralidade, sendo isto chamado de “dimensão política da dignidade”. Assim, o Estado, enquanto sociedade organizada, deverá proteger a dignidade por meio do direito.

A valorização da dignidade da pessoa humana encontra-se diretamente associada aos movimentos constitucionalistas modernos e contemporâneos (SILVA, 1999, p. 153-170) principalmente ocorridos na França e nos Estados Unidos da América ao longo do século XVIII, que tiveram por base as revoluções burguesas e o Iluminismo. Entretanto, a positivação do princípio nas cartas constitucionais de todo o mundo só veio a ocorrer a partir do fim da Segunda Guerra Mundial,

quando as Nações Unidas elaboraram a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo artigo I expõe: “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.” (grifos nossos).³ Na esteira de diversos países, o Brasil aderiu à convenção, estando, atualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana inserido em nosso texto constitucional.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A Constituição Brasileira consagra a dignidade da pessoa humana como sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito instituído em 1988, inscrita no texto a seguir:

Art. 1º 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: I – a soberania; II – a cidadania; III – *a dignidade da pessoa humana*; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. (grifos nossos).

Muito se tem falado sobre a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo os constitucionalistas pátrios ser um “um lugar que lhe é garantido [ao ser humano] pelo direito, que é a força organizadora da sociedade” (MOURA, 2002, pp. 78-9 *apud* ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2005, p. 95); “valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão de respeito das demais pessoas [...]” (MORAES, 2006, p. 16); “[decorrente do fato de que,] por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita” (CARVALHO, 2004, p.355); “espaço de integridade

3. Vale ressaltar, como assinala Sarlet (2006, p. 44), que a União Europeia promulgou em dezembro de 2000, em Nice, uma Carta de Direitos Fundamentais, na qual restou consignado que “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. Com base neste ato normativo, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias entendeu que é de sua competência controlar os atos dos órgãos da União Europeia que manifestem incompatibilidade com a Carta de Direitos, pois esta teria sentido normativo e vinculante.

moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo” (BARROSO, 2003, p. 39); “[valor que] consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas e humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo” (PEREZ LUÑO, 1995, p. 96-7 *apud* TAVARES, 2003, p. 406), para citar apenas alguns.

Do ponto de vista normativo, possui significado a localização da dignidade da pessoa humana dentro do capítulo da Constituição Brasileira que trata dos princípios fundamentais. Assim, antes de se falar em aplicabilidade de tal valor no ordenamento brasileiro, faz-se necessária a análise do significado contemporâneo dos princípios jurídicos, para que se verifique de que maneira pode ocorrer a sua concretização.

3. O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO CONTEMPORÂNEO ACERCA DA APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

A primeira problemática sobre o estudo dos princípios diz respeito à sua conceituação. A derivação etimológica da palavra "princípio" provém do latim *principium*, que significa "começo" ou "origem". Daí que, como esclarece De Plácido e Silva, no seu conhecido "Vocabulário Jurídico":

em sentido vulgar quer exprimir o começo da vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou origem de qualquer coisa.

No sentido jurídico a expressão é polissêmica. Parece oportuno, no caso presente, com o propósito de traçar uma conceituação de princípio jurídico, continuar reproduzindo da lição de De Plácido e Silva, por extremamente didática e precisa:

"no sentido jurídico, notadamente no plural (princípios), quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, dessa forma, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Assim, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se

a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias e as leis científicas do Direito, que traçam as noções que se estrutura o próprio Direito.

De acordo com Dantas (2005, p. 42-44), a filosofia do direito acumula oito diferentes sentidos sobre princípios jurídicos, a saber:

- a) Norma bastante genérica;
- b) Norma redigida em termos particularmente vagos, em que o descritor apresenta termos com textura aberta, como nas regras que vedam o exercício abusivo de direitos;
- c) Norma programática ou diretriz, estipulando obrigações que perseguem determinados fins, como no exemplo do artigo 173, § 4º, da Constituição Brasileira, que prevê que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”;
- d) Norma que expressa valores superiores do ordenamento jurídico, como o princípio da igualdade, expresso no caput do artigo 5º;
- e) Norma especialmente importante, embora com baixo grau de generalidade, como o artigo 86, § 4º da CF/88: “o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”;
- f) Norma de elevada hierarquia, no que, segundo esse significado, qualquer norma constitucional seria um princípio;
- g) Norma dirigida ao órgão de aplicação do direito, indicando como deve ser a interpretação da norma aplicável, como no artigo 5.º do Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá

aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

- h) mero enunciado que pode estar ou não positivado no ordenamento jurídico, como o princípio da hierarquia das normas.

Como salienta Bonavides (2004, p. 288), a questão dos princípios jurídicos tem uma importância fundamental e vem despertando cada vez mais a atenção e o interesse dos juristas. Assim diz: “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”⁴. Para ele (BONAVIDES, 2004, p. 264):

As novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais [...] É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, capitaneada, sobretudo, por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo da normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

Pode-se afirmar, assim, que a evolução do Direito Constitucional contemporâneo, pela elasticidade de sua abrangência, tem como

-
4. Afirma Bonavides (2004, 259-264) que originariamente, na fase denominada “jurnaturalista”, os princípios jurídicos eram concebidos como ditames e paradigmas axiomáticos derivados da reta razão, constituindo-se e emanações de um Direito ideal ou natural, que trancederia o direito positivo. Apresentam, pois, uma dimensão metafísica e de cunho abstrato, impregnados por um ideal de justiça, situando-se num patamar superior ao ordenamento jurídico. Essa característica, digamos, quase “etérea”, levou os princípios gerais do direito a uma situação de descrédito e menosprezo, que culminou com o avanço do positivismo jurídico. Num segundo momento dessa linha evolutiva, correspondente ao período de prevalência das concepções positivistas, em que a lei, no sentido formal, ocupa uma posição de proeminência como fonte do Direito, os princípios passam a ocupar um lugar secundário no ordenamento jurídico, como verdadeiras fontes subsidiárias do Direito. Não podem, pois, se sobrepor à lei, nem lhe são considerados anteriores, mas são introduzidos nos Códigos apenas para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo.

característica principal a nova abordagem que passou a ser conferida à temática dos princípios gerais de Direito que se converteram no fundamento maior da ordem jurídica⁵.

4. A LIMITAÇÃO DO PODER CRIATIVO DO JUIZ E SUA FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O pós-positivismo apresenta algumas soluções interpretativas para os problemas jurídicos, encontrando-se, dentre elas, a construção de Dworkin (2003, p. 86) de conceitos e concepções. Segundo ele:

Em termos gerais, as pessoas concordam com as proposições mais genéricas e abstratas sobre a cortesia, que formam o tronco da árvore, mas divergem quanto aos refinamentos mais concretos ou as subinterpretações [sic] dessas proposições abstratas, quanto aos galhos da árvore. Por exemplo, numa certa etapa do desenvolvimento da prática, todos concordam que a cortesia, em sua descrição mais abstrata, é uma questão de respeito. Mas há uma importante divisão sobre a correta interpretação da idéia de respeito. Alguns consideram que se deve, de maneira mais ou menos automática, demonstrar respeito a pessoas de certa posição ou grupo, enquanto outros pensam

5. O caráter “pós-moderno” do fenômeno da “abertura” constitucional resulta da ocorrência de uma superação do conceito até então vigorante de Constituição, que fora cunhado sob o influxo das idéias da modernidade, dentro do contexto do liberalismo econômico e do iluminismo-racionalista predominante no pensamento político dos séculos XVII e XIX, principalmente na Europa Ocidental e nos Estados Unidos da América. A doutrina da “Constituição Aberta” floresceu bastante recentemente, nos anos 90, tendo como embasamento teórico fundamental a obra do pensador tedesco Peter Häberle, sob inspiração dos estudos sociológicos de Karl Popper a respeito da sociedade aberta. Seu início esteve ligado à evolução do liberalismo clássico – que consagrou a idéia do Estado de Direito – impactado pelo avanço dos anseios de superação dos mecanismos de exploração do homem pelo homem. Disso resultaram as conquistas sociais da classe trabalhadora em face da burguesia capitalista, influenciadas, mais ainda, pelas ideologias do socialismo que acabaram por dar origem ao Estado Social de Direito. Neste, a preocupação pela efetivação da igualdade material e econômica, além da proteção dos interesses sociais dos mais frágeis, tornou-se uma constante. Portanto, é correto afirmar que, já nas Constituições de Weimar e do México, no primeiro quartel do século XX, encontravam-se as fontes da torrente que hoje se expandiu por todo o orbe, descortinando novos horizontes sobre os quais se fazem refletir os raios penetrantes de uma nova ordem constitucional predominante na era contemporânea. A respeito do tema, conferir Dantas (2006, pp. 164-190)

que o respeito deve ser merecido individualmente. Os primeiros se subdividem ainda mais, questionando quais grupos ou posições sociais são dignos de respeito; os segundos se subdividem a propósito de quais atos conferem respeito. E assim por diante, ao longo de infindáveis subdivisões de opinião.

Percebe-se que, para Dworkin, é tarefa árdua formular um único sentido sobre determinado fenômeno, pois cada pessoa irá interpretá-lo à sua maneira. Partindo-se dessa premissa, desenvolve a noção de conceito e concepção (DWORKIN, 2003, p. 88):

Em tais circunstâncias, o tronco inicial da árvore – a ligação até o momento incontestável entre cortesia e respeito – funcionaria, tanto nos debates públicos quanto nas reflexões privadas, como uma espécie de patamar sobre o qual se formariam novos pensamentos e debates. Seria então natural que as pessoas considerassem essa ligação importante e, à guisa de conceito, dissessem, por exemplo, que o respeito faz parte do “próprio significado” da cortesia. [...] O contraste entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática. No primeiro nível, o acordo tem por base idéias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as interpretações; no segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e assumida.

Segundo Diniz (2005, p. 61), o juiz, diante de um caso judicial, necessita se valer da argumentação judicial a partir da distinção dworkniana entre conceito e concepção. Assim, o seu poder criativo acaba sendo limitado em dois sentidos. Inicialmente, por intermédio dos princípios constitucionais, o juiz apresenta a justificativa (concepção) de sua decisão reportando-se a elementos externos ao texto constitucional (*e.g.*, valores morais). Num outro sentido, mesmo que permaneça no âmbito interno da Constituição, os conceitos contidos nos princípios não têm caráter semântico, mas interpretativo, exigindo sua criatividade para, num caso concreto, justificar sua aplicação.

Em qualquer das duas modalidades, o poder do juiz não poderá ser arbitrário, mas justificado com base, dentre outros requisitos, numa teoria do direito. Assim, exemplifica:

Se o “caso constitucional” envolve o princípio da liberdade de expressão em face do direito à honra e à intimidade, a fundamentação deverá expor uma teoria jurídica acerca desses princípios constitucionais. Nesse ponto – a exposição de sua concepção do conceito por meio de uma teoria – o discurso judicial se articula em um hiperciclo com o discurso doutrinário. Realmente, na ciência do Direito a função da teoria é tornar mais compreensíveis as normas, com a ajuda de conceitos e de princípios especificamente jurídicos (dogmáticos) ou – como sustenta Dworkin – com a ajuda de princípios morais. (DINIZ, 2005, p. 61-62).⁶

A teoria, portanto, serve para fornecer ao juiz argumentos para demonstrar que sua concepção do que é direito no caso concreto é a mais adequada, pois sua função é a de dar sustentáculo à concepção esposada pelo intérprete, pois controlam e asseguram a compatibilidade de uma solução atribuída a uma controvérsia jurídica com as partes restantes do sistema jurídico.

5. O ORDENAMENTO JURÍDICO COMO UM SISTEMA DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Dworkin entende que o Direito está inteiramente atrelado à moralidade política. Explica que “Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões:

-
6. Um caso pertinente a esta pesquisa é trazido por Dantas, envolvendo a aplicação do princípio da igualdade. Em suas palavras: “A Constituição brasileira reconhece o princípio da igualdade em seu artigo 5.º e [...] possui preceitos específicos (v.g., igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, elevação da prática do ‘racismo’ a crime inafiançável etc.) [mas] não podemos dizer que o constituinte desenvolveu uma concepção de igualdade e nela se fechou, uma vez que não específico o que entende por ‘igualdade’, deixando intencionalmente aberta a questão. [...] nossa cláusula constitucional permanece como um ‘conceito’, exigindo que – no caso concreto – o juiz apresente a melhor ‘concepção’ de igualdade aplicável. Nesse momento – de concretização judicial da igualdade – a ‘teoria jurídica’ será fundamental, pois o princípio da igualdade se traduz na exigência da fundamentação racional dos juízos dos juízos de valor imprescindíveis para conectar determinada situação a uma certa consequência jurídica. Com efeito, não é toda desigualdade de fato que merece a ação corretiva da lei. [...] as igualdades e desigualdades de fato nada mais são que os pontos de partida para construir igualdades e desigualdades normativas, cuja justificação não se pode reportar à mera faticidade, mas – partindo desta – há de se construir mediante o exercício argumentativo. (2005., p. 63-64).

questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade” (DWORKIN, 2002, pp. 5-6). A partir desta constatação, coloca-se em confronto com o modelo jurídico do positivismo (DWORKIN, 2002, p. 63), por entender ser insuficiente para resolver todas as controvérsias que podem advir da aplicação do direito. Adota um modelo em que os princípios jurídicos são valorizados, em oposição àquele de que o direito tradicionalmente dispunha. Sobre a maneira como o positivismo enxerga os princípios, afirma:

O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajudiciais que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso. É como se um zoólogo tivesse provado que os peixes não são mamíferos e então concluído que na verdade não passam de plantas. (DWORKIN, 2002, p. 63).

Sua teoria revela considerações sobre a necessária distinção entre “princípios” e “regras”, partindo de uma análise acerca de como os profissionais do direito solucionam casos mais difíceis ou complexos. Nessas hipóteses, para fundamentar racionalmente as decisões jurídicas, utilizam-se de padrões que não funcionam como regras, mas operam de modo diverso, como princípios, diretrizes políticas ou outra espécie de pauta. Os princípios, num sentido amplo, seriam exatamente esses critérios de solução de conflitos.

No que se refere à distinção entre princípios e regras, Dworkin lembra que as regras são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”. Sempre que se verificarem os pressupostos fáticos aos quais a regra se destina, numa situação concreta, e sendo ela válida, necessariamente há de ser aplicada. Entretanto, no que se refere aos princípios, mesmo aqueles que mais se assemelham às regras, eles não indicam consequências jurídicas que devam ocorrer “automaticamente”, uma vez presentes as condições previstas. Em suas palavras:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza de orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira

de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso, a resposta que ela dá deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39).

Diferentemente ocorre com os princípios, pois estes jamais são invalidados, pois Dworkin considera que sua distinção fundamental para com as regras reside na sua “dimensão de peso” que não se faz presente nestas. Essa característica se apresentará com maior nitidez nos casos de antinomias entre normas jurídicas de mesma espécie, ou seja, em casos de conflitos entre regras ou colisão de princípios de que se falará adiante. Explica que:

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, 2002, p. 42-43)

Alexy (1997, p. 85) enfrentou a mesma temática sobre distinção entre princípios e regras, apresentando relevante contribuição para a teoria contemporânea dos princípios jurídicos. Explica que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas, sendo vários os critérios propostos para essa distinção. O mais frequentemente utilizado é o da generalidade, segundo o qual, os princípios são normas dotadas de um grau relativamente alto de generalidade, ao passo que as regras, têm baixo de generalidade.

Para Alexy (1997, p.86) os princípios jurídicos, por serem “mandados de otimização”, caracterizam-se pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente, às condições jurídicas e reais existentes (ALEXY, 1997, pp. 86-87). Por outro lado, as regras são normas que se acham submetidas à lógica disjuntiva do “tudo ou nada”, como, aliás, havia sido proposto por Dworkin, restando-lhes duas alternativas: sua validade ou invalidade.

O debate sobre a diferenciação entre regras e princípios revela-se particularmente mais relevante em situações de colisão entre normas da mesma natureza. A antinomia entre regras configura antinomia jurídica própria e dela decorre a necessidade de uma das regras antagônicas ser afastada do sistema, mediante a utilização do critério ou dos critérios pertinentes contemplados pelo próprio sistema. Já a antinomia entre princípios configura uma antinomia jurídica imprópria, pois o conflito que entre eles esteja a ocorrer não implica a necessidade de eliminação de um deles do sistema; o intérprete ou há de proceder à ponderação dos princípios conflitantes e, posteriormente, à harmonização entre ambos, quando então um cederá até certo ponto ao outro em força normativa, ou então ao afastamento de um deles sem que isso implique na retirada do sistema (FERRAZ JR., 2003, p. 190).

Assim o conflito entre princípios resolve-se mediante aplicação da “lei de ponderação”, pela qual se entende que, quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro (ALEXY, 1997, p. 161).

Em síntese, no que se refere à necessidade de apontar solução para as colisões de princípios jurídicos, notadamente quando referentes aos direitos fundamentais, verifica-se que o pensamento de Robert Alexy apresenta como indispensável a observância do “critério de proporcionalidade ou razoabilidade”.

Tendo em vista o fato de as regras jurídicas operarem a concretização dos princípios jurídicos, não será admissível antinomia jurídica entre essas categorias de normas. Portanto, havendo antagonismo entre os dois princípios, prevalecendo um sobre o outro, serão naturalmente *afastadas* as regras que concretizem o princípio que foi desprezado. Essas regras não serão aplicáveis *in casu*, ainda que continuem integradas validamente no ordenamento jurídico. De toda sorte, impõe-se reconhecer que somente na correta harmonização e compatibilização entre os diversos princípios e regras constitucionais será possível assegurar a desejada unidade valorativa da Constituição.

6. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De acordo com Barcellos (2002, pp. 248-249), a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana envolve diversas modalidades de eficácia jurídica, em distintas faixas de extensão. Reconhece-se, inicialmente, uma eficácia simétrica, relacionada à segurança das condições mínimas de existência do ser humano, exigível perante o Poder Judiciário, denominadas de *mínimo existencial*. Segundo seu entendimento, tomando por base a teoria da ponderação de interesses de Alexy (BARCELLOS, 2002, p. 121), o mínimo existencial constitui uma regra constitucional resultante do confronto entre, de um lado, a vinculação orçamentária necessária na separação dos poderes e, do outro, a conquista de uma igualdade real entre as pessoas. Entretanto, esclarece que não apenas questões econômicas são englobadas no mínimo existencial, pois:

o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também *espiritual e intelectual*, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandado a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um o seu próprio desenvolvimento.

Portanto, o juiz, o aplicador da norma, visando aplicar a sua concepção do direito (DWORKIN, 2003, p. 88), deverá trazer a fundamentação para a aplicação da dignidade da pessoa humana no caso concreto. Barcellos (2002, p. 147) explica que:

O intérprete deverá demonstrar explicitamente a adequação de suas opções tendo em vista o princípio constitucional pertinente à hipótese e o princípio geral da dignidade da pessoa humana, a que toda a ordem jurídica afinal se reporta. Por mais vago que um princípio possa se apresentar em determinadas circunstâncias, a escolha interpretativa deverá estar vinculada a ele de forma expressa, ao sentido que o intérprete atribua ao princípio naquele momento, e não a qualquer outras circunstâncias, muitas vezes não declaradas. Assim como se passa com a fundamentação da decisão judicial, através da qual se observa o percurso trilhado pelo juiz, permitindo identificar facilmente onde ele porventura se tenha desviado da rota original, da mesma forma a exposição de como uma determinada opinião jurídica se relaciona com os princípios constitucionais aplicáveis permitirá certo balizamento e, em consequência, o

controle constitucional através do processo de interpretação e de suas conclusões através da sindicabilidade da eficácia interpretativa dos princípios constitucionais.

É importante também levar-se em consideração que a pluralidade da sociedade brasileira deverá ser reconhecida e protegida pelo Direito. Não se pode falar em dignidade da pessoa humana partindo-se da premissa de que apenas um determinado tipo de sujeito jurídico – socialmente aceito – poderá ser protegido, porque isso não caracterizaria um Estado Democrático de Direito, declarado na Carta Constitucional Brasileira de 1988. De acordo com o artigo 3º da Carta Magna:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*. (grifos nossos).

Finalmente, apesar de Wolkmer (2001, p. 85)⁷, assinalar que apesar do ordenamento brasileiro ter se formado na tradição do

7. De acordo com suas palavras: “[...] Constata-se que em momentos distintos de sua evolução – Colônia, Império e República – a cultura jurídica nacional foi sempre marcada pela ampla supremacia do oficialismo estatal sobre as diversas formas de pluralidade de fontes normativas que já existiam [...]. A condição de superioridade de um Direito Estatal que sempre foi profundamente influenciado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito colonizador alienígena – segregador e discricionário com relação à população nativa – revela mais do que nunca a imposição, as intenções e o comprometimento da estrutura elitista de poder. [...] Não houve grandes modificações nessa tradição colonial elitista e segregadora, mesmo depois da independência do país e da criação, por D. Pedro I, das duas Faculdades de Direito – a de Olinda (depois Recife) e a de São Paulo. Durante a experiência monárquica e hereditária do Império, sob o influxo hegemônico da doutrina jusnaturalista e da estrutura sócio-econômica ainda assentada no latifúndio e na escravidão, as questões de direitos civis e de direitos à cidadania não mereciam interesse maior [...]. As mudanças, na virada do século XIX para o início do século XX, decorrentes da alteração do sistema monárquico (surgimento da República em 1889) e do deslocamento da correlação de forças (domínio das oligarquias cafeeiras agroexportadoras), acabaram afetando a formação social brasileira que, com a instauração

monismo jurídico, moldado à imagem de uma sociedade burguesa⁸, o artigo 3º, inciso IV, da CF/88 reconhece a pluralidade do povo brasileiro, sendo todos igualmente possuidores de dignidade.

7. DIREITOS DA PERSONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PONTOS DE APROXIMAÇÃO

A dignidade da pessoa humana encontra proteção, no campo internacional, mediante os tratados de direitos humanos⁹ e, no campo

de uma ordem claramente liberal-burguesa, propiciou a solidificação definitiva de uma cultura jurídica positivista. O positivismo jurídico nacional, essencialmente monista, estatal e dogmático, constrói-se no contexto progressivo de uma ideologização representada e promovida pelos dois maiores pólos de ensino e saber jurídico criados na primeira metade do século XIX. [...] Nesse quadro, o Direito Estatal vem regulamentar, através de suas codificações, os intentos dos proprietários de terras e da burguesia detentora do capital, ocultando, sob a transparência da retórica liberal e do formalismo das preceituações procedimentais, uma sociedade de classe violentamente estratificada. (WOLKMER, *op. cit.*, pp 85-87).

8. Sobre esse aspecto, assevera Orlando Gomes que o Código Civil Brasileiro de 1917, apesar de ter representado um grande avanço frente ao compêndio desorganizado de legislações civis da Coroa Portuguesa, não cumpriu todas as expectativas que alimentava a sociedade brasileira daquela época. Em suas palavras: “Contudo, a fidelidade do Código à tradição e ao estado social do país revela-se mais persistente no direito de família e no direito das sucessões, nos quais, como observa Castan, não dá mostras de um espírito tão radical como o de outras legislações americanas, pois conserva o princípio da indissolubilidade do matrimônio, o regime de comunhão universal de bens, o das legítimas e várias outras normas de certo sentido conservador” (2003, p. 13). Adiante, justifica esse quadro, explicando que: “A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante.” (*op. cit.*, p. 31).
9. A divergência acerca da aplicação da terminologia “direitos fundamentais” tem sido objeto de discussões entre doutrinadores, motivadas por sua ambigüidade, heterogeneidade e ausência de consenso. SARLET (*op. cit.* p. 31) esclarece que embora a Constituição Brasileira tenha preferido a expressão “direitos fundamentais”, outras podem ser encontradas ao longo do texto normativo, a exemplo de “direitos humanos” (artigo 4º, inciso III); “direitos e garantias fundamentais” (epígrafe do Título II e no artigo 5º, §1º); “direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e “direitos e garantias individuais” (artigo 60, §4º, inciso IV). Contudo, é com “direitos humanos” que mais freqüentemente estudiosos identificam os “direitos fundamentais”, merecendo ser feita imediatamente uma distinção. “Direitos

interno, de forma direta e, de forma associada, mediante a aplicação dos direitos fundamentais e direitos de personalidade. Dadas essas múltiplas aplicações, necessária se faz a delimitação da natureza jurídica destas duas classes de direitos.

Segundo José Afonso da Silva (1999, p. 182), são direitos fundamentais “[as] situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.” Gonçalves (2004, p. 371) assevera que a “expressão ‘direitos fundamentais’ tem sido utilizada, nas últimas décadas, pela doutrina e pelos textos constitucionais, para designar o direito das pessoas, em face do Estado, que constituem objeto da Constituição”. Canotilho (7^a ed., p. 393), por sua vez, entende que

[...] direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Já através dos direitos de personalidade, de acordo com Roxana Borges (2005, p. 21):

[...] protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana, considerada em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade.

Na mesma linha, Szaniawsky (2005, p. 71) entende que:

humanos” se refere aos direitos fundamentais dos seres humanos positivados na esfera internacional, a exemplo dos previstos na Convenção de 1948 e demais instrumentos jurídicos. Apesar de semelhante, “direitos do homem” já se torna melhor aplicado numa perspectiva a direitos fundamentais que não se encontram positivados em qualquer texto normativo, aproximando-se, portanto, dos direitos naturais. Finalmente, “direitos fundamentais” são aqueles que se encontram protegidos e reconhecidos pelo texto constitucional de cada Estado. (SARLET, op. cit., p. 34).

A personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender seus demais bens. Tradicionalmente, os bens do homem vem sendo protegidos tanto pelos efeitos reflexos do direito objetivo, como pelo direito subjetivo, sendo suas naturezas diversas. Os bens, que aqui nos interessam, são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo são denominados de direitos da personalidade.¹⁰

Sobre o relacionamento entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, Canotilho (7^a ed., p.396) explica que muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade e muitos direitos de personalidade são direitos fundamentais, não havendo relação de inclusão ou exclusão entre eles, muito menos de identificação completa. Diz ainda que os direitos de personalidade abarcam os direitos de estado (como a cidadania), direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, à privacidade) e direito de liberdade de expressão. Apesar de estabelecer tal distinção, assevera que (CANOTILHO, 7^a ed., p.396):

[...] hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.

Perlingieri (2002, p. 155) oferece duras críticas aos direitos da personalidade, por entender que não é possível delimitar a vida humana através de um elenco pré-determinado de direitos. Assim, diz que:

Afirmada a natureza necessariamente aberta da normativa, é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potesta*), ora como interesse legítimo, ora como

10. Sobre a controvérsia acerca dos direitos de personalidade serem ou não considerados direitos subjetivos, conferir Szaniawsky (2005, p. 72-87)

direito subjetivo, faculdades, poderes. Devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. [...] A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”. Na categoria do “ser” não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto da tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas. (2002, p. 155)

Assim, como assevera Szaniawsky (2005, p.144), o ordenamento jurídico brasileiro reconhece uma cláusula geral de proteção da personalidade humana, que é a aplicação da dignidade da pessoa humana. Contudo, este entendimento variou ao longo da história, merecendo destaque uma breve exposição de seu processo evolutivo.

8. EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO DA CLÁUSULA DE PROTEÇÃO GERAL DA PERSONALIDADE HUMANA AO LONGO DA HISTÓRIA DO DIREITO

Conforme assevera, Szaniawsky (2005 p. 24 e ss.) na Grécia antiga, existiam diversos ordenamentos jurídicos, possuindo, cada cidade-estado, seus estatutos próprios, sendo reconhecidas, em muitos destes ordenamentos jurídicos, o direito da personalidade. Por volta dos séculos IV e III a.C., floresceu a idéia de um direito geral de personalidade, baseado em três pressupostos: o repúdio a injustiça, a vedação de atos de excesso de uma pessoa contra a outra e, por fim, a proibição da prática de insolência de uma pessoa contra a outra. Vale dizer que, nesta época, a tutela da personalidade humana possuía natureza exclusivamente penal.

Em Roma, os direitos da personalidade conferidos à pessoa eram determinados pelo seu *status*. Dessa maneira, tinha direitos plenos aquele que tivesse o *status civitatis*, a cidadania romana.

Ainda assim, mesmo os cidadãos nem sempre gozavam de todo o rol de direito, pois apenas o *paterfamilias*, na condição de chefe, administrador e sacerdote da família, possuía capacidade jurídica plena, denominada *sui iuris*. Os demais membros, que tinham capacidade jurídica reduzida, possuíam *aliena iuris*, submetidos, a depender de sua condição, a certos tipos de poderes do *sui iuris*, como a *manus* (sobre a mulher), *mancipium* (sobre os filhos) e *domenica potestas* (escravos). De acordo com Szaniawsky (2005, p. 31), existe um entendimento de que, em Roma, não existiam direitos da personalidade, sendo sua proteção invocada apenas por meio de manifestações isoladas. A *actio iniuriarum*, utilizada quando a pessoa fosse ofendida em sua honra por injúria, era o instituto que mais se aproximava de uma cláusula geral de proteção da personalidade, apesar de nenhuma proteção ser tão intensa quanto as dispostas nos ordenamentos do mundo contemporâneo. (SZANIAWSKY, 2005, p. 32).

Caenegem (2000, p. 23) afirma que, quando o Império Romano caiu, três novas civilizações surgiram: o império bizantino greco-cristão (no qual algo do antigo Império Romano sobrevivera); o mundo árabe-islâmico; e o ocidente latino-cristão. No Estado Romano, por volta do século V declinou e a Europa fora dividida em diversos reinos tribais e germânicos. Nesse contexto, o direito bárbaro recepcionou algumas categorias do direito romano, adaptadas ao seu sistema jurídico eminentemente costumeiro. Com o surgimento da Escola do Glosadores de Bolonha, no século XI, renasce o direito justinianeu, que não possuía qualquer alteração significativa na proteção dos direitos da personalidade, mantendo-se a proteção nos moldes da *actio iniuriarum* romana. Como já assinalado¹¹, o conceito de dignidade da pessoa humana começou a ser desenvolvido a partir do pensamento de Santo Tomás de Aquino, que influenciou a política medieval com o princípio da dignidade da pessoa humana. (SZANIAWSKY, 2005, p. 35-36). No contexto do Renascimento, formula-se o *direito geral de personalidade*, com base no pensamento tomasiano e impulsionado pelo humanismo da Escola do Direito Natural. Segundo Szaniawsky (2005, p. 38-39):

Da evolução da *hybris*, das *aixias* e da *actio iniuriarum*, que serviam para proteger, na Grécia e em Roma, as vítimas de

11. Vide seção n.º 2.1.

violações da personalidade humana, tais como a honra, a reputação, a liberdade e a integridade física, surgiu, paulatinamente nos séculos que se seguiram a esse longo período, [...] a manifestação de diversos direitos inerentes à pessoa humana. [...] Deve-se, porém, à doutrina do direito natural, desenvolvida a partir dos séculos XVII e XVIII, a qual, dentre outras grandes contribuições, desenvolveu a idéia da tutela dos direitos individuais e a noção de *dignidade da pessoa humana*, a elaboração da moderna doutrina do *direito geral de personalidade*, em meados do século XX.

Contudo, é importante afirmar que a proteção jurídica da pessoa humana, de forma ampla, só vai encontrar suas origens mais diretas a partir do liberalismo, no fim do século XVII, influenciando a Independência Norte-americana e a Revolução Francesa (SZANIAWSKY, 2005, p. 39-43). No século XIX, mediante a implantação dos ideais burgueses, resumidos nos postulados da liberdade, igualdade (formal) de todos os homens, propriedade privada, razão e cientificismo, influenciaram a criação de duas escolas do direito em que, em ambas, o direito *geral* da personalidade será fracionado: a Escola Histórica do Direito e o Positivismo Jurídico. Na primeira, entendia-se que a inexistência de um direito geral de personalidade, tomando por base os moldes da *actio iniuriarum* romana, só seria decorrente de reflexos do direito objetivo, pois a criação de uma cláusula aberta geraria para o indivíduo uma liberdade exagerada, de modo a até se utilizar da própria disposição da vida, mediante o suicídio. Por outro lado, o Positivismo Jurídico objetivou retirar da jurisprudência noções metafísicas e juízos de valor, sendo o Estado a fonte única do direito positivo. Neste raciocínio, havia uma incompatibilidade para o reconhecimento de um *direito geral de personalidade*, extramente valorativo, portanto, optando-se pela tipificação de tais direitos.¹²

12. Szaniawsky (2005, pp. 88-89) apresenta algumas classificações dos direitos da personalidade, tomando por base o pensamento de juristas referenciais. Para Adriano De Cupis, o elenco de direitos da personalidade seria dividido em: I - direito à vida e à integridade física; II - direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver; III - direito à liberdade; IV - direito ao resguardo, abrangendo o direito à honra e ao segredo; V - direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título, ao sinal pessoal); VI - direito moral do autor. Gangi já apresenta uma lista mais extensa, envolvendo, além daqueles já citados, o direito ao trabalho, ao domicílio, ao estado civil, ao patrimônio, à profissão, dentre outros. BORGES (2005, p. 30) evoca a lista de Orlando Gomes, que abrange: I - direito à integridade

O direito geral de proteção à personalidade do homem teve o seu retorno a partir da promulgação do Código Civil da Confederação Helvética, em 10 de dezembro de 1907, que assegurou “àqueles que sofrerem um ato ilícito sobre seus direitos de personalidade podem demandar que o juízo o faça cessar”¹³. A partir desse fato e do processo de repersonalização do direito civil ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, as manifestações da personalidade apenas poderiam alcançar uma proteção efetiva por meio de uma cláusula constitucional pétrea, influenciando o posicionamento jurídico acerca do tema de todo o mundo.

O Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, adotou tal posicionamento, asseverando Mônica Aguiar (CASTRO, 2002, pp. 63-65) que:

Até a Constituição Federal promulgada em 05.10.1988, os direitos da personalidade de que se cuida não estavam constitucionalizados, restritos, pois, ao âmbito do direito privado, na esfera do direito civil. Havia, é verdade, a tutela da honra, mas apenas no campo do direito criminal, pelo Código Penal e Lei de Imprensa. [...] Assim, ao incluir expressamente no Título referente aos direitos e garantias fundamentais a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X), a Constituição Federal pátria fixou um marco que não pode ser deixado de lado no exame da questão, tornando, inapelavelmente, esses direitos de personalidade, direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira de 1988 arrola diversos direitos de personalidade, tipificados no artigo 5º, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (*caput*); integridade psicofísica (inciso III); direito de resposta e à imagem (inciso V); livre manifestação do pensamento (inciso IV); direito à intimidade, à vida privada, à honra e ao direito à própria imagem (inciso X). O Código Civil, por sua vez, não estabelece uma lista de direitos de personalidade, apenas regulando algumas situações, como o direito ao

física, que envolve o direito à vida e ao próprio corpo (partes ou inteiro); II – direitos à integridade moral, incluindo o direito à honra, à liberdade, à intimidade, ao recato, à imagem, ao nome e o direito moral do autor.

13. Tradução livre a partir do original: “celui qui subit une atteinte illicite dans ces intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser”. (SZANIAWSKY, 2005, p. 47).

próprio corpo (artigo 13), ao nome (artigo 16) e a proteção à vida privada e à intimidade (artigo 21).

Dessa forma, os atributos da personalidade humana são complexos, não se podendo vislumbrar que sua tutela ocorra de forma simplista, mediante aplicação de uma lista de direitos de personalidade estanque e única (SZANIAWSKY, 2005, p. 114). Assim, pode-se afirmar que o direito brasileiro, em decorrência da promulgação da Constituição de 1988, passou a adotar uma “cláusula geral” de proteção da dignidade humana. Como diz Szaniawsky (2005, p. 144):

Nossa Constituição, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Esta afirmação decorre do fato de que o princípio da dignidade, sendo um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez que ser a pessoa natural o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica.

Portanto, a dignidade humana, inserida no texto constitucional, é a verdadeira cláusula geral de proteção à pessoa, sendo os direitos de personalidade decorrentes desta. Entretanto, como já assinalado, não é fácil definir quais dispositivos do artigo 5º são, também direitos de personalidade e, por consequência, aplicáveis entre os particulares.

9. CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

Construídos com o propósito de proteger os particulares dos arbítrios do Estado, os direitos fundamentais têm ocupado uma nova função no pensamento jurídico pós-positivista, que é a de servir de conjunto de regras e princípios a serem adotados também nas relações privadas¹⁴.

14. Alexy, ao tratar do tema, esclarece que os direitos fundamentais se limitam à relação entre Estado e cidadão. Entretanto, admite que tal resposta é incompleta, porque os direitos do indivíduo frente ao legislador importam, dentre outros, direitos

De acordo com Daniel Sarmiento (2003, p. 260), é controversa a questão de serem aplicáveis os direitos fundamentais entre particulares, havendo correntes que negam completamente essa aplicação, outras que a aceitam irrestritamente, além de uma série de teorias ecléticas sobre o assunto. Apesar disso, é impossível não reconhecer que a Constituição de 1988 tem uma moldura intervencionista e social, uma vez que possui, apenas a título de exemplo, generoso elenco de direitos sociais e econômicos, presentes nos seus artigos 6º e 7º. Complementando, o Estado brasileiro tem como um de seus objetivos, revelado no art. 3º, I: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, complementado pelo inciso IV do mesmo artigo, que demonstra a pretensão nacional de se extinguir preconceitos de qualquer natureza.

Jane Pereira (2003, p. 132) explica que a noção de direito subjetivo público, surgida a partir do século XIX, tornou-se o modelo teórico explicativo da estrutura jurídica dos direitos fundamentais no Estado Liberal de Direito, lastreada numa estrita separação entre direito público e direito privado. Porém, apenas após a Segunda Guerra Mundial, com o retorno da discussão sobre os direitos do homem, os planos nacionais passaram a catálogos extensos de direitos fundamentais, inseridos nas cartas políticas promulgadas a partir de então, somada à proteção internacional dos direitos humanos descrita na Declaração Universal de 1948. Como natural consequência do processo, a dicotomia público-privado tem se tornado progressivamente mais estreita. Nas palavras de Estrada (p. 88 *apud* Pereira, J., 2003. p. 143):

O problema da *drittwirkung* [eficácia contra terceiros] pode ser esboçado nos seguintes termos: trata-se de saber se as normas constitucionais que consagram direitos e liberdades são aplicáveis nas relações privadas de um modo tal que atuem sobre posições jurídicas da mesma natureza, e ao responder-se afirmativamente esta pergunta, de que maneira e com que extensão.

de proteção frente aos demais cidadãos, merecendo os direitos fundamentais também possuírem influência nas relações entre cidadão e cidadão, ainda mais, quando os direitos se encontram frente à justiça civil (1997, p. 506 e 507).

Uma vez que é cediço, atualmente, que os direitos fundamentais se aplicam às relações privadas, pois, como assinala Sarmiento, a Constituição Brasileira “é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais às relações privadas”. (SARMENTO, 2005, p. 279.), convém analisar de que maneira esse processo ocorre.

A primeira teoria defende que os direitos fundamentais não podem ser aplicados diretamente às relações privadas, sendo isto possível apenas quando a lei infraconstitucional assim o estabelecer. E, assim, cabe ao legislador a tarefa de determinar o alcance dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

Hesse (1995, p. 66) afirma que um reconhecimento de que os direitos fundamentais se aplicassem imediatamente às relações privadas retiraria do direito privado a sua identidade. Em suas palavras:

[...] ao legislador de Direito Privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, no imediatamente vinculante para os participantes em uma relação jurídico-privada. A ele compete fundamentalmente cuidar das múltiplas modificações a que obriga a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado. (HESSE, 1995, p. 63-64).

A autonomia privada é, para Hesse, parte das condições fundamentais da ordem constitucional; e o homem, como pessoa livre, autodeterminada e responsável, somente poderá existir num Estado em que o ordenamento jurídico abra a possibilidade para autonomia do pensamento e da ação. Dessa maneira, se a lei cumpre sua clássica tarefa de delimitar a liberdade de um frente à liberdade do outro, o faz mediante as modificações necessárias, respeitadas as diferenças que existem numa relação entre particular-Estado e particular-particular.

As normas constitucionais deverão ser aplicadas como razões primárias e justificadoras, mas não necessariamente como únicas. São cláusulas gerais que efetivam o sistema de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que o direito privado, em muitas vezes, apresenta soluções genéricas e fragmentadas.

Tentando evitar a ocorrência de estrangeirismos doutrinários, Sarmiento (2005, p. 281) explica a razão da teoria alemã não poder ser aplicada no Brasil:

[...] Ademais, existe um dado fático relevantíssimo, que não pode ser menosprezado: a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos, ou de qualquer outro país do Primeiro Mundo. Segundo estatísticas oficiais, que muitos consideram excessivamente otimistas, o Brasil tem 54 milhões de habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza e 15 milhões abaixo da linha da miséria. Tragicamente, somos campeões no quesito da desigualdade social. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Somos o país do “elevador de serviço” para pobres e pretos; do “sabe com quem está falando?”; dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito da “casa-grande e senzala”.

Buscando conciliar as duas correntes, Jane Pereira (2003, p. 188-189), propõe um modelo para aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas envolvendo as seguintes hipóteses:

- 1) Se a ação violadora do direito puder ser indiretamente imputada ao Estado (*E.g.*, empresas concessionárias de serviços públicos), poderão ser os direitos fundamentais aplicados às relações privadas, de forma direta.
- 2) Se uma organização privada, embora não ligada institucional ou contratualmente ao Estado, tiver um grande poder de organização, igualmente irão ser-lhes aplicáveis, diretamente, os direitos fundamentais, *e.g.*, as relações de empresas para com o grande público, no atendimento a clientes, bem como as relações no trabalho, na escola e em outras instituições;
- 3) Porém, se uma relação entre particulares for caracterizada como intensivamente privada, tal aplicação não pode ocorrer. Sobre esta hipótese, vale o seguinte exemplo:

Não há como cogitar que os pais sejam obrigados a dar a seus filhos presentes de Natal semelhantes – ou que lhes devam oferecer mesadas idênticas, ou mesmo castigar-lhes de forma equivalente – em obediência ao comando da igualdade. Mas

uma resposta diferente deveria ser dada à seguinte questão hipotética: poderia uma escola privada estabelecer que os meninos tenham prioridade sobre as meninas no preenchimento das vagas nos cursos de verão? Nesse último caso, é intuitivo que o preceito isonômico poderia servir de razão contraposta à liberdade da escola de gerenciar seus cursos. E isso não decorre apenas de tratar-se de uma relação de poder privado, já que no primeiro exemplo este aspecto também está presente. É a inserção social da Escola – e conseqüentemente – sua aproximação da esfera pública, que determina a possibilidade de exigir desta respeito ao princípio da não-discriminação. (op. cit. p. 189).

Assim, reconhece-se a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, pois os direitos fundamentais, enquanto princípios, expressam valores aplicáveis a todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, torna-se inaceitável a desvinculação dos particulares às normas da Constituição. No que concerne à aplicação da igualdade no seio familiar, convém ser mais útil a proteção através das manifestações da personalidade, a serem analisadas no capítulo quatro, à luz dos casos concretos.

10. O DIREITO DE IGUALDADE E SUA APLICAÇÃO

O direito à de igualdade é tratado, nos casos concretos, mediante a utilização dos critérios formal e material do seu reconhecimento.

Em linhas gerais, a igualdade formal ou igualdade perante a lei refere-se à aplicação irrestrita do direito, em que as características pessoais dos destinatários das normas jurídicas não são levadas em consideração para um abrandamento normativo. Por outro turno, a igualdade material ou igualdade na lei exige que o aplicador avalie as condições pessoais dos sujeitos de direito envolvidos na relação jurídica, pois poderão necessitar de ajustes vindos do aplicador, através da utilização da isonomia.

O projeto burguês triunfante a partir da revolução francesa de 1789 traduziu-se numa concepção formal de Estado, no qual ficou estabelecido um padrão jurídico geral de igualdade, que, na prática, apenas poderia ser exercitada por aqueles que dispunham do poder aquisitivo que apenas os burgueses tinham. O povo, assim, restaria

excluído do processo, pois essa estratégia fora adotada com o fim de evitar reivindicações dos parceiros de revolução, que exigiriam dos burgueses o retorno pela parceria na derrocada do regime absolutista até então vigente. De acordo com Mônica Aguiar (CASTRO, 2002, pp. 82-83):

A nota comum no rol de direitos fundamentais próprios do pensamento liberal-burguês é a do indivíduo como titular, liberdade individual como objeto protegido, proteção puramente jurídica e Estado como sujeito passivo, do qual se espera que interfira o menos possível no gozo desses direitos por parte dos cidadãos. [...] Os direitos fundamentais, para o pensamento liberal-burguês são a concreção jurídica da liberdade, a qual carece de dimensão instrumental, sendo um fim em si mesma. Por outro lado, dado o caráter defensivo e delimitado dos direitos fundamentais, ao Estado não corresponde nenhuma obrigação de garantia para realização efetiva da liberdade em que consiste o direito fundamental. Tal realização se deixa ao arbítrio do indivíduo.

A única possibilidade que teria o povo conseguir acesso aos direitos concedidos aos burgueses, seria mediante a construção de um procedimento de desequiparação jurídica, impossível para o conceito da época, uma vez que se proibiu expressamente a concessão de quaisquer privilégios a qualquer cidadão francês. Marcado por uma submissão ao princípio da legalidade, esse Estado garantia a liberdade dos valores burgueses e, assim, atuava como legitimador da atividade estatal para os burgueses. A isto, Mônica Aguiar (CASTRO, 2002, p. 86) denomina “paradigma do Estado Social do Direito”, explicando que:

A teoria dos direitos fundamentais do Estado Social de Direito tem seu ponto de partida na liberal burguesia, mas não concebe o homem como sujeito isolado (indivíduo-livre) senão como membro ativo de uma *sociedade plural* na qual todos são igualmente livres. [...] Não basta, entretanto, a liberdade formal. Busca-se assegurar a todos o *gozo efetivo da liberdade em condições de igualdade*.

Assim, em razão de se viver, atualmente, num Estado Social do Direito, a interpretação do direito de igualdade deve ser aplicada no seu sentido máximo de reconhecimento a todos à igual dignidade, único caminho possível para que os diversos grupos sociais de

uma sociedade democrática possam exercer suas liberdades, porque constituídos, tal qual o sujeito de direito burguês-liberal de dignidade humana.

11. MÉTODOS DISTINTOS PARA APLICAÇÃO DA IGUAL DIGNIDADE: MATERIAL E FORMAL

A igualdade formal ou igualdade perante a lei, refere-se a uma igual aplicação do direito vigente a todos os sujeitos submetidos a uma determinada ordem jurídica, irrestritamente às suas características e situações pessoais. Por seu turno, a igualdade na lei ou igualdade material reconhece que existem sujeitos de direito que estão submetidos a situações pessoais desvantajosamente diferentes e que, por isso, merecem um desnivelamento normativo ou administrativo para que tenham acesso a bens de vida que, face às suas particularidades, não conseguem obter.

Mello (2005, p. 23-24)¹⁵ afirma que, para uma aplicação sensata do direito à igualdade material, é preciso que:

- 1) a desequiparação não atinja de modo absoluto um só indivíduo;

15. Assim explica: “Sabe-se que entre as pessoas há diferenças óbvias, perceptíveis a olhos vistos, as quais, todavia, não poderiam ser, em qualquer casos, erigidas, validamente, em critérios distintivos justificadores de tratamentos jurídicos díspares. Assim, *exempli gratia*, são nitidamente diferenciáveis os homens altos dos homens de baixa estatura. Poderia a lei estabelecer – em função desta desigualdade evidente – que os indivíduos altos têm direito a realizar contratos de compra e venda, sendo defeso o uso deste instituto jurídico às pessoas de amesquinhado tamanho? [...] Aqui ainda a resposta correta, ao parecer, deverá ser negativa. Para demonstrá-lo, é suficiente construir outro exemplo. Suponha-se que a lei que estabeleça: só poderão fazer parte de ‘guarda de honra’, nas cerimônias militares oficiais, os soldados de estatura igual ou superior a um metro e oitenta centímetros. Haveria, porventura, algum vício de direito nesta hipotética norma? Ofenderia o princípio da igualdade? Parece claro a todas as luzes a improcedência de algum embargo que se lhe opusesse em nome da isonomia. Segue-se que a estatura não é, só por só, fator insuscetível de ser erigido em critério diferencial de pessoas. Por que, então, na primeira hipótese se contestou-lhe juridicidade, admitindo-se na segunda? Dês que se atine com a razão pela qual em um caso o *discrímen* é ilegítimo e em outro legítimo, ter-se-ão franqueadas as portas que interditam a compreensão clara do conteúdo da isonomia”. (MELLO, 2005, p. 11-12)

- 2) as situações ou pessoas desequiparadas pela regra sejam efetivamente distintas entre si, possuindo critérios, nela residentes, diferenciados;
- 3) exista, no plano abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais e a distinção de regime jurídico em função deles;
- 4) em concreto, o vínculo de correlação seja pertinente com os interesses constitucionalmente protegidos, para a satisfação dos interesses públicos.

Por fim, conclui que não é qualquer diferença que possuirá suficiência para discriminações legais, mas apenas aquelas que se enquadrem nos valores do sistema constitucionalmente vigente.

O ponto-chave reside, portanto, em se saber o que seria, afinal, a dita razão suficiente que autorizaria uma aplicação diferenciada do direito de igualdade. O fundamental, para sua aplicação, é avaliar se a característica ensejadora do tratamento desigual possui justificação racional; do contrário, o princípio da igualdade ordena um tratamento formalmente igual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como assevera Sarlet (2006, p. 72), a dignidade da pessoa humana, ocupando o papel de princípio constitucional, “constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional)”. Com isso, esse princípio desloca para a pessoa o fundamento e o fim da sociedade e do Estado. Na prática, observa-se uma postura cada vez maior dos Tribunais pátrios de se utilizarem do princípio da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico para solução dos litígios, o que leva a uma interpretação das normas infraconstitucionais à luz desse valor (Sarlet, 2006, p. 83-84).

Nessa linha, o Estado Democrático de Direito reconhece como uma das decorrências da dignidade humana a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo banidas quaisquer formas de

preconceitos ou discriminação¹⁶. Resta claro que, além do dever de respeito e proteção do Estado na promoção de condições de vida do povo com dignidade, existe o mandamento de se assegurar o compromisso dos particulares com o respeito à dignidade da pessoa humana. Como a dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio fundamental, pressupõe o reconhecimento e proteção de todos os direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 87), os particulares vinculados em suas relações jurídico-privadas aos direitos fundamentais, vinculados também estarão, conseqüentemente à dignidade da pessoa humana.

O dever de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, por conseqüência, pressupõe e exige um dever das pessoas mais que para com seus semelhantes, para consigo mesmas. E isto tem como conseqüência que mesmo por vontade própria, os particulares não possam restringir de qualquer forma seus direitos fundamentais.

Sob esse entendimento, a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares torna-se totalmente viável e, inclusive, mais prudente, uma vez que somente com a análise do caso concreto e mediante a ponderação dos bens e direitos em causa, poder-se-á efetivamente proteger a dignidade da pessoa humana e, dessa forma, tornar a expressão da vontade individual uma prática da cidadania.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. (2005). *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2005.

16. A redação do artigo 3º da Constituição Federal do Brasil diz que: "Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma *sociedade livre, justa e solidária*; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*." (grifos nossos). Essas noções serão retomadas no capítulo II.

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-48.
- BONAVIDES, Paulo (2004). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros 2004.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. (2004). *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição [e] direito constitucional positivo*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004. 782 p.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*. São Paulo: Madras, 2005.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. São Paulo: Forense, 1995, 2 v.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2003 (tradução Jefferson Luiz Camargo), 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo, Atlas, 2003.
- GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- HESSE, Konrad. (1995). *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Tradução: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo. Ed. Vozes, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo, ed. Atlas, 2006.
- MORAIS, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 1, jan./mar. 2000, p. 89.
- _____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ONU (1948). Declaração Universal dos Direitos do Homem dos Direitos Humanos. In: PIOVEZAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. São Paulo, Ed. LTr, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Forense, 2004.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.119-192.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria Advogado Editora, 2006.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A*

- nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 193-285.
- _____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo, Saraiva, 2015.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo, 2005, Revista dos Tribunais.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2003.
- VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2004.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001.

Tutela de direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos: Contributos da Lei 13.460/2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos)

*Fábio Santos**

INTRODUÇÃO

A Administração Pública possui um conjunto de órgãos e entes, que exercem uma série de atos administrativos, celebram contratos e prestam serviços públicos, vinculados ou discricionários, os quais visam a satisfação das necessidades públicas em face do privado. Ela se apresenta de duas formas, direta e indiretamente, por meio de órgãos e entidades que representam a vontade do Estado-Administrador, buscando resguardar a segurança da constituição e a ordem pública.

A pessoa Estatal é regida pelos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Ademais o Estado é dotado de poderes administrativos que visam zelar pelo melhor para com os seus administrados. Assim, registra-se como seu símbolo inicial, a Revolução Francesa, que trouxe ideais sociais e liberais, aboliu com os ideais absolutistas até então presentes no

(*) Professor de Direito Constitucional e Administrativo Municipal da Faculdade de Tecnologia e Ciências – FTC, campus Itabuna (Graduação e Pós-Graduação). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Especialista em Direito Público e em Docência do Ensino Superior. Mestre e Doutorando em Desenvolvimento Regional e Urbano pela Universidade Salvador – UNIFACS.

ordenamento. Desenvolvendo-se as características do Estado Democrático de Direito, o qual, a lei emana do povo.

Mediante disposição constitucional, pode-se observar que o Poder Público possui a titularidade dos serviços públicos, dispondo que tais serviços podem ser prestados de forma direta ou indireta. A ação do estado pode se dar, neste caso, pelos serviços públicos e os contratos administrativos. Os serviços públicos podem estar relacionados à prestação direta, e a prestação indireta dos serviços, referindo-se a delegação destes serviços por meio de contratos de concessão ou permissão.

No contexto da tutela de garantias de direitos dos usuários de serviços públicos é que se sustenta o presente ensaio, buscando responder como principal questão norteadora em que medida se configura no ordenamento jurídico pátrio os direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos, principalmente, a partir da Lei 13.460/ 2017, reconhecida como o Código de defesa do usuário de serviços públicos.

Assim, busca-se identificar a tutela de direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos, além das contribuições da Lei 13.460/ 2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos). Nesta linha, dando prosseguimento ao presente trabalho, são apresentadas breves considerações sobre serviço público e a administração pública; bem como delineamentos pertinentes acerca dos contratos administrativos. Para, posteriormente, tecer considerações sobre o usuário de serviços públicos e de contratos administrativos como consumidor, principalmente a partir dos contributos da nova lei, que mesmo ainda não em vigência, já apresenta novos paradigmas para o conhecimento jurídico.

O tema em tela é de extrema relevância tanto no âmbito jurídico, quanto no acadêmico e social, visto que tem tido grande impacto nos tempos atuais, as discussões acerca da justiça, democracia, cidadania, participação social e serviços públicos.

O método utilizado foi uma revisão de literatura de vários posicionamentos doutrinários, acompanhado de pesquisa bibliográfica, com diversos trabalhos na área da pesquisa, tanto numa relação direta, como indireta, por meio de uma análise qualitativa. Do mesmo modo, a pesquisa foi desenvolvida através da análise de leis do

ordenamento jurídico brasileiro, em especial Lei 13.460/ 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SERVIÇO PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cumpre, inicialmente, tecer reflexões sobre o conceito de serviço público e as noções da administração pública brasileira para uma melhor compreensão sobre os contratos administrativos, bem como identificar as orientações para a defesa do usuário de serviços públicos.

Dentre os desafios da contemporaneidade, os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da Ciência do Direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e se modificam com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos princípios e de formar de se produzir o direito. (SOARES, 2017).

Nesse contexto da teoria do pensamento jurídico pós-positivismo, comenta o Professor Ricardo Maurício Freire Soares (2017) em sua obra "Elementos de Teoria Geral do Direito":

É considerado plural porque se manifesta na implosão dos sistemas normativos genéricos e o consequente surgimento dos microssistemas jurídicos, como o direito do consumidor. Tal fenômeno de descodificação, verificável especialmente no direito privado tradicional, abre espaço para que uma multiplicidade de fontes legislativas regule os mesmos comportamentos sociais. (SOARES, 2017, p. 193)

Assim, pode-se inferir, na atualidade, a importância da tutela de direitos do usuário de serviços públicos e de contratos administrativos, principalmente com o advento da Lei 13.460/ 2017, que representa um Código de defesa do usuário de serviços públicos.

De acordo com a literatura de Hely Lopes Meirelles (1993), "*serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus*

delegados, sob normas de controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado". Nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira de 1988 – CF/88, em seu art. 175, estatui o seguinte regramento:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, **diretamente** ou sob regime de **concessão ou permissão**, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos**.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

(BRASIL, 1988)

Assim, pode-se observar que o Poder Público possui a titularidade dos serviços públicos, dispondo que tais serviços podem ser prestados de forma direta ou indireta. A ação do estado pode se dar, pelos serviços públicos e os contratos administrativos. Os serviços públicos podem estar relacionados a prestação direta, e a prestação indireta dos serviços, referido-se a delegação destes serviços por meio de contratos de concessão ou permissão.

Para a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), buscando um conceito mais restrito, ou até mesmo, menos abrangente que Meirelles (1993), define serviço público como *“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime total ou parcialmente público”*.

Além da conceituação de serviço público, é preciso compreender a Administração Pública, que se define por o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas.

Nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles (1993), podemos conceituar Administração Pública como *“todo o aparelhamento*

do Estado, preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreu uma profunda modificação axiológica no direito pátrio brasileiro. Uma vez que os direitos fundamentais, assim como os da democracia, ganharam maior visibilidade, tornando-se elementos estruturantes do Estado, ao passo que houve maior interesse público, buscando garantias aos direitos fundamentais de seus administrados. De tal modo que as novas legitimidades trazidas pela Lei Maior, fomentaram uma releitura da Administração Pública até então existente. Assim, pode-se dizer que a Administração Pública é a parte do Estado que cuida dos interesses públicos e da satisfação concreta e imediata das necessidades básicas da coletividade. (CUNHA JÚNIOR, 2015)

José Afonso da Silva (2014) afirma que a Administração Pública encontra suas bases definidas e desenvolvidas, nos arts. 37 a 43, da CRFB, onde, segundo ele, localizam-se dispostos os seus princípios reguladores, bem como o regime dos representantes administrativo civil e militar.

Por meio de seu art. 37, a Constituição apresenta a Administração Pública em dois sentidos: o primeiro, como um conjunto orgânico integrante da Administração direta e indireta formada por um conjunto de entidades jurídicas, órgãos públicos e agentes públicos, compondo assim a estrutura da administração dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios. O segundo sentido, é o funcional, submetido aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e da eficiência. Ou seja, é todo o conjunto de funções e atividades públicas, que possuem característica pura de função administrativa, que visa realizar concreta, direta e imediatamente os fins constitucionais atribuídos ao Estado.

A Administração Pública direta corresponde as atividades administrativas executadas diretamente pela pessoa estatal, ou seja, é o Estado diretamente realizando a atividade administrativo, por meio de seus órgãos públicos. Esses órgãos públicos encontram-se diretamente subordinados ao Poder Executivo de uma das esferas governamentais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

A Administração direta da União se manifesta pelos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e

dos Ministérios. Fazendo um paralelo à norma supracitada, a doutrina considera que a Administração direta dos Estados abrange os serviços integrados na estrutura administrativa do Governo Estadual e das Secretarias; respectivamente, ao que se falar de Administração direta dos Municípios, temos os serviços integrados a estrutura administrativa da Prefeitura Municipal e das Secretarias correspondentes.

De outro lado, a Administração Pública indireta é composta por entidades criadas e dotadas de personalidade jurídica, legalmente outorgada para exercer determinada atividade administrativa. Nas palavras de Cunha Júnior, pessoas jurídicas, algumas de direito público, outras de direito privados com personalidade jurídica própria para exercerem parcela da competência administrativa do ente político que a criou e com a qual não se confunde. (CUNHA JÚNIOR, 2015)

Em outras palavras, a Administração indireta é a prestação de serviço ou exploração de atividades econômicas, vinculada aos Poderes Executivos, realizada por *longa manus* do Estado, por ele criado e por ele autorizado. As entidades estatais, que integram a Administração Pública indireta são: as Autarquias, as Fundações, as Empresas públicas, e as Sociedades de economia mista. (CUNHA JÚNIOR, 2015)

Importantes contribuições para a compreensão entre Administração Pública, Direito e Poder, são os ensinamentos de Alf Rossi (2003) em sua obra “Direito e Justiça”. Segundo ele, o direito e o poder não são visto como opostos. Considerando o poder social como a possibilidade de dirigir as ações de outros seres humanos, o direito é visto como instrumento de poder, sendo uma relação de poder aquela entre os que decidem o que será direito e os que estão submetidos a esse direito. O poder, então, é algo que funciona por meio do direito. (ROSSI, 2003)

Busca-se um serviço público que efetivamente garanta os interesses públicos numa política jurídica democrática e acessível. Reconhecendo, o poder político como o poder exercido mediante a técnica do direito ou mediante o aparato do Estado, que é um aparato para o exercício da força. Mas a função deste aparato está condicionada por fatores ideológicos, a consciência jurídica formal. Deste modo, todo poder político é competência jurídica. (ROSSI, 2003)

Assim, torna-se imperioso descrever os delineamentos acerca dos contratos administrativos, com vistas a um pleno serviço público diante de um aparato estatal e num panorama de uma política jurídica que aplica o conhecimento sociológico-jurídico capaz de influenciar normas e condutas.

2. DELINEAMENTOS PERTINENTES ACERCA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O negócio jurídico é proveniente de manifestações volitivas com o escopo de gerar efeitos jurídicos. Nessa perspectiva, os contratos surgem como uma de suas espécies, vindo a regulamentar os interesses das partes envolvidas, as vontades são contrapostas surgindo uma verdadeira norma jurídica individual, a qual resultará na criação, extinção ou mesmo modificação de direitos e obrigações previamente ali dispostos.

Notadamente, o que embasa os contratos é a vontade, elemento subjetivo necessário para realizar a avença, tendo por pressupostos a capacidade jurídica dos contraentes, bem como a licitude, possibilidade e determinação do objeto, observando-se a forma prescrita e não defesa em lei.

No Direito administrativo, os contratos têm como peculiaridade inicial, o fato de que uma das partes deve necessariamente atuar no exercício da função administrativa. A doutrina convencionou chamar de Contratos da Administração (sentido amplo), todo aquele em que a Administração Pública figurar num dos pólos, tornando-se assim um gênero, do qual são espécies os contratos privados da administração e os contratos administrativos.

Ressalte-se que embora este seja o posicionamento atualmente dominante, há outras duas correntes que advogam entendimentos diversos conforme observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 263-265). A primeira, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, aduz que não é correto falar-se em contratos administrativos, pois não se faz presente a autonomia da vontade, ante a estrita observância à legalidade. Ademais, o princípio da força obrigatória dos contratos também não se verifica, diante da possibilidade de alteração unilateral por uma das partes e, ainda, resta inobservada a isonomia que deve existir entre aqueles realizaram o pacto.

Portanto, o que se tem são atos unilaterais praticados pela Administração Pública referentes às cláusulas regulamentares e contratos de Direito Privado no que pertine ao equilíbrio econômico financeiro, ou seja, haveria um ato principal e outro acessório para realização do pacto. Não há como se sustentar, posto que a constituição dos vínculos tem por base o acordo de vontades, o que resta impossibilitado com as cláusulas regulamentares instituídas por ato unilateral, vez que, até para que elas surtam efeitos o particular deve se manifestar nesse sentido. A outra corrente defende que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos, considerando que sempre existirá observância aos preceitos oriundos do regime jurídico administrativo.

Expostas as três correntes doutrinárias, optar-se-á neste ensaio por aquela que subdivide os contratos celebrados pela Administração, aceitando os contratos administrativos em sentido estrito e os contratos privados como espécies. Veja-se conceituação de Marçal Justen Filho:

Prefere-se definir o contrato administrativo, em sentido amplo, como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direito e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa (JUSTEN FILHO, 2013, p.470)

Tendo por conceituado os contratos celebrados pela administração, incumbe trazer posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, acerca da primeira espécie aqui relatada, qual seja, os contratos de direito privado celebrados pela administração:

É evidente que, quando a Administração firma contratos regulados pelo direito privado, situa-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum. Na verdade, considera-se que, nesse caso, a administração age no seu *ius gestionis*, com que sua situação jurídica muito se aproxima a do particular. (CARVALHO FILHO, 2014, P 174)

Os contratos de Direito Privado da Administração são assim regidos pelas disposições contidas no Código Civilista, com algumas derivações concernentes às normas de Direito Público, como exemplos podem ser citados os contratos de locação, permuta.

Em termos claros, tais contratos sujeitam-se às formalidades inerentes aos contratos administrativos, mas não gozam das prerrogativas destes. DI PIETRO (2014, p. 269) clarifica o tema com exemplo referente às cláusulas exorbitantes, uma vez que, estas estão implícitas nos contratos administrativos, conferindo assim uma prerrogativa, ao passo que nos contratos privados celebrados pela administração, para que haja observância a tais cláusulas, mister se faz a sua previsão no instrumento contratual, nota-se a horizontalidade, ausência de supremacia.

De outro giro, os contratos administrativos, também conhecidos como contratos administrativos em sentido estrito são essencialmente regidos pelas normas de Direito Público, com flagrante desigualdade entre as partes envolvidas, definido com o grau de precisão que é peculiar de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado (MELLO, 2013, p. 633-634)

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini:

[...] o contrato administrativo pode ser conceituado como o ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular[...]"(GASPARINI, 2014, p. 775)

Fernanda Marinela, em escritos temporalmente atuais, também apresenta conceito que clarifica a visualização do que efetivamente seja o contrato administrativo:

Pode-se conceituar "contrato administrativo" como a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público. É o ajuste que a Administração Pública firma com o particular ou outro ente público, para a consecução de

interesse coletivo. O instrumento é regulado pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se a eles, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (MARINELA, 2010, p. 409)

Não obstante o interesse público deva estar presente em ambas espécies de contratos celebrados pela Administração, diversamente dos contratos privados, o administrativo é marcado pela verticalidade, há supremacia da parte que exerce função administrativa em detrimento do particular, inerente do regime jurídico que norteia o pacto.

Configura-se num conjunto de prerrogativas que visam proteger uma das partes, ante o interesse da coletividade que está envolvido, conclui-se que a ausência de nivelamento, portanto, é a regra nestes contratos, havendo várias disposições nesse sentido na legislação de regência.

2.1. Características dos contratos administrativos

A Constituição Federal dispôs em seu art. 22, XXVII, que cabe a União Federal legislar acerca de normas que venham a regular as licitações e contratos administrativos. Desta feita, a Lei 8.666/1993 tem o maior destaque dentre as editadas, tendo por fim regulamentar o art. 37, XXI da própria Carta Magna, dispondo sobre obras, serviços, compras, alienações e locações como objeto de contratação. Ressalte-se que apesar da especificidade da referida lei é mister apontar que nela própria há disposição sobre a aplicação supletiva das normas de direito privado no âmbito dos contratos administrativos, consoante art. 54 ali inserto.

Sob este prisma, a doutrina administrativista utiliza-se de classificações do Direito Privado, referente a teoria geral dos contratos, para caracterizar os contratos administrativos. Em princípio, destaca-se o formalismo, o contrato deve observar requisitos especiais para sua regularidade, a necessidade de procedimento licitatório é a exigências mais clara.

Prossegue-se com a comutatividade, uma vez que, as obrigações se equivalem e antes de ser firmado o pacto já são conhecidas, não havendo que se falar aqui em contratos aleatórios, que envolvam

risco. Nessa linha, tem-se a bilateralidade, ou seja, obrigações recíprocas, sinalagmáticas, a obrigação de uma das partes é causa da prestação da outra.

Tais contratos são consensuais, dispensam a tradição do bem para que surjam as obrigações dele decorrentes, basta apenas que haja manifestação volitiva para sua formalização, Matheus Carvalho (2014, p.514) bem observa que o consenso por parte da Administração se dá no momento em que há a celebração do contrato. De outro modo, o do particular é no momento em que se dá no instante da em que se abrem os envelopes contendo a sua documentação.

O caráter personalíssimo dos contratos administrativos também é um importante elemento para sua visualização, vez que será celebrado com aquele que apresentar as melhores condições e, por conseguinte vencer o procedimento licitatório, sob esta característica Carvalho Filho ressalta a confiança recíproca, advertindo:

[...] porque o contratado é, em tese, o que melhor comprovou condições de contratar com a Administração, fato que, inclusive, levou o legislador a só admitir a subcontratação de obra, serviço ou fornecimento até o limite consentido, em cada caso, pela Administração, isso sem prejuízo de sua responsabilidade legal e contratual (art. 72 do Estatuto) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 180)

Podem ser inseridas, ainda, como características a onerosidade, uma vez que, como regra, deve haver remuneração ao particular pela execução do que foi contratado e, o fato de os contratos administrativos serem de adesão, havendo imposição das cláusulas pela Administração Pública, como bem sustenta DI PIETRO (2014, p. 279-280), há fixação de modo unilateral, ainda que não haja licitação, ante fundamentalmente à indisponibilidade do interesse público, consubstanciado no regime jurídico administrativo.

2.2. Das Cláusulas Exorbitantes

A presença das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos é o que evidencia toda a posição preponderante da Administração Pública que até agora aqui se falou, são as prerrogativas que estruturam a relação, incomuns em âmbito privado, também conhecidas como cláusulas de privilégio são implícitas nos contratos,

independem de previsão no instrumento, vez que decorrem de imposição legal, estão elencadas no art. 58 da Lei 8.666/1993, passando aqui a serem apresentadas de forma sumária. De logo, importante trazer o teor do referido artigo:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – fiscalizar-lhes a execução;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual (BRASIL,1993)

A alteração unilateral é uma das formas de demonstração de superioridade na avença, vindo a ser ferramenta de ajuste do interesse público, observe-se que pode se realizar nos termos do art. 65, I da Lei nº 8.666/1993 em casos de alteração do projeto e especificidades com o intuito de melhoria de qualidade, bem como modificações referentes a valores, sendo que no segundo ponto ficar-se-á limitado a 25% (vinte e cinco por cento) para acréscimos e diminuições, salvo em casos de contrato de reforma onde o limite aumenta para 50% (cinquenta por cento) em casos de acréscimos.

Frise-se que o particular tem direito a manutenção do objeto do contrato, além do equilíbrio financeiro que inicialmente foi pactu-

ado, levando assim a um reajustamento de preços à medida que se tem modificações unilaterais, a fim de que se mantenha a margem de lucro dantes prevista. Acerca da temática, Celso Antonio Bandeira de Mello, adverte:

Isso não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, pena de burla ao instituto da licitação. Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu “sentido”, a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações. (MELLO, 2013, p. 640)

A conclusão é clara, a alteração deve ocorrer em caso de interesse público superveniente, não se justificaria alterar o contrato se já havia desde a sua celebração o entendimento de que as cláusulas ali insertas no que se refere ao projeto e aos valores não seriam aptas à regular a sua execução.

Outra cláusula de privilégio conferida à Administração é a Rescisão Unilateral, nela independentemente de o particular vir a consentir, o contrato poderá ser encerrado desde que se enquadre em algum dos casos previstos no art. 78, I a XII e XVII, e art. 79, I da Lei nº 8.666/1993.

DI PIETRO (2014, p. 283) sistematiza as possibilidades de rescisão unilateral do contrato indicando que podem elas se dar em razão de Inadimplemento com culpa do contratado, inadimplemento sem culpa do contratado, razões de interesse público e caso fortuito ou força maior

A doutrinadora prossegue aduzindo que nas hipóteses de inadimplemento não há nada a ser pago ao particular, vez que a rescisão se deu por atos atribuídos a ele, informando, ainda, que na hipótese de culpa deve ele ressarcir o prejuízo ocasionado, bem como sofrer as devidas sanções administrativas e perder a garantia que foi ofertada de início, cabendo a Administração assumir o objeto do contrato.

De outro giro, em caso de razões de interesse público, caso fortuito ou força maior, DI PIETRO (2014, p. 284) ensina que a Administração tem por dever indenizar o particular em caso de dano

efetivamente comprovado, além de realizar a devolução da garantia prestada, o pagamento do que foi executado até o momento da rescisão, além do custo da desmobilização, tudo em respeito ao equilíbrio econômico-financeiro.

A fiscalização da execução do contrato é outra prerrogativa inerente à Administração Pública, com previsão no art. 67 da Lei nº 8.666/1993, dispõe-se que deve haver designação de um agente para realizar o acompanhamento do desenvolver do contrato, com a possibilidade de eventual contratação de terceiros para ajudar a quem tal tarefa foi atribuída. Veja-se o teor do dispositivo em comento:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes. (BRASIL, 1993)

Ponto elementar é a possibilidade de a Administração Pública aplicar penalidades àquele que com ela contratar em caso de descumprimento do que fora acordado, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, conforme disposto no art. 87 da Lei de Licitações, constando ali que as sanções serão de advertência, multa, suspensão de contratar com o poder público e participar de licitações por até dois anos, além da declaração de idoneidade, que é de competência do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, ressaltando-se que esta última hipótese de penalidade é a mais severa, uma vez que, seus efeitos perduram até que seja promovida a reabilitação, ou seja, o ressarcimento do prejuízos resultantes de sua conduta, cumprindo dizer, ainda, que o pedido de reabilitação só pode ser requerido após dois anos da aplicação da sanção.

Em última análise está a ocupação temporária de bens, aqui a Administração Pública possui a prerrogativa de ocupar temporariamente os bens do contratado a fim de dar continuidade ao serviço público,

CARVALHO (2014, p.527) exemplifica com o caso de greve de funcionários em uma empresa de transporte público, no caso é dado ao ente público ocupar os ônibus da empresa dando prosseguimento as atividades, para que não haja prejuízo à coletividade. Ressalte-se que é em caráter provisório enquanto se resolve acerca de faltas contratuais pelo contratado ou mesmo rescisão de contrato administrativo, conforme se extrai da legislação de regência supracitada.

Assim, da breve apresentação das cláusulas de privilégio conferidas à uma das partes por via legal, fica ainda mais clara a supremacia que, em regra, marca as contratações que aqui se está trabalhando, sendo a sua apresentação dessas prerrogativas de importância fulcral para que, em momento oportuno, possa se analisar se a presença das mesmas consegue proteger todas as formas de contratação da Administração Pública, de modo a sustentar o interesse público frente as variadas situações fáticas que podem surgir ou se há margem para proteção por parte de normas jurídicas oriundas de outra fonte, qual seja, o Direito do Consumidor.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO CONSUMIDOR

A Revolução Industrial ocorrida na Europa proporcionou que houvesse aumento substancial no número de habitantes dos grandes centros urbanos, em decorrência disso o consumo inevitavelmente aumentou e, logicamente, a oferta teve de acompanhar a demanda, assim a fabricação dos produtos a serem consumidos passou a ser em série, de forma padronizada e uniforme.

Sob essa perspectiva, desenvolveu-se uma sociedade cujo sistema econômico possui como ponto elementar a produção industrial em larga escala para aquisição pelo maior número de indivíduos possível, massificação de produção que acabou por fazer com que fornecedores e consumidores sejam figuras desconhecidas entre si, em razão do objetivo de agilizar a contratação e atender a demanda da economia.

Diante de tal paradigma, valiosas são as contribuições de John Raws (2000) em sua obra “Justiça e Democracia”. Principalmente,

quando aponta que na teoria da justiça como equidade, as instituições da estrutura básica são consideradas como justas desde que satisfaçam aos princípios que pessoas morais, livres e iguais, e colocadas numa situação equitativa, adotariam com o objetivo de reger sua estrutura. (RAWS, 2000. p.20)

Assim, o ideal, no arcabouço de uma teoria da justiça como equidade, seria a efetividade de uma democracia participativa e emancipatória. O que envolveria a plena satisfação dos cidadãos, como consumidores de serviços públicos e contratos administrativos, com a aplicação dos princípios e garantias fundamentais para conferir uma situação equitativa para todos.

O que se observa é a inexistência de um acordo de vontade individualizado, mas ao revés, um contrato de massa, onde não há discussão de cláusulas, mas somente adesão, onde se verifica as condições ali insertas e decide-se pela aceitação. Ou seja, as partes deixam de negociar as cláusulas contratuais, uma vez que estas são preestabelecidas pelo fornecedor e impostas ao consumidor, sobre esta forma de contratação veja-se passagem do doutrinador Bruno Miragem:

Estas circunstâncias dão origem então ao fenômeno dos *contratos de massa*, ou simplesmente o fenômeno da *massificação dos contratos*, pelo qual a adoção de práticas agressivas de contratação e a sensível restrição da liberdade de contratar de uma das partes (os não profissionais, leigos) assinalam a debilidade destes sujeitos na relação contratual, indicando a necessidade do reconhecimento desta situação pelo direito, de modo a promover a proteção do vulnerável. A *liberdade de contratar* e o princípio da *autonomia da vontade*, que fundamentavam o direito civil clássico, tornam-se insuficientes para assegurar a justiça e o equilíbrio nestas relações contratuais, determinando a necessidade da proteção dos mais fracos na sociedade de consumo de massas. (MIRAGEM, 2014, p. 41)

A proteção ao consumidor através de uma legislação específica tardou a acontecer no Brasil, por muitos anos as relações que envolviam consumidores foi regulada por normas constantes no Código Civil, o que efetivamente causava equívocos, vez que, uma relação que, via de regra, é caracterizada pela desigualdade entre as partes, era regulada por um diploma que não possuía em suas disposições a correção jurídica para essa desigualdade que é apresentada no plano

fático, ficando clara a necessidade da autonomia da vontade passar a ser mitigada para proteger a parte mais fraca da relação.

Diante deste cenário e, considerando que o Código Civil é inoperante para regular questões concernentes a esse sistema de produção massificado, foi editada a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor (CDC), modernizando a proteção do consumidor no solo brasileiro, tido como um microsistema jurídico, autônomo, que tem por foco a solução de problemas relacionados às relações consumeristas, tendo por sujeitos consumidores e fornecedores e, por objeto, produtos ou serviços, conforme disposto logo no primeiro capítulo da referida lei.

Traz-se a baila que o Código de Defesa do Consumidor nasce por determinação contida no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, onde se verifica a imposição ao legislador para que editasse a lei. Em verdade, o que se tem é o legislador dando eficácia à norma constitucional que consagra o direito do consumidor como direito fundamental, qual seja, o art, 5º, XXXI, que dispõe que “o Estado prescreverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

O legislador fez questão de informar no primeiro artigo do CDC que as normas ali constantes são de ordem pública e interesse social, para que fique evidenciado a proteção específica que será dada à parte vulnerável, com o fim de último de igualar uma relação originariamente desigual, afastando a fragilidade que é inerente a uma das partes da cadeia de consumo.

Claro assim o grau de imperatividade existente nas disposições do CDC, prevalecendo sobre outros diplomas legislativos e convenções quaisquer que venham a ser realizadas, não havendo, inclusive, que se falar em renúncia aos direitos que são assegurados ao consumidor, por parte deste, ante o ínsito caráter cogente. Logo, acaba por mitigar a autonomia negocial, pois não permite que as partes possam derogar as normas consumeristas ao seu bel prazer, como preleciona Bruno Miragem:

Para se assegurar os interesses legítimos dos consumidores em matéria contratual, segundo muitos autores, passa a ocorrer o declínio da própria liberdade de contratar, de modo a promover pela incidência de normas cogentes, decorrentes da intervenção do Estado na relação contratual, uma espécie de

padrão mínimo em relação a certos contratos onde se identifica a vulnerabilidade de um dos sujeitos contratantes. (MIRAGEM, 2014, p. 235)

Nessa linha, tem-se que a lei aqui trabalhada é uma “lei de função social”, na esteira do que ensina BRAGA NETTO (2014, p. 39) não há possibilidade de que o CDC sofra alterações legislativas prejudiciais ao consumidor, ainda que de lei de igual hierarquia, tudo em razão de concretizar a vontade inserta no teor da Constituição Federal, posto que esta determina a criação de um diploma que proteja o consumidor, realizando o conteúdo de um direito fundamental, daí o status diferenciado em relação as outras normas, possui gênese constitucional imediata.

De outro giro, o CDC admite que outras normas jurídicas possam ser utilizadas, pois embora seja multidisciplinar, não é completo, utilizando-se de dispositivos alheios quando no caso concreto não houver disposição que regulamente, logicamente que em caráter de complementaridade. Em prosseguimento, por tratar-se de uma norma principiológica, tem por função coordenar as relações de consumo, de modo que considerando a diversidade de relações que possam existir e, havendo norma específica a ser utilizada que esteja em consonância com o subsistema, a aplicação também será possibilitada. Assim, a defesa do consumidor é o princípio que deve ser seguido pelo Estado e pela sociedade para atingir a finalidade precípua de todo e qualquer ordenamento jurídico, a saber, a existência digna e justiça social.

3.1. A definição jurídica de Consumidor

A relação jurídica de consumo é uma relação jurídica que estará caracterizada todas as vezes que se verificar a presença de um consumidor e um fornecedor, como sujeitos, onde produtos ou serviços apresentem-se como objetos. Os conceitos são interligados, isoladamente não subsistem, não há como existir apenas um dos elementos subjetivos da relação, ou seja, para que haja o consumidor é necessária a presença do fornecedor, além dos elementos objetivos.

A Constituição Federal determinou que fosse conferida proteção ao consumidor, entretanto, não conceituou quem seria esta figura. A tarefa ficou a cargo do CDC, que expressamente apresenta o conceito

de consumidor em seu art. 2º com conseqüente complementação ao teor dos artigos 17 e 29:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. (BRASIL, 1990)

Da leitura simples dos dispositivos, apresenta-se inicialmente o consumidor como sendo pessoa natural ou jurídica, que utiliza ou adquire bens ou serviços, desde que não seja em etapa da cadeia de produção, em grau intermediário, ou seja, deve ser destinatário final, expressão que gera dificuldade em sua interpretação, como adiante se verá.

Ademais, também há a figura do consumidor equiparado, que pode ser a coletividade de pessoas, as vítimas de acidente de consumo e aqueles expostos às práticas comerciais. Quanto a primeira figura, trata-se de ampliação da definição para garantir proteção àqueles que ainda que não possam ser identificados, mas que tenham de algum modo participado da relação de consumo, é o que possibilita as ações coletivas em defesa dos direitos difusos e coletivos, com previsão entre os artigos 81 a 107 do CDC.

Prossegue-se com as vítimas do acidente de consumo, sendo protegidos todos aqueles que sofreram prejuízos com o fornecimento de produtos ou serviços defeituosos, a proteção ultrapassa aqueles que são consumidores diretos, ensejando a responsabilidade objetiva do causador dos danos.

Como última forma de consumidor por equiparação tem-se todos os indivíduos que são expostos às práticas comerciais, é a forma mais abstrata, uma vez que, caso o fornecedor incorra em uma prática comercial abusiva, a exemplo da publicidade enganosa, toda a coletividade estará exposta a ela, não sendo necessário sequer que haja

identificação de qualquer consumidor, confere-se assim proteção ao consumidor em potencial.

Não obstante a análise dos consumidores por equiparação seja extensa e desperte forte interesse, é importante frisar que o que aqui se fez foi um estudo breve a fim de que se possa ter uma visão geral do conceito de consumidor, uma vez que, não é de maior importância para o objeto central do trabalho a apreciação desta figura.

3.2. A pessoa jurídica de direito público como destinatária final

Ponto relevante para que a definição do que seja consumidor fique devidamente esclarecida é a verificação do que se entende pela expressão “destinatário final”, que será elementar para verificação de inserção da Administração Pública como consumidora.

Nessa senda, há divergência doutrinária para determinação do que venha a ser destinatário final que adquire ou utiliza bens ou serviços, erigindo-se três correntes, que com sua teoria particular procuram realizar a definição, sendo elas a: maximalista, a finalista e a finalista temperada.

De pórtico, cumpre tratar da teoria maximalista, segundo a qual o consumidor para ser considerado como destinatário final deve apenas utilizar ou adquirir o produto ou serviço, não havendo que se discutir se a finalidade é o uso pessoal ou reinserção no mercado, é suficiente que seja o destinatário fático para qualificar-se como consumidor, veja-se posicionamento de Cláudia Lima Marques a respeito da referida corrente:

Já os maximalistas vêm nas normas do Código de Defesa do Consumidor o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um novo Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número

cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo a fábrica de celulose que compra carros para o transporte de visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para o uso nas repartições e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família. (MARQUES, 2006, p. 305)

Para essa corrente, a interpretação é ampla, o que deságua na inclusão total da pessoa jurídica como consumidora, havendo, inclusive, controvérsia acerca da aplicação do CDC aos contratos de natureza administrativa, vez que, basta que se retire o produto ou serviço do mercado para o enquadramento como consumidor, desnecessitando de análise de outros aspectos, a única forma de não ser considerado consumidor para os maximalistas é aquele que participa do processo de produção. Ressalte-se que, a corrente maximalista vem perdendo espaço, dada a amplitude conceitual, não havendo preocupação com a vulnerabilidade do consumidor.

Outra corrente é a finalista pura, aqui o que se tem é a restrição no conceito de destinatário final, exigindo-se que o consumidor seja o destinatário fático e econômico, não podendo destinar a aquisição que realizou para outra atividade de natureza econômica, sob pena de não ter a proteção de o CDC confere. Nesse plano, Marques (2006, p. 304) assevera:

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede (MARQUES, 2006, p. 304)

Embora haja toda essa restrição conceitual, onde há dificuldade em se inserir a pessoa jurídica como consumidora, por não permitir que o que foi adquirido retorne ao mercado, a corrente que predomina na doutrina é a finalista (ou finalista pura) que como afirmado, entende que o destinatário final deve estar no plano fático e econômico.

Não obstante este entendimento, vem surgindo com maior força nos últimos tempos nos tribunais pátrios uma teoria mista, que se convencionou chamar de Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada, vez que, mitiga o finalismo puro presente na corrente anteriormente trabalhada. Aqui o que há é uma exatidão conceitual maior para definição do que seja destinatário final.

No finalismo aprofundado a viga mestra para caracterização da relação de consumo e conseqüente caracterização do consumidor é a vulnerabilidade. Assim, ainda que se envolvam duas pessoas jurídicas em ambos os pólos da relação, não é a presença destas que impossibilitaria a aplicação do CDC, devendo-se casuisticamente analisar se há uma parte vulnerável, para que haja a equalização com a proteção que é conferida pelas normas consumeristas.

Partindo da teoria finalista mitigada e, considerando que não há diferenciação no texto do Código de Defesa do Consumidor no que pertine a natureza de direito público ou privado para que as pessoas jurídicas possam ser caracterizadas como consumidoras, dúvidas não remanescem que a pessoa jurídica de direito público pode assim figurar.

Para tanto, necessário que haja a vulnerabilidade, que é pressuposto de aplicação e afastamento da norma jurídica consumerista, segundo BRAGA NETTO (2014, p. 108) a presunção de vulnerabilidade da pessoa jurídica é relativa, portanto, em cada caso concreto, mister se faz que seja comprovada a existência de desigualdade apta a ensejar a utilização do CDC.

Não se deve ficar preso ao destinatário final ser econômico e fático, ou somente fático, mas sim a vulnerabilidade que se apresenta sob diferentes aspectos, surgindo assim uma exceção para abrandar o conceito, de modo que torna-se possível inserir a pessoa jurídica de direito público como destinatária final, apta a receber o tratamento protecionista do CDC, logicamente que não se está pregando que tal

situação deva ocorrer indiscriminadamente, mas sim, como sobre-dito, que a partir do caso concreto, em se verificando a condição de inferioridade da parte, pela sua vulnerabilidade, o microsistema tenha sua utilização franqueada.

Feitas essas considerações sobre o usuário de serviços públicos e de contratos administrativos na condição de consumidor, e os respectivos desdobramentos da pessoa jurídica de Direito Público como destinatária final, cumpre descrever as contribuições da Lei 13.460/2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos).

4. A LEI 13.460/2017 (CÓDIGO DE DEFESA DO USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS)

Assim, no novo paradigma de tutela de direitos do usuário de serviços públicos e contratos administrativos, surge a Lei 13.460/2017. Conhecida como o “Código de defesa do usuário de serviços públicos”, a lei citada foi sancionada pelo presidente Michel Temer e visa a fixação de normas para participação e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos. A nova lei cria o código que será aplicado aos serviços executados pelos Três Poderes, pelo Ministério Público, advocacia pública e ainda concessionárias e empresas autorizadas para prestação de serviço em nome do governo.

Considerando os paradigmas atuais do conhecimento jurídico e a contemporaneidade social, o anseio dos cidadãos é representado pela plena tutela de direitos na utilização de serviços públicos, bem como desburocrotização, ou até mesmo a redução de complexidade. Nesse sentido, SOARES (2016), ao analisar a Teoria dos Sistemas Sociais e o Direito (como integrante do sistema social), além de tópicos para o estudo do pensamento de Niklas Luhmann, admoesta que o sistema jurídico deve se propor a reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência da intersubjetividade humana e garantindo a generalização congruente de expectativas comportamentais, a fim de fornecer uma imunização simbólica de expectativas contra outras possibilidades sociais de conduta humana. (SOARES, 2016. p.20)

Em tempos de crise política e instabilidade política, a população credibiliza ao sistema jurídico a melhor alternativa de pacificação

social. Como a sanção da lei ocorreu em 27 de junho de 2017, muitos desdobramentos acontecerão a partir da vigência da nova lei, uma vez que a mesma entrará em vigor em 365 dias para a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios com mais de 500 mil habitantes. E ainda, em outros municípios, em 540 e 720 dias, levando em consideração o fator número de habitantes.

Por isso, serão apresentadas algumas peculiaridades da Lei 13.460/2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos). Inicialmente, cumpre destacar que a nova lei disciplinará prazos e condições para abertura de processo administrativo para apurar danos causados por agentes públicos. Nela estarão explícitos os direitos básicos dos cidadãos diante da administração pública, direta e indireta, valendo para pessoa física e jurídica. O processo administrativo deverá ser concluído em aproximadamente 60 dias, contados a partir da abertura.

Importante destacar que a nova lei não exclui direitos estabelecidos em outros diplomas. Por exemplo, além das regras previstas na Lei 13.640/2017, as universidades públicas terão que continuar cumprindo as normas regulamentadoras do MEC. Nesse mesmo entendimento, uma autarquia que preste serviço de abastecimento de água para a população, além de ter que cumprir as regras da legislação mencionada, continua respeitando as normas do CDC.

Além de sua aplicação subsidiária aos serviços públicos prestados por particular, como num caso de um hospital particular, a nova lei estabelece conceitos fundantes. Entre eles, destaca-se, “manifestações”, quaisquer pronunciamentos dos usuários (reclamações, elogios...), agente público, administração pública, serviço público e usuário. Cabendo um destaque para a conceituação deste último, quando a legislação em análise define usuário como pessoa (física ou jurídica) que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, do serviço público. Mesmo em caso de utilização potencial do serviço público, o indivíduo já é considerado usuário. Ou seja, por essa definição, todos os cidadãos são usuários do SUS, ainda que não estejam efetivamente utilizando tal serviço.

O usuário tem garantido o direito de acesso às informações sobre os serviços públicos, na forma do que dispõe a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). E, anualmente, cada Poder e esfera de

Governo deverá publicar um quadro geral contendo todos os serviços públicos que são prestados, devendo ser especificados os órgãos ou entidades responsáveis por sua realização e a autoridade administrativa a quem estão subordinados ou vinculados.

Com o advento da norma, os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os seguintes princípios: Regularidade; Continuidade; Efetividade; Segurança; Atualidade; Generalidade; Transparência; e Cortesia. Nesse ínterim, a lei estabelece direitos e deveres dos usuários, que devem pautar na respeitabilidade e urbanidade. Ainda nessa perspectiva, são apresentadas as diretrizes dos serviços públicos, onde se pode destacar a presunção de boa-fé do usuário, como também o destaque em frisar a importância do atendimento por ordem de chegada; e a autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, sendo vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade.

Com a nova lei, as ouvidorias terão como atribuições precípuas, ações para promover a participação do usuário na administração pública, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico. As ouvidorias deverão elaborar, anualmente, relatório de gestão, que deverá consolidar as informações relacionadas com manifestações recebidas dos usuários e respectivas soluções que foram dadas. Neste relatório, deverão apontar falhas e sugerir melhorias na prestação dos serviços.

Considerando a tutela de direitos dos usuários de serviços públicos, a participação dos usuários no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços públicos será feita por meio de conselhos de usuários. A composição dos conselhos deve observar os critérios de representatividade e pluralidade das partes interessadas, com vistas ao equilíbrio em sua representação. A escolha dos representantes será feita em processo aberto ao público e diferenciado por tipo de usuário a ser representado.

Outra importante contribuição da lei é a orientação sobre a avaliação continuada dos serviços públicos. Os órgãos e entidades públicos deverão avaliar os serviços prestados, atentando, principalmente em aspectos de qualidade e constante melhoria e aperfeiçoamento da prestação do serviço. As avaliações serão realizadas por pesquisa de satisfação feita, anualmente, ou por qualquer outro

meio que garanta significância estatística aos resultados. Sendo que os resultados da avaliação deverão ser, integralmente, publicados no *site* do órgão ou entidade, incluindo o ranking das entidades com maior incidência de reclamação dos usuários e servirá de subsídio para reorientar e ajustar os serviços prestados, em especial quanto ao cumprimento dos compromissos e dos padrões de qualidade de atendimento divulgados na Carta de Serviços ao Usuário.

Como já sinalizado, com a vigência da lei, muitos desdobramentos surgirão. O que é anseio de todos é a efetividade dos direitos de cidadania, e uma democracia participativa, em que os serviços públicos sejam prioridade e os interesses dos cidadãos passem a ser respeitados pelo Estado. Nesse sentido, Jürgen Habermas (1997) em sua obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, destaca:

A síndrome do privatismo da cidadania e o exercício do papel cidadãonalinhadosinteressesdeclientestornam-setantomais plausíveis, quanto mais a economia e o Estado, que são institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistemático próprio, empurrando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização. (HABERMAS, 1997. p. 110)

Almeja-se uma nova perspectiva com a com a vigência da Lei 13.640/2017, em que os cidadãos passem a ter seus direitos e garantias plenamente respeitados. Desta forma, o Direito estará cumprindo o seu verdadeiro papel, como destaca Ronald Dworkin, em sua obra “O Império do Direito”:

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que toma todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. (DWORKIN, 2014. p. 492)

Com a literatura de Dworkin, observa-se que o caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judicosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 2014)

Assim, espera-se que os contributos da Lei 13.460/2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos) sejam plenamente efetivados, para a ampliação da garantia e tutela de direitos dos usuários de serviços públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública traz consigo uma atribuição social, democrática, livre, em que o poder emana do povo e todos devem ser subordinados as normas jurídicas. A satisfação completa-se por meio dos seus agentes públicos, que no exercício de sua função praticam uma variedade de atos, com o intuito de satisfazer o interesse coletivo, principalmente, no que tange a execução de serviços públicos.

Neste sentido, com o intuito de dividir os poderes, e deixá-los harmônicos e independentes entre si, a Administração intitulou as atribuições específicas de cada. Em que o Legislativo tem a tarefa principal de fazer as leis; o Executivo em gerir toda a administração e visar interesses coletivos; e o Judiciário com a função de justiça, que se deve acordar sobre os princípios e normas jurídicas. E nesses novos paradigmas do conhecimento jurídico, pode-se inferir, na atualidade, a importância da tutela de direitos do usuário de serviços públicos e de contratos administrativos, principalmente com o advento da Lei 13.460/ 2017, que representa um Código de defesa do usuário de serviços públicos.

Num diálogo entre autores fundantes, foi possível compreender que o serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, mediante normas de controle estatal, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado. Ou seja, o Poder Público possui a titularidade dos serviços públicos, dispondo que tais serviços podem ser prestados de forma direta ou indireta. A ação do estado pode se dar, pelos serviços públicos e os contratos administrativos. Os serviços públicos podem estar relacionados a prestação direta, e a prestação indireta dos serviços, referido-se a delegação destes serviços por meio de contratos de concessão ou permissão.

Desta forma, além da conceituação de serviço público, foi necessário compreender a Administração Pública por um conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Para uma plena compreensão dos contratos administrativos, com suas características principais, e a presença de cláusulas exorbitantes. A partir de tal descrição, foram feitas breves considerações sobre o usuário de serviços públicos e de contratos administrativos como consumidor, definindo, brevemente, consumidor e caracterizando a pessoa jurídica de Direito Público como destinatária final.

Por fim, na pesquisa em análise, o objetivo central do ensaio foi atendido a partir da apresentação dos contributos da Lei 13.460/2017 (Código de defesa do usuário de serviços públicos), no cenário da tutela de direitos e garantias do usuário de serviços públicos e contratos administrativos. A partir da nova lei, almeja-se a plena fixação de normas para participação e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos, aplicáveis aos serviços executados pelos Três Poderes, pelo Ministério Público, advocacia pública, e ainda concessionárias e empresas autorizadas para prestação de serviço em nome do governo.

Destarte, adicionam-se a tal perspectiva, os paradigmas atuais do conhecimento jurídico e a contemporaneidade social, traduzidos pelo anseio dos cidadãos para a efetiva, plena e eficaz tutela de direitos na utilização de serviços públicos, bem como a desburocratização, ou até mesmo a redução de complexidade, e principalmente a excelência e constante melhoria dos serviços públicos.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ronaldo Alves. *Curso de Direito do Consumidor*. Barueri: Manole, 2006.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor*. 9 ed. Salvador: Juspodvim, 2014
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. *Lei nº 13.460*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, 26 de junho de 2017.
- BRASIL. *Lei nº 8.078*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. Brasília, 11 de setembro de 1990.
- BRASIL. *Lei nº 8.666*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 21 de junho de 1993.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 1ª ed. Salvador: Juspodvim, 2014.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros.1993
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5 ed. São Paulo: RT, 2014.
- RAWS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROSSI, Alf. *Direito e Justiça*.1ª ed. Bauru: EDIPRO, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *A Teoria dos Sistemas Sociais e o Direito: tópicos para o estudo do pensamento de Niklas Luhmann*. Salvador: Dois de Julho, 2016.

Precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: uma forma de codificação do direito?

*Flávia Sulz Campos Machado**

INTRODUÇÃO

A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) marca o fortalecimento dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma tendência, não recente, de uniformização da jurisprudência, observada também nos códigos de 1939 e 1973. Aponta Lopes Filho (2014, p.21) que no Brasil, sobretudo nos últimos anos, verificou-se o aumento da importância conferida aos pronunciamentos jurisdicionais, tanto para o estudo do Direito quanto para a prática das atividades jurídicas.

Assim, a jurisprudência, enquanto fonte de direito, gradualmente abandona a natureza persuasiva, alcançando caráter vinculante. Nesse sentido, as disposições do CPC/2015 afirmam o dever dos tribunais de manter uma jurisprudência uniforme, coesa e estável, a observância obrigatória dos magistrados a entendimentos sumulados e, de forma implícita, insere na realidade brasileira elementos típicos da teoria dos precedentes (como a *ratio decidendi*, o *obiter dictum*, e as técnicas *distinguishing* e *overruling*).

(*) Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Professor Damásio de Jesus, Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS), Aluna Especial de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), participante do Grupo de Estudos "Direito, Linguagem e Produção de Conhecimento" (CNPQ), e-mail: sulz.flavia@gmail.com

Para tanto, a legislação processual pátria encontrou inspiração no direito inglês, de tradição jurídica anglo-saxônica (*common law*), à qual a regra do precedente obrigatório e a teoria das fontes devem origem (DAVID, 2014). Nesse aspecto, estando inserido o direito brasileiro na tradição jurídica do *civil law*, destaca-se a valorização das fontes jurisprudencial e legislativa como marco de distinções e aproximações entre os sistemas jurídicos de origem anglo-saxônica e romano-germânica.

Historicamente, o *common law* se formou como um direito jurisprudencial, emanando as soluções dos litígios do julgamento dos casos pelos tribunais. Apenas posteriormente, com a emergência das preocupações com a segurança jurídica e a isonomia das decisões, surge naquele sistema a regra do precedente obrigatório. Já no *civil law*, embora a jurisprudência possa ser considerada a mais antiga fonte do *Ius Romanum* (CRUZ, 1984), o fenômeno das codificações na Europa Continental do século XIX demarca o prestígio que a tradição passa a conferir à fonte legislativa (DAVID, 2014).

Com efeito, a lei será considerada a fonte mais preponderante nos países de tradição romana-germânica. Todavia, sendo uma prescrição geral e abstrata de conduta, a legislação escrita dependerá da interpretação para que tenha valor prático, isto é, aplicação ao caso concreto. É precisamente neste ponto, de interpretar a lei, que essencialmente se destaca a atividade jurisdicional no *civil law*, desde a formação do *ius romanum*¹. Nesse sistema geralmente se entenderá que a jurisprudência, com mais ou menos liberdade, deve ser submetida ao crivo do que preceitua o texto legal. Sendo, inclusive, em razão dessa subordinação à lei que a jurisprudência nem sempre teve reconhecido seu papel de fonte imediata de direito.

Consoante observa Silva (2011), a lei possui caráter geral, abstrato e impessoal, incidindo nos casos que, ao revés, apresentam-se como particulares, concretos e pessoais. O uso dos precedentes, por seu turno, conforme vertente inglesa da teoria, pressupõe a análise pormenorizada dos pontos essenciais que assemelham o caso

1. Sebastião Cruz (1984, p.169-172) explica que o *ius romanum* principiou em ser um direito consuetudinário, sendo que a função de interpretar o costume cabia aos juristas ou *prudentes*.

concreto que contém a regra de precedente ao que está em julgamento (CERQUEIRA, 2014).

De tal modo, a massificação dos efeitos jurídicos de decisões pretéritas nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica poderia levar a uma abstração de tais enunciados, aproximando-os das fontes legislativas, especialmente por ocasião da interpretação e aplicação pelos juízos. Diante desse quadro, emerge o questionamento quanto à possibilidade de falar-se em uma “codificação” da jurisprudência a partir do fortalecimento dos precedentes judiciais nos sistemas de tradição jurídica do *civil law*, nomeadamente na experiência brasileira.

1. A FONTE JURISPRUDÊNCIA

1.1. Aspectos históricos e a teoria das fontes jurídicas

O problema da lei, da jurisdição e da atividade jurídico-decisória não acompanham o homem desde suas origens (REALE, 2011, p.143). A existência de regras de conduta a fim viabilizar a coexistência humana em sociedade, contudo, teria origens remotas. A própria função do direito é associada, com frequência, à pacificação do convívio social. Nesse sentido, ao escrever sobre a “paz perpétua”, Kant defende o estado natural de guerra entre os homens, no que firmar-se-ia o estado legal como meio de instauração da paz.

O estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (*status naturalis*), o qual é antes um estado de guerra, isto é, um estado em que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre todavia uma ameaça constante. Deve, pois, *instaurar-se* o estado de paz; a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e, se um vizinho não proporcionar segurança a outro (o que só pode acontecer num estado *legal*), cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança. (KANT, 2008, p.10)

Ihering (2009, p.23), ainda, assevera a paz como o fim visado pelo direito, enquanto Ross (2007, p.90) afirma que o propósito do fenômeno jurídico colima à manutenção da paz social. Justo aponta que “não há agrupamento humano que dispense um conjunto de normas que disciplinem o comportamento dos seus elementos” (2010, p.9). A respeito, Cruz (1984, p.8-9) justifica que o homem seria,

simultaneamente, um ser livre e um ser sociável² e, por conseguinte, a pacífica convivência desses seres não prescindiria a existência de normas³.

Coaduna Neves (1976, p.5) com o entendimento de homem como um ser social e, em que pese a ordem jurídica não se tratar da única forma de regulação da convivência humana, seria o domínio que mais fortemente e mais extensamente nos atinge⁴, possibilitando, em última análise, a existência em sociedade.

A primeira e mais elementar experiência que temos do direito é a que adquirimos ao dar-mos conta de que vivemos num

-
2. Importa pontuar, quanto à concepção do homem como um ser sociável, que essa mormente aproxima-se do sentido de *zoon politikon* estabelecido por Aristóteles, especialmente ao escrever a respeito da ética. Todavia, outros pensadores, a exemplo de Hannah Arendt, “discordam da concepção aristotélica de que o homem é um animal político. Ela refuta a concepção aristotélica de que o homem, ao nascer, é lançado naturalmente para a vida em comunidade. O ser humano pode nascer e não viver em comunidade. O homem não nasce político, mas em condição de possibilidade política” (OLIVEIRA, 2011, p.80-81).
 3. Para Cruz, “O homem, além de ser livre, tem uma necessidade natural (inata) de conviver, viver em sociedade, porque só pode *existir bem*, isto é, realizar-se, quando harmoniza interioridade e vida social [...]. Para que da existência de seres livres em sociedade resulte uma convivência pacífica, uma vivência ordenada, é preciso que haja regras que, *por um lado a cada indivíduo* proibam os abusos de liberdade, e além disso, limitem ou até suspendam (temporariamente) determinado uso; *por outro lado a todos* indiquem e garantam certos usos fundamentais da liberdade. *Daí a necessidade da existência de normas sociais*, quer dizer, de regras de qualquer modo atinentes ao comportamento ordenado dos homens vivendo em *societates*” (1984, p.8-9).
 4. Esclarece o autor que “Mais fortemente, porque é ao direito que referimos o poder institucionalizado: o Estado de que dependemos como cidadãos, a autoridade que nos submete, os tribunais que nos julgam. Mais extensamente, já que todos os modos concretos da nossa convivência com os outros na mesma sociedade [...] se encontra disciplinado por uma teia de regulamentação, ou vemos submetido a um sistema de ordenação que, de um modo normativo e de forma objectiva e geral, se define a nossa qualidade de *sujeitos* socialmente autônomos (*sujeitos de direito*, com uma específica capacidade e centro pessoal de imputação de direitos e deveres e de formas diversas de responsabilidade), nos são demarcadas as nossas esferas de acção e reguladas as nossas relações (as situações de corresponsividade e os modos de associação) de uns perante os outros e de uns com os outros, estruturas as nossas posições relativamente às coisas que, como objectos materiais e económicos já como objectos espirituais e culturais, nos são socialmente disponíveis e institucionalizadas ainda tanto as situações, as relações e a responsabilidade de nós para com a sociedade em geral como da sociedade como um e organizada para conosco” (NEVES, 1976, p.3-4).

meio social ordenado e de que essa ordem social é instituída fundamentalmente, ou nos seus momentos decisivos, por aquilo que imediatamente designamos “o direito”. Decerto sabemos também que o direito não é tudo, nem talvez o que nos é pessoalmente mais importante, na existência que nos possibilita esse meio social e nem mesmo na nossa imediata vida de relação. Não associamos ao direito o conteúdo da nossa convivência religiosa [...]. Nem hesitamos em afirmar que o respeito e a lealdade que nos devemos uns aos outros, e bem assim o dever de auxílio a que a nossa consciência nos convoca perante a situação de infortúnio de alguém e que está nas nossas mãos remediar, etc., não hesitamos na verdade em afirmar que tudo isto tem a ver directamente com a ética ou a moral e não propriamente com o direito. [...] por outro lado, esse domínio normativo não é apenas diferente daqueles outros, mas é sobretudo o que mais fortemente e mais extensamente nos atinge. [...] Tudo isto a oferecer-se como um sistema regulador extremamente complexo, multiforme e denso, rede de mil malhas em que nos encontramos situados, verdadeiramente o nosso meio fundamental de existência em si mesma, uma vez que o todo que cada um de nós é o é justamente como totalidade dialéctica de um “eu pessoal” e um “eu social”. (NEVES, 1976, p.1-5)

Além da ordem jurídica, portanto, teríamos a religiosa, a ética e a moral. Com efeito, da remota existência de normas destinadas a pacificar a convivência humana não se infere que o homem as percebia desde sempre como jurídicas. Reale (2011) esclarece que, durante milhares de anos, apenas havia um direito costumeiro, desprovido de quaisquer distinções entre normas de cunho moral, religioso ou jurídico.

O direito foi, em primeiro lugar, um fato social bem pouco diferenciado, confuso com outros elementos da natureza religiosa, mágica, moral ou meramente utilitária. Nas sociedades primitivas, o Direito é um processo de ordem costumeira. Não se pode nem dizer que haja um processo costumeiro, porquanto as regras jurídicas se formam anonimamente no todo social, em confusão com outras regras não jurídicas. (REALE, 2011, p.143)

A humanidade teria, assim, vivido inicialmente o direito de forma anônima, disperso entre costumes e crenças. Somente em um estágio mais avançado da experiência jurídica aparecem os primeiros órgãos jurisdicionais, com a finalidade de conhecer e declarar o direito. Inobstante outros povos, como o grego, já houvessem percebido este problema, é em Roma que a consciência da jurisdição emerge

de forma mais clara e concreta (REALE, 2011, p.146). O trabalho de criação dos jurisconsultos romanos, na chamada época clássica (130 a.C. – 230 d.C), acabaria por lançar bases para a existência de uma ciência jurídica.

No mundo jurídico romano o termo “fonte do direito” teria sido introduzido por Cícero, sendo ao menos por ele consagrado⁵. Após, Tito Lívio teria empregado a expressão para classificar a Lei das XII Tábuas como “*fons omnis publici privatique est iuris*”⁶. Apesar disso, os antigos romanos usavam outras expressões como “*ius constat*” e “*ius venit*”, sendo a partir do imperador Justiniano que “fontes” se tornou mais frequente. A expressão remontaria, assim, ao século I a.C., tornando-se de uso jurídico corrente desde o século VI d.C. (CRUZ, 1984, p.163).

Ferraz Júnior esclarece que a discussão sobre as fontes do direito enquanto uma teoria, tem origens modernas, quando há “uma tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana” (2003, p.223). Acrescenta o jurista que o reconhecimento do fenômeno jurídico como uma construção não exclui seu aspecto como dado, o que sugere que os primeiros subsídios para a teoria das fontes, como temos hoje, teriam emergido em paralelo à ascensão de escolas jurídicas em reação ao jusnaturalismo teológico, dentre elas, o Positivismo Jurídico (Escola da Exegese) e a Escola Histórica do Direito.

O jusnaturalismo de sentido teológico não se confunde com o jusracionalismo moderno, embora alguns autores (Cf. COSTA, 2009, p.388) defendam que o direito natural em que ambos se filiam teria comum raiz religiosa: a Escolástica medieval⁷. Observa Costa (2009) que o jusracionalismo, para o qual as normas que regulam as relações

5. A exemplo, em *De Partitione Oratoria* XXXVII 131, Cícero refere à “fontes quidam *aequitatis*”, o que poderia ser traduzido para “fonte de certa equidade ou justiça”.

6. Em tradução livre: a fonte de todo o direito público e privado.

7. A respeito da filosofia escolástica, Soares afirma que se trata de “um sistema doutrinário, caracterizado pelas teorias teológico-filosóficas, dominantes na Idade Média, em torno da relação entre fé e razão [...]”. O apogeu da escolástica ocorreu no século XIII, com Tomás (1225-1274) na cidade de Aquino, ensejando a formação do chamado tomismo. Esse período se estendeu dos séculos IX ao XVII, entrando aos poucos em declínio, dando lugar ao pensamento renovador, com as idéias que caracterizaram o Renascentismo” (2003, p.439).

entre os homens são imanentes à sua própria natureza e encontradas livremente pela razão, influencia larga e diretamente o positivismo jurídico do século XIX, no qual a lei materializa ou positiva o direito ideal de inspiração racionalista. Portanto, consoante afirmação retromencionada de Ferraz Júnior: o aspecto do dado não anula o do constituído, havendo, ao revés, uma complementação de ideias.

A teoria das fontes teria, assim, se desenvolvido numa conjuntura de discussões sobre a legitimação do direito, a fundamentação justificadora da ordem, a busca por critérios para qualificar as manifestações da conduta social como jurídicas. Por conseguinte, como pano de fundo dessas preocupações, temos a transição do pensamento jusnaturalista para o juspositivista. Da crença em forças sagradas, tradições inquestionáveis e de postulados da razão, passou a dogmática jurídica, no século XIX, a ter consciência da mutabilidade, o que gerou insegurança e incerteza. Por derradeiro, a teoria das fontes estaria relacionada, ainda, “com o problema da identificação do que seja direito no contexto da sociedade moderna” (FERRAZ JR., 2003, p.226).

1.2. Terminologia e espécies de fontes do direito

A palavra latina “*fontis*” ou “*fons*” remete à fonte, nascente ou origem. Utilizada no âmbito jurídico, a expressão “fontes do direito” trata-se de uma metáfora (PERELMAN, 1996, p.437; BRONZE, 2006, p.686; NADER, 2011, p.141).

A expressão «fontes de Direito» (*fontes iuris*) é uma metáfora (e quantas metáforas e ficções há em Direito!...), porque, em rigor, «fonte» é o lugar onde a água *nos aparece* – se vê e se pode facilmente recolher [...]. A palavra «fonte» (*fons*) deriva, em última análise, provavelmente, do grego φένω (fénō=abrir), donde se originou φόνος (fónòs), e depois, por síncope, *fons*. Desde o início, foi um vocábulo que se empregou sempre relacionado com água. Portanto, «fonte», etimologicamente, significa aquilo que está aberto (ou que pode abrir-se) para sair água, ou que já contém água, podendo esta recolher-se naturalmente, com facilidade; algo donde ou onde *nos aparece água*. [...] «Fonte de direito» (*fons iuris*) será, pois, tudo aquilo que está aberto ou se pode abrir, para correr «linfa jurídica», podendo esta ser recolhida com facilidade; lugar onde nos aparece o direito. (CRUZ, 1984, p.162)

Fontes jurídicas pretende significar, portanto, a origem do direito, de onde este emana, tal qual a água emana da sua fonte no solo.

Entre os juristas, o uso da metáfora acabaria por apresentar ambiguidades.

Na verdade, a expressão *fontes do direito* é uma metáfora cheia de ambiguidades. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese. As discussões sobre o assunto [...] revelam que muitas das disputas resultam daquela ambiguidade, posto que por *fonte* quer-se significar simultaneamente, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução das regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e justificação. (FERRAZ JR., 2003, p.225)

Além de metafórica e ambígua, a expressão fontes do direito traduz variados significados, revelando-se, portanto, polissêmica (MENDES, 2004, p.79; SOARES, 2013, p.65). Ainda assim, desde as suas origens, as quais remontam ao século I a.C., conforme sustentado anteriormente, o termo fora através dos tempos utilizado com aceitação. Alguns juristas pretenderam substituí-la por outras, como fatos normativos ou fatos de produção normativa, sem grande êxito. Observa Cruz que “Há-de ser muito difícil encontrar expressão mais cômoda para dizer o mesmo” (1984, p.163).

No início do século XIX, Savigny, nome emblemático Escola Histórica do Direito, distinguia a lei do seu sentido, sendo o primeiro entendido como ato estatal e o segundo como espírito da lei. Para o jurista alemão, o espírito da lei repousaria nas convicções comuns do povo. “Tal como a língua e as restantes expressões culturais, o jurídico resulta de uma criação espontânea da consciência coletiva, de uma manifestação do espírito do povo respectivo (*‘Volksgeist’*), a evolução da específica realidade social” (COSTA, 2009, p.438). Um século depois, François Géný reforça a dicotomia sugerida por Savigny, destacando dois tipos de fontes: materiais (ou substanciais) e formais, distinção reproduzida até o tempo atual.

De um lado, temos, assim, as *fontes substanciais*, que são *dados*, como é o caso dos elementos *materiais* (biológicos, psicológicos, fisiológicos) que não são prescrições, mas que contribuem para a formação do direito, dos elementos *históricos* (representados pela conduta humana no tempo, ao produzir certas habitualidades que vão, aos poucos, sedimentando-se), ou dos elementos *racionais* (representados pela

elaboração da razão humana sobre a própria experiência da vida, formulando princípios universais para a melhor correlação entre meios e fins) e dos elementos *ideais* (representados pelas diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados valorativos de seus interesses). De outro lado, fala em *fontes formais*, correspondendo ao *constituído*, significando a elaboração técnica do material (fontes substanciais) por meio de *formas solenes* que se expressam em leis, normas consuetudinárias, decretos regulamentadores etc. (FERRAZ JR., 2003, p.223-224)

Ferraz Júnior (2003, p.224-225) ressalta que essa dicotomia, entretanto, apresentou um problema teórico para a dogmática jurídica. Destarte, se considerado, por exigências de certeza e segurança, que o sistema jurídico deva confluir para um único ponto de origem, a dicotomia introduziria uma dualidade no que tange ao dado e ao constituído, eis que não necessariamente esses corresponderiam a uma unidade. Tal problema teria impulsionado a doutrina jurídica a pensar numa hierarquia para as fontes, na qual ora eram valoradas as fontes substanciais, ora as formais. Na primeira linha, a fonte formal teria o papel secundário de revelar o direito, sendo a fonte material a autêntica. De outro lado, diriam que sem o aspecto formal nenhum elemento material poderia ser reconhecido como direito.

Nader (2011, p.141) aponta que entre os cultores do direito há grande diversidade de opiniões quanto ao tema das fontes, em especial quanto ao seu elenco. Reale (2011, p.139-140) afirma que a dicotomia entre fonte formal e material gera equívocos, motivo pelo qual considera que somente importam para o estudo do direito as fontes formais, entendidas como processos de produção de normas jurídicas, enquanto as fontes materiais interessariam ao estudo filosófico ou sociológico do direito.

As fontes formais, de fato, apresentam-se como aquelas que mais frequentemente são elencadas pela doutrina brasileira no tratamento das fontes jurídicas, sendo elas: os costumes, a jurisprudência, a lei (ou legislação) e a doutrina⁸. Essas dividem-se, ainda, em fontes estatais e não estatais.

8. Há autores que não consideram a doutrina uma fonte formal. A exemplo, Paulo Nader afirma que "não é fonte formal, porque não possui *estrutura de poder*, indispensável à caracterização das formas de expressão do Direito" (2011, p.184).

Dentro da pluralidade das fontes formais do direito, podem ser vislumbradas tanto fontes jurídicas estatais, produzidas por órgãos do Estado, tais como a legislação ou a jurisprudência, como também fontes jurídicas não estatais, gestadas pelo conjunto dos agentes sociais, a exemplo da doutrina, do costume jurídico, do negócio jurídico e do poder normativo dos grupos sociais. (SOARES, 2013, p.66)

Ferraz Júnior diferencia o sentido de *legislação* e *lei*. Sendo a primeira, *lato sensu*, “modo de formação de normas jurídicas por meio de atos competentes, [...] é fonte de inúmeras normas que requerem procedimentos regulados por outras normas que, por sua vez, são também produto de atos competentes” (2003, p.228). A lei, por sua vez, não deve ser confundida com norma, sendo esta uma prescrição, enquanto aquela “é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento. Nesse sentido, a lei é fonte do direito, isto é, o revestimento estrutural da norma que lhe dá a condição de norma jurídica” (*idem*, p.233). Assim, o caráter jurídico da norma será verificado se a lei que contém sua prescrição for submetida a específicos procedimentos, que compõem o processo legislativo.

Outras definições de lei podem ser encontradas na literatura jurídica. Nader conceitua a lei como “forma moderna de produção do Direito Positivo; [...] ato do Poder Legislativo, que estabelece normas de acordo com os interesses sociais” (2011, p.146), enquanto Soares como “conjunto de normas de direito gerais, proclamado obrigatório pela vontade de uma autoridade competente e expressa através de uma fórmula escrita (*jus scriptum*)” (2013, p.67).

Ao revés do que ocorre com a lei, o costume, enquanto fonte do direito, pressupõe formulação de normas em procedimento difuso, baseado nas crenças e nas tradições. Sua autoridade repousa na força que é conferida ao tempo e ao uso contínuo enquanto reveladores da norma, nesse caso, denominadas de normas consuetudinárias (FERRAZ JR., 2003, p.241). Cruz conceitua costume, em sentido moderno, como “a observância constante e uniforme de uma regra de conduta pelos membros duma comunidade social, com a convicção da sua obrigatoriedade, quer dizer, de que isso corresponde a uma necessidade jurídica” (1894, p.171).

A doutrina, também denominada direito científico, a seu turno, “compõe-se de estudos e teorias, desenvolvidos pelos juristas, com o

objetivo de interpretar e sistematizar as normas vigentes e de conceber novos institutos jurídicos, reclamados pelo momento histórico” (NADER, 2011, p.181). Considera-se a doutrina uma fonte jurídica no sentido de essa fornecer orientações ao legislador e aos juízes para a produção de leis e para sua aplicação.

No que se refere à jurisprudência, Nader esclarece, quanto ao vocábulo, sua origem e atual uso.

No curso da história o vocábulo *jurisprudência* sofreu uma variação semântica. De origem latina, formada por *juris* e *prudencia*, o vocábulo foi empregado em Roma para designar a Ciência do Direito ou teoria da ordem jurídica [...]. Neste sentido ainda é aplicado modernamente, mas com pouca frequência [...]. Atualmente o vocábulo é adotado para indicar os precedentes judiciais, ou seja, a reunião de decisões judiciais, interpretadoras do Direito vigente. (NADER, 2011, p.171)

Nader (2011, p.172) ainda adverte acerca da existência de autores que afirmam igualdade entre a jurisprudência e o costume, levados pelas semelhanças existentes entre ambos. Ferraz Júnior (2003, p.244) a coloca, inclusive, como uma espécie de costume, e nos conduz à uma discussão quanto à consideração ou não da jurisprudência como fonte do direito, problemática que perpassa reflexões sobre as duas tradições ocidentais de direito mais comumente aludidas: a romanística e a anglo-saxônica. A temática quanto a valoração da lei e da jurisprudência, enquanto fontes jurídicas, no âmbito do *civil law* e do *common law* será abordada mais adiante.

1.3. Fontes do direito como limitação à atividade jurídico-decisória

Como aludido anteriormente, o termo “fontes”, utilizado no domínio jurídico, apresenta-se como expressão metafórica e ambígua. Tal ambiguidade explicar-se-ia pelo fato de a teoria moderna das fontes estar, primordialmente, relacionada ao problema da identificação do que seria o direito naquele contexto. A teoria viria, assim, a atuar como um instrumento da ciência jurídica, possibilitando regular o aparecimento contínuo e plural de normas de comportamento sem perder de vista a segurança e a certeza das relações.

Como seu problema nuclear é a identificação do direito para uma razoavelmente segura e certa aplicação (questão de decidibilidade), a noção de fonte apoia-se em diferentes lugares comuns proporcionados pela sociedade moderna, como a soberania da lei, a liberdade contratual, a racionalidade ética, a historicidade do fenômeno jurídico etc. Como sua base é tópica (de *topoi*, lugares comuns), a teoria não tem um acabamento rigorosamente lógico. Os lugares-comuns são apenas fórmulas de procura e orientação de raciocínio que se explicitam em função dos problemas de decidibilidade. (FERRAZ JR., 2003, p.227-228)

Seria objeto da dogmática teoria das fontes descrever, operacionalizar e discriminar as normas jurídicas e seu modo de formação (FERRAZ JR., 2003, p.228). Notadamente o trabalho de elencar as fontes do direito acaba por esclarecer o que deve ser considerado direito, incidindo diretamente na questão da aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, porquanto a teoria das fontes conferiria critérios (objetivos e subjetivos) para essa aplicação. Ao identificar o direito a ser aplicado limitar-se-ia, assim, a atividade decisória.

Perelman destaca que “ao lado das fontes do direito, fornecidos pela ontologia⁹, cabe [...] interrogar-se sobre a fonte da autoridade encarregada de dizer o direito, ou seja, normalmente o poder judiciário” (1996, p.448). Ross destaca, a seu turno, as normas de conduta como fundamento da decisão do juiz, tendo este que encontrar, no espaço delimitado enquanto direito, a solução às situações práticas que lhes são submetidas.

[...] o juiz tem que abrir caminho através das normas de conduta que necessita como fundamento para sua decisão. [...] o processo mental pelo qual o juiz decide fundar sua decisão em uma regra de preferência a outra não é uma questão de capricho e arbítrio, variável de um juiz para outro, mas sim um processo determinado por posturas e conceitos, por uma ideologia normativa comum, presente e ativa na mente dos juízes quando atual como tais. [...] Essa ideologia é o objeto da doutrina das fontes do direito. Constitui o fundamento do ordenamento jurídico e consiste em diretivas que não concernem diretamente

9. Perelman qualifica como ontologia jurídica a “perspectiva que concebe as fontes do direito como determinantes da autoridade do direito em questão a partir de sua natureza” (1996, p.438).

ao modo como deverá ser resolvida uma disputa legal, mas que indicam a maneira pela qual um juiz deverá proceder a fim de descobrir a diretiva ou diretivas decisivas para a questão em pauta. (ROSS, 2007, p.101-102)

Ainda que seja considerado que os diversos sistemas de direito possuam diferentes concepções do fenômeno jurídico, a teoria das fontes adotada em cada um irá desempenhar o papel de viabilizar meios à aplicação do direito. Ao tratar das fontes jurídicas, Perelman examina os sistemas do direito judaico tradicional, do direito anglo-saxônico e do direito francês, concluindo justamente que todos “têm em comum o fato de que cada qual se empenhará em obviar aos inconvenientes resultantes, na prática, da ontologia admitida” (1997, p.439-440), utilizando-se, por conseguinte, técnicas de raciocínio e métodos com a finalidade de adaptar esta ontologia às necessidades de uma aceitável aplicação do direito.

Ao presente estudo caberá analisar, por conseguinte, questões tangentes aos sistemas denominados *common law* e *civil law*, sobretudo por ser a valoração das fontes legislativa e jurisprudencial aspecto relevante para aproximação e distanciamento dessas duas tradições jurídicas.

2. AS FONTES LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL COMO MARCO DE DISTINÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DO *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW*

Considerando a acepção de direito como um conjunto de normas ou regras de caráter social (CRUZ, 1984, p.7), pode-se depreender que cada sociedade irá formar um entendimento mais ou menos próprio do que é o direito, onde estão ou de onde emanam as normas de comportamento e como elas devem ser aplicadas para dirimir os problemas da vida prática.

A multiplicidade dos direitos, no entanto, não se resume a diferentes conjuntos de regras editadas por cada legislador, mas a algo mais complexo, um sistema.

Cada direito constitui de fato um sistema. Emprega um certo vocabulário, corresponde a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias, comporta o uso de certas técnicas para

formular regras e certos métodos para as interpretar; está ligado a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito. (DAVID, 2014, p.20)

Deste modo, a diversidade nos direitos acarretará diferentes atribuições de função às fontes do direito e variados métodos de raciocínio utilizados para a identificação das regras jurídicas, sua interpretação e aplicação. Ante a diversidade dos direitos, costumam os estudiosos do direito comparado¹⁰ agrupá-los em famílias de direitos, famílias jurídicas ou, ainda, tradições de direito.

[...] uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada de organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual, em parte, é uma expressão. (MERRYMAN *apud* BARREIROS, 2015, p.186)

Com efeito, os ordenamentos jurídicos são classificados numa ou noutra tradição com base nos aspectos das suas formações e outras características que os aproximam ou distanciam. Não há, contudo, grande consenso dos comparatistas quanto aos critérios de agrupamento, tampouco sobre quais famílias de direito devem ser, por conseguinte, reconhecidas¹¹. David (2014, p.22) sustenta que

10. O direito comparado tem sido responsável pela investigação da diversidade jurídica nos países. Esclarece David (2014, p.1-5) que a comparação entre os direitos é muito antiga. Aristóteles já havia utilizado o estudo das 153 constituições das cidades gregas e bárbaras como base para escrever seu tratado sobre a política. Como ramo científico, entretanto, o direito comparado é fenômeno mais recente. Isto porque, durante séculos, a ciência do direito se dedicou à busca por princípios universais com base na vontade de Deus, da natureza e, posteriormente, na razão humana. Somente no século XIX, com as codificações no direito continental, a noção de um direito universal deu lugar a progressiva necessidade de comparação das diversas leis adotadas pelas nações europeias, tornando-se um interesse de estudo daquelas universidades. Decerto atualmente a expansão das relações internacionais aproveita outras utilidades do direito comparado, assim como as investigações históricas e filosóficas voltadas para o direito.

11. Esin Örucü menciona algumas classificações, como a proposta por Warrington e Mark van Hoeck, na qual teríamos quatro grupos de direito divididos em critérios culturais, sendo: africano, asiático, islâmico e ocidental, estando inserido

tais discussões são desprovidas de sentido, reconhecendo que recorreremos à noção de família de direito unicamente para fins didáticos. Assim, todos os modos de classificação teriam seu mérito, desde que adequados à finalidade didática a que se proponham.

No presente estudo interessa os sistemas do *civil law* e do *common law*, expressões originalmente adotadas pelos juristas ingleses e norte-americanos (SILVA; LEITE, 2015, p.1424), no que tange aos aspectos da formação histórica desses sistemas jurídicos, a fim de compreender o lugar da lei e da jurisprudência enquanto espécies de fonte de direito.

2.1. *Civil law*

A família romano-germânica é aquela que “agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano” (DAVID, 2014, p.23), considerando o *ius romanum* antigo que atravessou treze séculos, vigendo sob diferentes épocas entre 753 a.C a 565 d.C.¹².

Cruz (1984) explica que inicialmente a *iusprudentia* era, para os romanos, a ciência do direito¹³, e não uma fonte. Ao longo dos séculos a função da *iusprudentia* era de interpretar as normas, inicialmente

neste último o direito europeu, americano e o da Oceania. Ou, ainda, as propostas sustentadas por Adam Podgorecki, que admite a existência de dez grupos, e a de Ugo Mattei, reconhecendo três grupos divididos por critério de caráter econômico (ÓRÚCŮ *apud* SILVA; LEITE, 2015, p.1425).

12. Seguindo periodização estabelecida por Sebastião Cruz, que adota fundamentalmente um critério jurídico interno, temos quatro épocas históricas, quais sejam: “a) *Época arcaica* (753 a.C.(?)-130 a.C.). [...] b) *Época clássica* (130 a.C.-230 d.C) [...] c) *Época post-clássica* (230-530) [...] d) *Época justinianeia* (530-565)” (1984, p.39).
13. Distante das discussões sobre a cientificidade do direito que conhecemos, a questão para os romanos estava resolvida na ideia de que o Direito era “uma ciência e uma técnica do justo e do injusto” (CRUZ, 1984, p.281). E dentro da complexidade de ser, ao mesmo tempo, científico e técnico, a espécie de ciência contida no Direito, para os romanos, era o “saber-agir”, a *prudentia*. “O saber-agir, a que os gregos chamavam frónesis (φρόνησις) e os romanos *prudentia* é, segundo Aristóteles, a «recta ratio agibilium». É uma praxis. É a ciência que tende para a ação, para o «agir»; e, como «agir» não tem complemento, tende para algo que principia e acaba em nós; tende, portanto, para o *honestum* [...] Portanto, enquanto o saber-puro (*sapientia*, σοφία) é a ciência do Ser, o saber-agir (*prudentia*, φρόνησις) é mais a ciência dos Valores” (CRUZ, 1984, p.282-283).

os costumes e posteriormente as leis. Mesmo estando presente no *ius romanum* desde seu período consuetudinário, a *iurisprudentia* só é reconhecida como fonte imediata de direito tardiamente, a partir do imperador Adriano (117 a 138 d.C.)¹⁴.

Com a queda do Império Romano (século V), incentivada pelas sucessivas invasões de outros povos, sobretudo os germanos, passam os romanos a conviver com outras populações, cada uma seguindo suas próprias leis. O convívio entre esses povos e a ascensão do regime feudal propicia que seus modos de vida se aproximem, desaguando numa influência mútua também no que tange aos direitos (Cf. DAVID, 2014).

Chegando à Alta Idade Média (476 d.C.), as construções acerca do direito cedem espaço à ideia de que a sociedade deve fundar-se na fraternidade e na caridade¹⁵. Apenas entre os séculos XII e XIII, no Ocidente europeu, é que se opera um renascimento da concepção de direito como fundamento da ordem civil, adequada para assegurar e permitir o progresso da sociedade diante do crescimento do comércio.

Em algumas regiões, como Itália e o sul da França, houve um processo gradual e espontâneo de mudança, que conduziu à substituição do antigo direito consuetudinário pelo direito romano, então redescoberto. Isso ocorreu muito cedo, a partir do século XII. Em outras partes, no Norte da França e no Sul dos Países Baixos, o direito consuetudinário persistiu e foi até estabelecido e promulgado pelas autoridades centrais (“homologação de costumes”). Mesmo aí, no entanto, o direito romano

-
14. Enquanto o *ius romanum* era direito consuetudinário, cabia aos *iurisprudentes* (juristas) extrair dos costumes os princípios norteadores da conduta, por meio da interpretação (*interpretatio*). A função interpretativa dos *iurisprudentes* é mantida quando o *ius romanum* conhece a lei (*lex*). A primeira *lex* romana teria sido a Lei das XII Tábuas (provavelmente em 450 a.C.). Mesmo com uma fonte de direito escrita, a atividade dos *prudentes* era exercida com grande liberdade, em razão da insuficiência das disposições das tábuas em reger todas as relações sociais e as novas situações que se colocavam com o tempo (CRUZ, 1984, 170-185).
 15. “São Paulo, na sua primeira epístola aos coríntios, exalta a caridade em vez da justiça e recomenda aos fiéis que se submetam à arbitragem dos seus pastores, ou dos seus irmãos, invés de recorrerem aos tribunais. Santo Agostinho defende a mesma tese. No século XVI, também um adágio, na Alemanha, diz *Juristen, bose christen* (juristas, maus cristãos); se se aplica de preferência aos românicos, o adágio vale para todos os juristas; o próprio direito é coisa má” (DAVID, 2014, p.39).

teve um importante papel suplementar e continuou sendo a base de comentários eruditos. [...] A influência do direito romano foi ainda mais marcante no Império Germânico, onde se decidiu, por volta de 1500, abandonar os costumes medievais e “receber” (*recipere*) o direito romano como direito nacional. (CAENEGEM, 2000, p.3)

O renascimento do *ius romanum*, ocorrido entre os séculos XII e XIII, marca a formação dos traços que posteriormente vão caracterizar a família romano-germânica, denominação que teria sido adotada em homenagem “aos esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo, nas universidades dos países latinos e dos países germânicos” (DAVID, 2014, p.24). Pertencem a essa família todos os países da América Latina, uma grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia¹⁶.

As universidades da Europa ocidental tiveram uma função essencial no renascimento do direito romano¹⁷ e elaboraram, no decorrer dos séculos, um direito comum à toda Europa, negligenciando as fronteiras entre os Estados. Nesse sentido, as universidades não se preocuparam com as legislações regionais, sequer com as regras processuais e regulamentações administrativas extraídas do *ius romanum*, mas em conceber um modelo de organização social comum. Dispuseram, assim, aos Estados um *jus commune* do direito romano-germânico, o qual seria, para David, “um monumento, edificado por uma ciência europeia, que visa, ao fornecer aos juristas modelos, um vocabulário e métodos, orientá-los na procura de soluções de justiça” (2014, p.45). Costa, a seu turno, designa direito comum ou *ius commune* enquanto “o sistema normativo de fundo romano que se consolidou com os Comentadores e constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até finais do século XVIII” (2009, p.284).

16. “Os países que pertencem a esta família são, na História, aqueles em que os juristas e práticos do direito, quer tenham ou não adquirido a sua formação nas universidades, utilizam classificações, conceitos e modos de argumentação dos romanistas” (DAVID, 2014, p.52-53).

17. “[...] das quais a primeira e mais ilustre, na Itália, foi a Universidade de Bolonha” (DAVID, 2014, p.41). Costa também aponta que “O verdadeiro renascimento do direito romano, quer dizer, o estudo sistemático e a divulgação, em largas dimensões, da obra jurídica justinianeia, inicia-se apenas no século XII, com a Escola de Bolonha” (2009, p.234).

Caenegem destaca que por volta de 1.100 o Ocidente redescobriu o *Corpus iuris civilis* do imperador romano Justiniano, tendo este texto passado a ser estudado e analisado pelas universidades.

Os estudiosos do direito glosaram e comentaram as antigas compilações oficiais e construíram gradualmente um direito neo-romano ou um direito romano medieval, que se tornou a base comum para o ensino universitário e para a ciência jurídica em toda Europa. O direito romano medieval, ou o direito “civil”, junto com o direito canônico (o que por sua vez era fortemente influenciado pelo direito romano), criou o direito erudito comum para todo o Ocidente: daí o seu nome *ius commune*. [...] O estudo do direito romano na Idade Média poderia ter-se limitado, talvez, à pura pesquisa acadêmica [...]. Mas não foi o que aconteceu. Durante séculos, a doutrina jurídica romana permeou a prática jurídica de vários modos [...], e o direito erudito medieval influenciou, portanto, o desenvolvimento jurídico em maior ou menor medida em todas as partes da Europa ocidental. (CAENEGEM, 2000, p.65)

O interesse pelo direito romano nas universidades europeias atravessou as concepções de diversas escolas, cada uma com suas preocupações e seus métodos próprios. Dentre elas a Escola do Direito Natural, em exaltar a razão e a busca por regras de justiça universais e imutáveis, lança as bases para que ocorresse, entre os séculos XIX e XX, o fenômeno da codificação, quando quase a totalidade dos Estados de tradição romano-germânica publica seus códigos e suas constituições escritas (DAVID, 2014)¹⁸. Em sentido próximo, Costa (2009, p.463) afirma que a raiz do movimento de codificação encontra-se, sobretudo, nos vetores jusracionalistas e iluministas. Para além disso, expõe Caenegem, “Dois regimes políticos diferentes foram responsáveis pela promulgação dos códigos modernos: o governo dos déspotas esclarecidos e a Revolução Francesa” (2000, p.170).

Em determinados países as codificações surgiram com o patrocínio do Despotismo Esclarecido, ao passo que noutros foram uma consequência da difusão das ideias da Revolução

18. Costa afirma que o movimento europeu de codificação do direito, ocorrido desde meados do século XVIII e, sobretudo, durante o século XIX, traduziu-se na “elaboração de amplos corpos legislativos unitários, obedecendo a uma orgânica mais ou menos científica e que condensavam, autonomamente, as normas relativas aos ramos básicos do direito, já então individualizados” (2009, p.460).

Francesa, no quadro das quais o princípio da divisão de poderes tinha enorme relevo. Este postulado conduzia a que todo o direito se apresentasse como uma exclusiva criação do poder legislativo. Entrava-se, em sum, no caminho do positivismo legalista: o direito é uma criação do Estado, enquanto poder legislativo, e esse direito positivo transforma-se num dado indiscutível. (COSTA, 2009, p.463)

A tendência para a codificação, assim como a concepção *juspositivista*, levou ao seio da tradição romano-germânica o primado da lei, elevando esta fonte à posição de mais importante no ordenamento jurídico. Com efeito, a lei será considerada a fonte mais preponderante nos países de tradição romana-germânica, conforme observa Perelman, a respeito do direito francês:

O direito francês pós-revolucionário se fundamenta na ideologia do contrato social, desenvolvida por Rousseau. Segundo ele, a vontade da nação soberana se identifica com a vontade geral; que é sempre reta [...]. Daí a idolatria da lei, expressão da vontade geral: essa fonte de direito justifica a obediência às leis do país. (PERELMAN, 1996, p.439)

De um modo geral considera-se, “nos países de família romana-germânica, que a melhor maneira de chegar às soluções de justiça, que o direito impõe, consiste, para os juristas, em procurar apoio nas disposições da lei” (DAVID, 2014, p.119). Daí afirmar-se, portanto, o domínio da legislação nos sistemas de tradição do *civil law*, contraposta à valorização das decisões dos tribunais no *common law*, tema tratado a seguir.

2.2. Common law

O sistema denominado como *common law* compreende o direito que se desenvolveu na Inglaterra após a conquista normanda (1.066 d.C.), sob forte influência dos Tribunais Reais de Justiça e, mais tarde, dos Tribunais do Chanceler. A maior parte dos países que esteve politicamente associado à Inglaterra recebeu a influência do modelo inglês, o que reflete nas suas instituições, conceitos, modo jurídico de pensar, organização administrativa e judiciária, bem como nas regras de processo e de provas (DAVID, 2014, p.352).

O sistema jurídico do *common law* é também chamado de direito inglês, anglo saxão ou, ainda, da Grã Bretanha, contudo o uso

dessas expressões é considerado absurdo pelos estudiosos do tema, haja vista que corresponderiam, em verdade, a espécies do gênero *common law*, com peculiaridades históricas diversas ao direito de origem britânica (PORTO, S/D, p.2-3). Ponto característico desse sistema, conforme observação de Radbruch (1962, p.10), é o apego pela tradição e antigos costumes.

Este sentido inglês da realidade também é a base do sentido inglês de história, do amor do inglês pelas tradições. Costumes antigos, antigas formas de um passado, já obsoleto, são transmitidas até hoje. O inglês se apegou a essas antigas formas, embora aparente não dar-lhes muita importância.¹⁹

Apesar do domínio do Império Romano na Inglaterra, o *ius romanum* não imprimiu grandes vestígios na construção do *common law*. No século V, com a queda desse Império, o território inglês passa a ser ocupado por tribos de origem germânica: saxões, anglos e dinamarqueses. Não existia uma unidade de direito e as leis locais, regidas em língua anglo-saxônica, regulavam alguns aspectos da vida social nas tribos. Tais leis compunham o período que os historiadores designaram como do direito anglo-saxônico (DAVID, 2014, p.356-357).

A invasão do povo da Normandia, no ano de 1.066, propicia que se instale na Inglaterra um poder forte e centralizado que marca o início da experiência feudal inglesa. A centralização do poder, operada pelos normandos, leva ao surgimento de um direito comum à toda Inglaterra, aplicado pelos Tribunais Reais.

A comune ley ou a *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe. A assembleia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um

19. Tradução livre de “Questo senso inglese della realtà è anche la base Del senso inglese della storia, dell'amore dell'inglese per la tradizione. Antiche usanze, antiche forme di un remoto, ormai pallido passato si sono tramandate fino al iorno d'oggi. L'inglese si è affezionato a queste antiche forme, anche se egli si dà l'aria di non averle in gran conto” (RADBRUCH, 1962, p.10).

meio de prova que não tem nenhuma pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as *Hundred Courts* ou *County Courts* serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (*Courts Baron, Court Lee, Manorial Courts*); mas estas estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro eminentemente local. As jurisdições eclesiásticas instituídas depois da conquista aplicarão o direito canônico comum a toda cristandade. A elaboração da *comune ley*, direito inglês, comum a toda Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster. (DAVID, 2014, p.359)

Enquanto os juristas do continente europeu se preocupavam em determinar direitos e obrigações, os ingleses aprimoravam o formalismo nas questões de processo. O *common law* “só aos poucos passou a conter normas substantivas, que definissem os direitos e as obrigações de cada um” (DAVID, 2014, p.364). No final da Idade Média (meados do século XIII), os tribunais municipais e eclesiásticos vão desaparecendo e tendo sua competência comum absorvida pelos Tribunais Reais. No século XIX, as Cortes Reais já são os únicos a administrar a justiça.

Ao contrário do que ocorreu na Europa continental, as universidades não influenciaram tanto a construção do direito inglês, que foi elaborado historicamente pelos tribunais reais (*common law*) e pelos tribunais da chancelaria (*equity*)²⁰, convergindo para um direito jurisprudencial (*case law*).

20. Consoante explica David, “os particulares, não podendo obter justiça dos Tribunais Reais, ou chocados pela solução dada à sua causa por esses tribunais, se dirigiam ao rei para lhe pedir que intervisse ‘para tranquilizar a consciência e fazer uma obra de caridade’. O recurso, em semelhante caso, passava normalmente pelo Chanceler; este transmitia-o ao rei, se o julgasse oportuno, o qual decidia no seu Conselho a solução para este recurso” (2014, p.371). A intervenção do Chanceler torna-se mais solicitada e autônoma, passando a existir enquanto jurisdição, ao lado dos Tribunais Reais. Por ter função de corretivo ante aos Tribunais Reais, a jurisdição do Chanceler ganhou a nomenclatura de *equity*. Suas decisões “tomadas inicialmente em consideração pela ‘equidade do caso particular’, tornam-se cada vez mais sistemáticas, fazendo a aplicação de doutrinas ‘equitativas’ que constituem adjunções ou corretivos aos princípios ‘jurídicos’ aplicados pelos Tribunais Reais” (*idem*, p.372).

Perelman explica, no tocante às fontes do direito, que no *common law* os juízes não fazem a lei, mas, em verdade, a descobrem, eis que existiria “uma lei prévia, espécie de direito natural, reconhecido no país, na qual os juízes fundamentam para administrar a justiça” (1997, p.439).

Todavia, a tendência legalista que se espalhou na Europa no século XIX, consoante explanação anterior, também afetou a Inglaterra. Em se tratando de um direito jurisprudencial, a busca pelas certeza e segurança jurídica foi no sentido de encontrar meios de tornar as decisões judiciais mais frequentes e coesas entre si. É nesse contexto que a regra do precedente se fortalece e ganha obrigatoriedade na Inglaterra.

A função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também de destacar as regras do direito. É natural, nestas condições, que a jurisprudência na Inglaterra tenha adquirido uma autoridade diferente da que adquiriu no continente europeu. As regras que as decisões estabelecem devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a “certeza” e comprometerem a própria existência da *common law*. A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. (DAVID, 2014, p.428)

Com efeito, no bojo do sistema do *common law*, a regra de precedente obrigatório emerge como forma de conferir previsibilidade às decisões, o que decorre do fato de tratar-se de um direito eminentemente jurisprudencial.

3. JUSTIÇA, PROCESSO E DECISÕES JUDICIAIS

3.1. A justiça como ideal do direito

Em geral, considera-se a justiça como a ideia essencial ao Direito (NADER, 2011, p.107)²¹, apresentando-se como seu objetivo maior e seu valor-mestre (BELCHIOR; MOREIRA, 2008, p.5994). Disso surge, segundo argumenta Ross, “questões fundamentais acerca do teor e argumento do princípio de justiça” (2007, p.25).

21. “Geralmente se considera que a justiça é a ideia de direito” (ROSS, 2007, p.25).

Indagações de cunho filosófico sobre a justiça foram levantadas ao longo da história humana, não apenas por cultores do direito²². Chaïm Perelman desenvolve uma análise da noção de justiça, a qual considera “a mais irremediavelmente confusa” (1996, p.7) e, a partir da busca por um denominador comum dentre concepções anteriormente demarcadas, verifica que há uma predisposição em acreditar que “ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista” (*idem*, p.18). A noção de justiça estaria relacionada, assim, a uma ideia de igualdade²³.

Ross (2007, p.314) esclarece que o pensamento de justiça como igualdade fora formulado no século IV a.C. pelos pitagóricos, tendo se apresentado, desde então, sob inúmeras variantes. Acrescenta o filósofo dinamarquês que a exigência de igualdade contida na ideia de justiça deve ser compreendida em sentido relativo.

Se a igualdade é tomada num sentido absoluto, significa que todos, quaisquer que sejam as circunstâncias, deverão encontrar-se exatamente na mesma posição que os demais (a cada um o mesmo). No entanto, fica óbvio que tal uniformidade não pode ser aquilo que se entende geralmente por justiça. Tal falta de reconhecimento de todas as diferenças reais significa de fato que todos ocupariam uma posição jurídica idêntica [...]. A ideia de igualdade deve ser compreendida, portanto, num sentido relativo, isto é, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira. (ROSS, 2007, p.314-315)

Observa Chagas Oliveira (2007, p.51) que a tentadora proximidade entre as noções de igualdade e identidade tornaria ainda mais confusa a noção de justiça. Longe de tratar a igualdade em termos absolutos, a consideração de Perelman aproxima-se, antes, da observação feita por Aristóteles de que “é necessário existir

22. A exemplo, Dworkin (1999, p.92) menciona que também os filósofos políticos dedicam-se à análise de questões atinentes à justiça.

23. “A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a ideia de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre este ponto. A ideia de justiça consiste numa certa aplicação de igualdade. O essencial é definir essa aplicação de tal forma que, mesmo constituindo o elemento comum das diversas concepções de justiça, ela possibilite as suas divergências.” (PERELMAN, 1996, p.14)

certa semelhança entre os seres aos quais se se aplica a justiça” (1996, p.17). A aplicação de uma norma de igualdade prescindiria, assim, de algum critério pelo qual fosse determinado o que seria considerado igual e, nesse sentido, aponta Ross (2007, p.315) que as diversas formulações de justiça incluem um padrão de avaliação para a definição das categorias cujos membros devem ser tratados com igualdade.

Entendendo não haver consenso sobre qual característica humana deveria ser evidenciada como critério da medida de igualdade entre os homens, Perelman considera mais adequado propor uma noção de justiça formal ou abstrata, definindo-a como “*princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma*” (1996, p.19).

Decerto, no quadro da evolução do direito, nem todas as concepções sobre o fenômeno jurídico conferiram a mesma relevância ao problema da justiça. Inobstante, conforme pontua Ross (2007, p.92), uma ordem somente pode ser reconhecida como detentora do caráter de direito quando satisfaz as exigências mínimas derivadas da ideia de justiça ou que, ao menos, seja uma tentativa de realização da justiça.

Na medida em que a ordem jurídica somente poderá ser considerada legítima se for a expressão da justiça, também a justiça dependerá do direito para se tornar prática, corporificando-se, para tanto, nas leis (NADER, 2011, p.107) ou, – parece-nos melhor dizer – na normatividade jurídica²⁴, a ser reconhecida e delimitada pela ontologia das fontes do direito. As normas jurídicas, a seu turno, somente terão valor prático através da maneira como forem aplicadas, o que supõe um processo de interpretação (DAVID, 2014, p.129).

24. O próprio Nader evidencia, ao tratar da interpretação em Direito, a concepção de norma jurídica *lato sensu*: “Não apenas a lei é interpretável, não apenas o Direito escrito, mas toda forma de experiência jurídica. Assim, a norma costumeira, a jurisprudência, os princípios gerais do Direito devem ser interpretados, para se esclarecer o seu real significado e o alcance de suas determinações. Soller julga preferível dizer-se ‘interpretar o Direito’, em vez de ‘interpretação da lei’, porque esta segunda expressão pode levar ao entendimento de que todo o direito se manifesta na lei – ponto de vista defendido pela vetusta Escola da Exegese [...]” (2011, p.264).

3.2. Interpretação do direito, hermenêutica jurídica e metodologia jurídico-decisória

Considerando o caráter geral, abstrato e impessoal da lei e incidindo essa nas condutas e relações humanas que são, ao contrário, particulares, concretas e pessoais, é reconhecida a improbabilidade de o legislador contemplar todas as possibilidades de conflitos emergentes da dinâmica social. Ao escrever sobre a hermenêutica jurídica, Habermas (1997, p.247) atribui a Aristóteles a ideia de que nenhuma regra regula sua própria aplicação e esclarece, ainda, que as situações fáticas acabam por não esgotar o conteúdo significativo das normas gerais.

Uma norma “abrangente” seletivamente uma situação complexa do mundo da vida, sob o aspecto da relevância, ao passo que o estado de coisas por ela constituído jamais esgota o vago conteúdo significativo de uma norma geral, uma vez que também o faz valer de modo seletivo. Essa descrição circular caracteriza um problema metodológico, a ser esclarecido por toda teoria do direito. (HABERMAS, 1997, p.247)

Nader (2011, p.264) sublinha que, sendo a essência do direito sua realização prática, pelo efetivo regramento da vida social, o cumprimento do Direito é indispensável o seu conhecimento, obtido, afinal, pela interpretação. Nas palavras de Andrade (1978, p.9), nenhum problema teria mais interesse para os cultores do direito positivo como o da interpretação das leis. Bronze, por seu turno, identifica a interpretação jurídica como “a actividade reflexiva tendente a desocultar o sentido que uma dada norma jurídica (*lato sensu*) visa exprimir” (2006, p.879). Os conceitos de interpretação e hermenêutica, em que pese serem utilizados como sinônimos, não se confundem.

Enquanto a hermenêutica é teórica e visa a estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando tais diretrizes. Não se confundem, pois, os dois conceitos apesar de ser muito frequente o emprego indiscriminado de um e de outro. A interpretação aproveita, portanto, os subsídios da hermenêutica. [...] A hermenêutica estuda e sistematiza os critérios aplicáveis na interpretação das regras jurídicas. (NADER, 2011, p.261)

Para além da interpretação do direito, sem que a ela se reduza, levanta-se o problema da metodologia jurídica. Bronze, optando pelo uso do termo metodonomologia, esclarece que essa “preocupa-se com a pluralidade de dimensões do concreto juízo decisório” (2006, p.878), preocupações que não estariam restritas à tarefa interpretativa de descortinar o sentido da norma jurídica²⁵.

A metodologia jurídica – ou a metodonomologia, como, sem qualquer êxito, continuamos a preferir, por razões que nos demos conta em outras oportunidades [...] – tem por objecto a práctico-normativamente racionalizada realização judicativo-decisória do direito, dizendo, portanto, respeito (se quisermos ser mais explícitos e recordarmos sem hesitações a etimologia da palavra) ao caminho (*odos*) racionalizantemente (*logos*) percorrido pela decisão judicativa (*nomos*) para que *in concreto* se realize a intenção práctico-normativa e, portanto, fundamentalmente regulativa do direito (a *meta* circunstancialmente visada) [...]. A metodonomologia é, portanto, (até etimologicamente ...), o caminho reflexivo racionalmente percorrido pelos juristas (-decidentes) para alcançarem o seu objetivo – a práctico-normativamente adequada resolução judicativa dos concretos casos-problemas que devam solucionar. (BRONZE, 2006, p.749-756)

Consoante lição de Neves, “À metodologia jurídica compete reflectir criticamente o método da judicativo-decisória realização do direito” (2013, p.17). Se o método, etimologicamente, traduz-se como o caminho (*odos*) para algo (*meta*), a metodologia, ao adicionar “*logos*” à palavra, traria a ideia de racionalidade sendo, então, que “a metodologia é ou propõe-se ser a *razão intencional de um método*” (*idem*, p.9).

Precisamente neste ponto, de ser a metodologia jurídica um caminho racional para a realização do direito, é necessário observar que o problema jurídico-metodológico está relacionado à concepção do que é direito e ao correlato pensamento jurídico, que se mostrou

25. Bronze adverte contra a tentação de reduzir o âmbito da metodonomologia à interpretação jurídica, a qual seria “apenas um dos momentos da complexa *inveniendi* da decisão judicativa” (2006, p.879). Defende o jurista português que metodonomologia tem a ver com a “[...] tarefa (prática) de reconstituinte mobilização, ou mesmo da inovadora constituição, no *inter* discursivo conducente à decisão judicativa” (*idem*, p.753).

mutável ao longo da história humana (NEVES, 2013, p.9; BRONZE, 2006, p. 760). O problema da metodologia jurídica reflete, em última análise, questionamentos sobre que tipo de racionalidade seria adequada ao Direito.

Ross aponta que as ideologias das fontes, por outro lado, também estariam estritamente ligadas ao que chama de estudo doutrinário do método, o qual assume caráter diverso consoante o sistema jurídico que se considere. Assim, ressalta que “Os problemas do método têm que assumir uma forma diferente, por exemplo, num sistema como o inglês, no qual os precedentes (jurisprudência) constituem a fonte predominante do direito, comparativamente a um sistema em que a legislação é a fonte principal” (2007, p.138).

3.3. Precedentes e segurança jurídica: regra do precedente obrigatório e uniformização da jurisprudência

Conforme já tratado, a concepção acerca da fonte do direito jurisprudência adotada nos sistemas do *civil law* e do *common law* é ponto de destaque no que tange à aproximação e à disseminação entre ambos. Enquanto a tradição jurídica do *civil law* formou-se a partir do renascimento do *ius romanum*, havendo um esforço das universidades europeias na construção de um direito universal, comum à toda a Europa e em negligência aos direitos locais, em sentido inverso o *common law* se forma da atividade dos tribunais e tem como uma de suas marcas o apego à tradição e aos costumes.

Esses dois sistemas de direito ocidentais, todavia, foram interpelados com a necessidade de previsibilidade, estabilidade ou certeza do direito, em decorrência de uma exigência de segurança jurídica, perante a qual reagiram de formas diversas²⁶.

26. Há de se atentar que os fenômenos que serão tratadas, de um lado, o surgimento da regra de precedente no *common law* e, de outro, a uniformização de jurisprudência no *civil law*, não ocorreram cronologicamente ao mesmo tempo, especialmente se lembramos a quantidade de países que compõem cada sistema. Justificamos a opção didática de trazer tais fenômenos em paralelo, no entanto, pela busca de

[...] a segurança jurídica é um atributo e uma finalidade do Estado de Direito. Como afirmou Rafael Valim, “há uma notória *fundamentação recíproca* entre o princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito, sendo aquele elemento indispensável deste, ao mesmo tempo em que este é condição daquele”. O Estado de Direito é o Estado em que se assegura a segurança jurídica, embora com ela não se confunda. (LUCCA, 2015, p.58)

Ainda que concorde que a segurança jurídica seja um componente do Estado de Direito, Peixoto (2016, p.68) considera que a mera extração da segurança jurídica daquele conceito diz muito pouco sobre o seu conteúdo, sendo necessário buscar outros aspectos para sua definição.

O Estado de Direito possui um aspecto formal e um aspecto material. A dimensão formal está relacionada à separação dos Poderes, à hierarquização das normas e à proteção jurisdicional. O aspecto material, por sua vez, objetiva proteger os direitos fundamentais. E a segurança jurídica conecta-se ao Estado de Direito tanto sob o seu ponto de vista formal como do ponto de vista material. Na acepção formal, conexas à tripartição dos poderes, hierarquização das normas e proteção judicial auxiliam na cognoscibilidade do direito, mediante a maior organização de funções e normas. No aspecto material, relacionada à proteção de direitos, a segurança jurídica atuará justamente como um “direito-garantia”, tutelando estes direitos. (PEIXOTO, 2016, p.58)

Sem a observância às garantias fundamentais de segurança jurídica nenhum Estado poderia ser qualificado, portanto, como de Direito ou, menos ainda, democrático de Direito (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.55). Venossi conceitua a segurança jurídica como “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida” (*apud* SILVA, 2011, p.434). A existência de segurança refletir-se-ia na necessidade dos jurisdicionados

compreensão da Teoria dos Precedentes. Neste sentido, interessante comentário infere que “Vivemos um movimento invertido dos países do *common law*. Se lá se buscam cada vez mais técnicas para flexibilizar a alta estabilidade do uso dos precedentes (*stare decisis*); nós, do *civil law*, especialmente no Brasil, procuramos cada vez mais pensar em premissas para estabilizar nossa jurisprudência, diante de sua completa instabilidade e da falta de uma teoria dos precedentes adequada às nossas peculiaridades” (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.293).

conhecerem as normas às quais estão subordinados e confiar na sua efetiva aplicação (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.55). Silva (2011, p.434) destaca, nesse sentido, que uma importante condição da segurança jurídica está numa relativa certeza dos indivíduos quanto suas relações e a prevalência de aplicação das normas jurídicas²⁷.

Nos dois sistemas, do *common law* e do *civil law*, a resposta à exigência de previsibilidade do direito se deu no âmbito do poder judiciário, no primeiro através da criação da regra de obrigatoriedade do precedente e, no segundo, pela crescente uniformização da jurisprudência.

O motivo mais rotineiramente oferecido para escolha da vinculação mais forte aos precedentes é o princípio da previsibilidade. Quando um julgador deve decidir o caso da mesma forma como a última, as partes poderão melhor antecipar o futuro. A habilidade de prever o que um juiz fará nos ajuda a melhor planejar nossas vidas, ter algum grau de descanso, e evitar a paralisia de prever apenas o desconhecido. (SHAUER, 2015, p.78)

Conforme delineamos acerca da formação histórica da tradição jurídica romano-germânica, à lei foi atribuída a maior relevância no quadro de fontes do direito. Mesmo com o movimento das codifica-

27. A concepção de José Afonso da Silva (2010, p.434) parece aproximar-se do entendimento de certeza relativa, de Norberto Bobbio, para o qual “[...] a segurança jurídica seria um elemento constitutivo do direito. Ou ele é seguro, ou não é direito, não sendo possível imaginar a existência de um ordenamento jurídico que não seja capaz de produzir, ao menos, um mínimo de certeza” (BOBBIO *apud* PEIXOTO, 2016, p.40). O entendimento de Bobbio contrapõe-se à concepção da segurança jurídica em caráter absoluto defendida por Jerome Frank. Na obra *Law and the modern mind*, o teórico do direito norte-americano, a partir de um aspecto psicológico, considera que “A busca por segurança jurídica teria origem no desejo infantil de segurança, que é preenchido pela figura paterna, capaz de explicar tudo, atuando como capaz de conceder ordem ao caos que é a complexidade da vida aos olhos da criança. Com o passar do tempo, a figura infalível dos pais perde essa capacidade, que passam a se tornar seres humanos como os outros, incapazes de ter todo o conhecimento e aquela segurança inicial por eles fornecida, desvanece. Porém, aquele desejo por segurança permanece inserido naquela pessoa que passa a busca-la em outros setores, no pastor da igreja, nos líderes do grupo, que não conseguem suprir aquele desejo. Com o crescimento, este desejo tornar-se-ia cada vez mais impessoal, sem estar dirigido a um indivíduo em especial. Defende o autor que esse desejo passa a se dirigir ao direito e ao juiz, que seriam os construtores das regras de conduta, as figuras capazes de distinguir o certo do errado e de trazer ordem ao caos” (*idem*, p.39).

ções, também mencionado alhures, percebe-se que a lei, tendo caráter geral e abstrato, não apresentava o grau de previsibilidade desejado, podendo ser aplicada de forma diversa nos casos concretos.

Formular a regra de direito em termos de uma excessiva generalidade é fazer dela alguma coisa de menos preciso, e conferir aos juízes maior liberdade na aplicação da regra de direito. Por consequência, a segurança das relações jurídicas não aumenta pelo fato de se tornar mais fácil descobrir a regra de direito aplicável; antes se verifica o contrário. [...] Desejosa de reforçar a segurança das relações jurídicas, a jurisprudência, logo que em presença das regras formuladas com caráter muito geral, esforça-se por deixá-las mais claras; os supremos tribunais, em particular, exercem o seu controle sobre o modo como estas regras são interpretadas pelos juízes de instâncias. A regra de direito formulada pelo legislador não é mais, nestas condições, que o cerne, um centro à volta do qual gravitam as regras de direito secundárias. (DAVID, 2014, p.106-107)

Nesse contexto, nos países do *civil law*, a busca por certeza e previsibilidade remanesce e passa-se também para a atividade jurisdicional (LOPES FILHO, 2014, p.77), cabendo aos acórdãos, através de uma linearidade, tornarem-se padrões que “gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade” (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.124).

[...] a uniformização da jurisprudência é de interesse público porque confere previsibilidade e segurança jurídica. [...] As decisões, justamente por comporem o sistema jurídico e não se esgotarem no processo em que são proferidas, não podem adotar uma diversidade de discursos jurídicos para tratamento de situações semelhantes, ocasionando uma quebra de igualdade. [...] A estabilidade pode ser visualizada como vertente da segurança jurídica que o respeito aos precedentes pretende oferecer”. (CERQUEIRA, 2014, p.122-123)

No bojo do sistema do *common law*, como dissemos, no qual existem regras de direito menos generalizadas, em maior quantidade e cuja regulamentação é mais pormenorizada que no *civil law* (DAVID, 2014, p.107), a regra de precedente obrigatório²⁸ emerge como meio

28. René David alerta que “a bibliografia relativa à regra do precedente e ao modo como ela é aplicada na Inglaterra é imensa. A obra clássica é de Cross, R., *Precedent in English Law* (3ª ed., 1978)” (2014, p.427).

de conferir previsibilidade às decisões e como decorrência de ser um direito jurisprudencial²⁹.

4. JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL

4.1. A uniformização da jurisprudência no Brasil e o Código de Processo Civil de 2015

Os sistemas jurídicos do *common law* inglês e do Direito Civil continental (ou família romano-germânica), ambos de origem europeia, abordados anteriormente, teriam surgido e atravessado vários estágios de desenvolvimento permanecendo alheios um ao outro (CAENEGEM, 2000, p.IX), todavia assistimos atualmente uma aproximação e influência mútua entre os dois sistemas.

[...] em face da globalização – a qual para o bem ou para o mal indiscutivelmente facilitou as comunicações – observa-se um diálogo mais intenso entre as famílias romano germânicas e a da *common law*, onde uma recebe influência direta da outra. Da *common law* para *civil law*, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira “*commonlawlização*”³⁰ no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica. (PORTO, S/D, p.6)

-
29. “A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. Contudo, a necessidade de segurança e de certeza jurídica não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que a *regra do precedente* (*rule of precedent*), impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu. Anteriormente a esta época houve a preocupação de assegurar a coesão lógica da jurisprudência e considerou-se, cada vez mais frequentemente, o que tinha sido julgado para encontrar a solução que comportava um litígio, mas nunca se tinha adotado o princípio de que fosse rigorosamente obrigatório seguir os precedentes. A tendência legalista do século XIX, à qual se liga na França a escola da exegese, conduziu, na Inglaterra, à submissão a uma regra mais estrita do precedente. O estabelecimento, pelos *Judicature Acts*, de uma hierarquia judiciária mais sistemática e o melhoramento da qualidade das compilações jurisprudenciais contribuíram para produzir o mesmo resultado” (DAVID, 2014, p.428).
30. A título de exemplo, Lenio Streck é um dos juristas que têm adotado o termo (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p.297).

Tratar-se-ia de um “fenômeno conhecido e estudado pelos comparatistas do mundo inteiro como *convergência dos sistemas de civil law* (romano-germânico) [...] com os sistemas de *common law* (consuetudinário³¹), em que os precedentes seriam fontes essenciais do Direito” (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.28). O ordenamento jurídico brasileiro, por seu turno, está inserido na tradição romano-germânica e estaria se aproximando do *common law*, face ao fortalecimento da fonte jurisprudencial.

Até o fim do segundo pós-guerra prevaleceu, em nosso país, a concepção juspositivista, que conferia à lei *status* de fonte suprema e incumbia ao juiz o dever de aplicá-la sistêmica e dogmaticamente. Após, com o emergir do pós-positivismo foi afirmada a discricionariedade judicial na aplicação da lei, em razão da existência de valores que transcenderiam à norma positivada (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p.193)³².

[...] com o relativo abandono do pragmatismo no final do século XIX e início do século XX, entra em cena a ideia de valor, que alcança também o Direito. Atualmente, período pós-positivista, a norma jurídica é formada não só por regras, mas também por princípios, contendo e exprimindo valores³³. (BELCHIOR; MOREIRA, 2008, p.5992)

31. “[...] pode-se registrar que o direito nascido neste sistema funda-se essencialmente na tradição, a ponto de forjar entre seus operadores um senso histórico que lhe rendeu a adjetivação de direito costumeiro” (PORTO, S/D, p.2).
32. “[...] a tese mais aceita para o atual estágio de desenvolvimento indica a expansão universal dos Direitos Humanos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, como vetor axiológico a coordenar uma série de esforços para a remodelagem dos Estados nacionais. Desprende-se a democracia da mera regra majoritária para, então, assegurar também às minorias instrumentos hábeis a realizar direitos inseridos na Constituição, que passam a ter uma relevante função contramajoritária ante as disposições parlamentares e ante as centralizadas ações do Executivo [...] Tem-se, de fato, uma nova separação dos poderes [...] O Judiciário erguer-se por se crer que seu corpo de magistratura, bem protegidos do jogo político partidário, estará mais apto a satisfazer o Direito com apoio nos valores centrados nos Direitos Fundamentais” (LOPES FILHO, 2014, p.65).
33. “Atentemos para o fato de que não só a norma-princípio emana valores, mas também a norma-regra, só que de forma diversa. O conteúdo axiológico de uma regra é bem menor do que o teor de um princípio, já que os valores, seguindo os ditames clássicos, são fatores que determinam a conduta humana. A estrutura fechada da regra não permite uma análise valorativa tão grande como ocorre com a estrutura aberta e abstrata dos princípios” (BELCHIOR; MOREIRA, 2008, p.5992).

A força normativa dos princípios é reconhecida e passam a assumir a categoria de normas jurídicas ao lado das regras (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.41). Observa-se uma ascensão do Judiciário e um abandono da crença na previsibilidade, certeza e segurança jurídica fundadas na lei, passando-se a “admitir uma discricionariedade do intérprete e aplicador para arrematar o processo de definição da norma jurídica a aplicar” (LOPES FILHO, 2014, p.63)³⁴. Com efeito, constata-se “uma constante valorização dos julgados dos Tribunais como elemento persuasivo nas decisões judiciais” (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p.193). No Brasil, inclusive, conforme observa Lopes Filho (2014, p.21), verificou-se, sobretudo nos últimos anos, um aumento de importância conferido aos pronunciamentos jurisdicionais, tanto para o estudo do direito quanto para a prática das atividades jurídicas.

Na década de 1950 uma alteração no então vigente Código de Processo Civil (CPC/1939) introduziu a “uniformização da jurisprudência”, mantida pelo CPC/1973 em seus artigos 476 a 479, que compõem o Título IX do Capítulo I. Tratava-se de uniformização horizontal, isto é, dentro do mesmo órgão jurisdicional, com a finalidade de criar identidade de julgamento³⁵. O mecanismo prevê que as divergências sejam dirimidas e resultem em súmulas indicativas da jurisprudência prevalecente. Na década de 1960, o modelo de súmulas já havia sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal e eram, como atualmente, “pequenos enunciados de matérias recorrentemente julgadas” (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p.193).

Posteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) cria o Superior Tribunal de Justiça, competindo-lhe dirimir controvérsias judiciais, com a possibilidade de edição de

34. “Num ordenamento jurídico comandado por normas principiológicas e recheado de regras veiculadoras de cláusulas gerais, como é o nosso atual sistema, importantíssimo se torna o papel da jurisprudência. Cabe aos tribunais – mormente os Superiores – a aplicação da obra do legislador mediante o mecanismo de precedentes criteriosa e adequadamente elaborados, para a oferta de previsibilidade que propicie a convivência humana e os negócios nela desenvolvidos” (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.56).

35. A vinculação horizontal refere-se à consonância de entendimentos dentro de um Tribunal, enquanto a vinculação vertical tange ao respeito das decisões aos entendimentos dos Tribunais Superiores (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p.117).

súmulas com efeito persuasivo (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p.194). Em 2004, a emenda constitucional nº 45 introduz a “súmula vinculante”.

Após discussão extensa, buscou-se consolidar a aplicação do entendimento jurisprudencial como critério de julgamento, de modo que a jurisprudência perdesse o caráter meramente persuasivo e passasse a ter caráter de aplicação obrigatória, vinculante em todos os Tribunais brasileiros. A mesma Emenda Constitucional introduziu o §3º, ao art. 103-A da Constituição da República de 1988, prevendo o recurso à Reclamação para sancionar o descumprimento judicial ou administrativo de súmula vinculante. (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p.195)

Outras previsões legislativas evidenciam a crescente valorização no Brasil do uso de decisões judiciais pretéritas³⁶, a exemplo: os artigos 543-A e 543-B (demonstração da repercussão geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário), artigo 543-C (técnica de julgamento de recursos repetitivos), além dos

[...] art. 475, §3º (inexistência de remessa necessária quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em Súmula de Tribunal Superior), o art. 518, §1º (Súmula “impeditiva de recursos”), o art. 557 (inadmissão monocrática de recurso contrário à súmula ou à jurisprudência dominante do STF ou do STJ) e o art. 557, §1º (provimento monocrático de recurso em consonância com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou do STJ), todos do CPC.³⁷

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) fortalece a força vinculante dos precedentes que, para Lopes Filho, “Inquestionavelmente, ao lado da legislação, passaram a ser padrões de regulação do comportamento não só de magistrados como também de pessoas de

36. “Súmula vinculante; súmula impeditiva de recursos; decisão em recursos repetitivos; jurisprudência dominante e precedentes autorizadores de decisões monocráticas pelo relator de recursos, de sustação de eficácia executiva de título executivo e julgamento liminar pelo juiz de primeiro grau – são instrumentos processuais que surgiram nos últimos anos e que redimensionaram o papel dos precedentes” (LOPES FILHO, 2014, p.21).

37. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. PARECER PGFR/CR/Nº 492/2010. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/blog/PGFN%20PARECER%20No%20492-2010.pdf>>. Acesso em: 27/08/2017.

uma maneira geral” (2014, p.21). Cambi e Fogaça (2015, p.354) consideram que o CPC/2015 inova ao apresentar, no primeiro capítulo do Livro III, um tratamento específico para os precedentes judiciais, bem como ao regular institutos típicos da teoria dos precedentes, como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*.

Isso introduz e pontua uma nova e necessária abordagem para os estudiosos do Direito processual: a necessidade de conhecer os entendimentos dos tribunais superiores acerca da temática e se aprimorar seus suportes técnicos de construção (entre eles, os recursos), com o consequente delineamento técnico no Novo CPC de uma maior preocupação com “o Precedente Judicial” e com as técnicas de litigiosidade repetitiva (recursos, incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, entre outras), de modo a aperfeiçoar a atual aplicação do Direito jurisprudencial. (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p.29)

No CPC/2015 os institutos jurídicos já mencionados foram mantidos com redação igual ou reformulada³⁸, importando-nos, em relação à fonte jurisprudencial, sobretudo, os artigos 926 e 927 do código.

O artigo 926 do CPC/15³⁹ expressa que os tribunais brasileiros passam a ter o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la, *in verbis*, “estável, íntegra e coerente”, através de súmulas editadas conforme seus regimentos internos.

Percebe-se que a uniformização da jurisprudência pelos tribunais é fortalecida com o artigo 926 do CPC/15, passando a ser um dever e não mais uma possibilidade incentivada, como estava até o

38. Demonstração do requisito de admissibilidade da repercussão geral em Recurso Extraordinário (art. 1.035 e 1.036); Técnica de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.036); Inexistência de remessa necessária quando a sentença for fundada em jurisprudência do plenário do STF ou súmula de tribunal superior (art. 496, §4º); Súmula impeditiva de recursos (art. 1.010); Inadmissão monocrática de recurso contrário à súmula ou à jurisprudência dominante do STF ou STJ (art. 932, III); Provimento de recurso em consonância com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou STJ (art. 932, V), todos do CPC/2015.

39. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

CPC/73 (artigos 476 a 479, já mencionados). Além disso, ao destacar que a jurisprudência deve ser *coerente e estável*, o legislador impõe que os tribunais atentem aos entendimentos de suas turmas sobre as diversas matérias de direito, de modo que não sejam alterados em espaços curtos de tempo, bem como que se mantenham coesos entre si. Para Theodoro Júnior *et al.*, utilizando-se de termos próprios da teoria dos precedentes, o CPC/2015 expande a importância da “cadeia decisória desde a primeira análise (*leading case*) e, em especial, com respeito aos fundamentos dominantes (*ratio decidendi*) que norteiam a aplicação” (2015, p.44)⁴⁰.

Em seguida, no artigo 927 do CPC/15⁴¹, o legislador processualista enumera como de observância obrigatória dos tribunais e juízes: as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; as súmulas vinculantes; acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; as súmulas

40. “Este argumento da necessidade de respeito da história institucional se torna uma grande premissa do Novo CPC quanto ao trato do direito jurisprudencial (dos precedentes) de modo a modificar o atual contexto de anarquia e instabilidade interpretativa típico de um modelo de aplicação no qual o(s) tribunal(is) desprezam seus julgados e permitem voluntarismos ao gosto do aplicador” (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.44).

41. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

do STF em matéria constitucional e as súmulas do STJ em matéria infraconstitucional e as orientações do plenário ou do órgão especial a qual o tribunal esteja vinculado⁴².

Observamos, pela leitura do artigo 927 do CPC/2015, que o legislador confere força vinculante à decisões e súmulas que, antes, possuíam valor persuasivo. O novo código põe, ao lado dos dispositivos legais, um rol de entendimentos jurisprudenciais que devem ser observados pelos juízes ao justificar suas decisões.

Os dois últimos artigos citados (926 e 927 do CPC/2015) são essenciais para a compreensão de que o legislador de 2015, ao limitar a atividade decisória a mais uma gama de entendimentos jurisprudenciais, que passam a ter força vinculante, permite que as decisões judiciais sejam fundamentadas através da evocação da jurisprudência. Tal afirmação, todavia, reclama a análise do artigo 489 do CPC/2015 e de considerações acerca da motivação da decisão judicial, temas tratados a seguir.

4.2. Precedentes judiciais e motivação das decisões no código processual civil de 2015

“É clássica a afirmação de que o Estado, no exercício de seu poder soberano, exerce três funções: legislativa, administrativa e jurisdicional” (CÂMARA, 2013, p.75). A afirmação, repetida por diversos juristas estrangeiros e brasileiros⁴³, decorre da teoria da separação dos poderes, a qual teria como primeiro autor, nos tempos modernos, o filósofo inglês Jonh Locke, com o livro *Two treatises of government*⁴⁴

42. “A ordem de apresentação dos precedentes em cada um dos incisos do artigo 925 do NCPD revela a existência de uma verdadeira *hierarquia a ser observada no momento do julgamento*” (CAMBI e FOGAÇA in DIDIER JR., 2015, p.348). Os autores citam o art. 925 do Novo CPC, mas estão se referindo ao conteúdo do artigo 927, haja vista as modificações sofridas pelo texto da lei até a sua efetiva promulgação.

43. Alexandre Câmara esclarece que a afirmação é corrente na doutrina estrangeira e brasileira por autores como Paolo Biscartetti di Ruffia, Wilson Accioli, José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (CÂMARA, 2013, p.75).

44. Para Marcello Caetano, a tese de Locke ordena, num sistema claro e estruturado, um conjunto de conceitos do pensamento político dos séculos XVI e XVII sobre a origem contratual da sociedade e o poder da coletividade de governar-se a si própria (2006, p.190-191).

(1689). A obra de Locke inspira o francês Montesquieu que, em *Espirit des lois* (1784), distingue a existência de três poderes estatais⁴⁵.

A teoria da separação dos poderes opera grande influência na estrutura dos Estados modernos⁴⁶ e, nessa tripartição de competências, caberia ao Poder Jurisdicional a função de “aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse” (SILVA, 2011, p.108)⁴⁷. O Poder Judiciário, na figura do juiz, teria assim a obrigação de resolver os conflitos sociais que o interpelam juridicamente. O ato de julgar, pois, seria um poder-dever do juiz, “sendo-lhe defeso negar-se a prestar jurisdição” (LIRA, 2005, p.46), mesmo nos casos de insuficiência legislativa⁴⁸.

A regra da inafastabilidade de jurisdição já constava no Código de Napoleão (França, 1804)⁴⁹, o qual dispunha que “o juiz que recusar julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça” (PERELMAN, 1996, p.675). A regra pode ser encontrada no ordenamento jurídico pátrio, no teor do artigo 5º, inciso XXXV

-
45. “Procurando um modelo de Estado onde se encontre esse sistema de limitação do poder pelo poder, MONTESQUIEU passa a descrever a constituição da Inglaterra seguindo muito de perto Locke: e assim se chega ao célebre capítulo 6º do livro XI do *Espirit des lois*” (CAETANO, 2006, p.193).
 46. A influência da teoria da separação dos poderes na organização dos estados modernos é ilustrada pelo art. 16 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão (França, 1789), o qual prescrevia que “qualquer sociedade em que não esteja [...] estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.
 47. “Vários autores apresentam conceitos, bastante distintos entre si, de jurisdição. Trata-se, portanto, de mais um daqueles temas sobre os quais não há consenso na doutrina” (CÂMARA, 2013, p.78).
 48. “[...] se nenhum texto lhe permite, à primeira vista, decidir antes num sentido do que no outro, deve encontrar uma técnica de interpretação que lhe possibilite, ainda assim, encontrar uma decisão” (PERELMAN, 1999, p.349)
 49. Para Caenagem o “*Code Civil* é a culminação de vários séculos de evolução do direito francês; boa parte, ele é o direito antigo, remontado às vezes direta ou mesmo literalmente ao direito consuetudinário e romano da Idade Média e do começo dos tempos modernos. Não obstante, o *Code civil* de 1804 marcou uma ruptura decisiva na evolução gradual do direito. Substituiu a variedade do antigo direito por um código único e uniforme para toda a França; aboliu o direito que estava anteriormente em vigor, em particular o direito consuetudinário e romano (art. 7 da Lei de 31 de março de 1804); incorporou várias medidas ideológicas inspiradas pela Revolução de 1789; tentou tornar supérfluo o papel tradicional do direito erudito, ao proibir o comentário doutrinário sobre os códigos na crença de que a nova legislação era clara e auto-suficiente” (2000, p.1-2).

da CRFB/88, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Além de julgar, deve o juiz motivar sua decisão. O comparatista francês René David (2014, p.147) situa a motivação⁵⁰ dos julgamentos como traço característico no direito dos países de tradição romana-germânica⁵¹. Esclarece Perelman que a noção de motivação pode ser compreendida como a “indicação de razões que motivam o julgamento, como ocorre na terminologia francesa jurídica” (1999, p.559).

Motivar uma decisão, no sentido jurídico francês, portanto, significa indicar o motivo pelo qual foi proferida uma decisão “E, sendo obrigação dos juízes proferir decisões que sejam conformes ao Direito, há que se presumir que o motivo pelo qual foi proferida decisão X, em vez de outra decisão distinta, consiste em que o juiz que proferiu X considera que essa decisão é conforme o Direito” (MARÍN, 2006, p.68)⁵².

A exposição das razões que conduzem o magistrado a uma decisão teria sido uma consequência da *praxe* forense, antes de constituir uma exigência legal⁵³. Enquanto dever imposto ao magistrado,

50. Para designar o “ato judicial de fornecer razões para justificar a decisão” (LUCCA, 2015, p.30) são utilizados os termos *motivação* e *fundamentação*. Este trabalho coaduna com a nomenclatura adotada por Rodrigo Ramina de Lucca. Não obstante o legislador brasileiro ter optado por *fundamentação*, e “embora os termos tenham basicamente o mesmo significado, ‘fundamentação’ transmite a ideia de que motivar uma decisão é simplesmente indicar os seus fundamentos, as razões que a suportam. O dever de motivar, porém, é mais do que isso. Motiviar não é só dizer que a decisão é boa, mas que aquela era a única decisão que poderia ser tomada no processo; ou seja, que a decisão é a melhor que poderia ter sido tomada diante de todos os elementos colocados à disposição do juiz” (*idem, ibidem*). Além disso, o autor menciona que a terminologia motivação é empregada em diversos países: nos de língua italiana (*motivazione*), francesa (*motivation*), espanhola (*motivación*) e na Inglaterra, onde o termo *motivation* é eventualmente utilizado.

51. “As decisões judiciais nos países de família romana-germânica assemelham-se pelo fato de terem de ser todas motivadas”. (DAVID, 2014, p.157).

52. Tradução livre de “«Motivar una decisión» significa «indicar el motivo que há sido dictada una decisión». Y, siendo obligación de los jueces dictar decisiones que sean conformes al Derecho, hay que presumir que el motivo por el que há sido dictada una determinada decisión X, en vez de otra decisión distinta, consiste en que el juez que ha dictado X considera que dicha decisión es conforme com el Derecho”.

53. Foi o que ocorreu, por exemplo, “nas sentenças pronunciadas por juízes da Lombardia e de Pisa, comunidades da antiga Itália do século XII, segundo comentários de Michele Taruffo” (LIRA, 2005, p.16).

Lira (2005, p.16) menciona que o jurista italiano Michele Taruffo entende a motivação do ato decisório se expande na Europa a partir do século XVIII. Em sentido próximo, René David esclarece que a “prática de motivar os julgamentos estabeleceu-se gradualmente na Itália a partir do século XVI e na Alemanha no século XVIII; contudo, só em 1790 na França⁵⁴ e em 1879 na Alemanha foi imposta aos juízes uma obrigação geral de motivar as decisões” (2014, p.157). No século XIX a maior parte das codificações do ocidente já adotava a regra jurídica da motivação (LIRA, 2005, p.19).

As razões históricas para a expansão da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais são associadas à Revolução Francesa (1789-1799) e ao movimento do Iluminismo⁵⁵ do século XVIII, que teriam influenciado na construção de um paradigma científico centrado na razão⁵⁶. Antes disso, a conjuntura política da Europa ocidental estava marcada por regimes autoritários e, no que tange ao papel

-
54. Na França a exigência da motivação ficou estabelecida pela primeira vez no artigo 15, título V, da Lei da Organização Judiciária, de 16 de outubro de 1790. O dispositivo legal informa que a redação do julgamento conterà quatro partes, sendo delas a terceira dedicada à conclusão a que o magistrado tenha chegado após a apreciação dos fatos e à exposição das razões que determinaram a decisão, *in verbis*: “*La rédaction des jugemens, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties distinctes. Dans la première, les noms et les qualités des parties seront énoncés. Dans la seconde, les questions de fait et de droit qui constituent le procès seront posées avec précision. Dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés. La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement*”. Lei da Organização Judiciária, França, 16 de outubro de 1790, disponível em <http://www.lexinter.net/lois/loi_sur_l'organisation_judiciaire_des_16-24_aout_1790.htm> acesso: 11/09/12.
55. “Utilizam-se, paralelamente, as expressões Época da Ilustração, Iluminista ou das Luzes, em equivalência à designação francesa de ‘Philosophie des Luminères’ e à alemã de ‘Aufklärung’. Estes qualificativos predem-se à ideia de os seus cultores serem ‘iluminados’, como tendo recebido as ‘luzes da razão’. Quanto à generalidade da Europa, trata-se de um período que abrange todo o século XVIII. Do ponto de vista político, o Iluminismo desenvolveu-se sob a égide das monarquias absolutas que configuraram o ‘Despotismo Esclarecido’ ou ‘Despotismo Ilustrado’, com Luís XVI e Luís XV da França, Frederico II da Prússia, José II e Leopoldo II da Áustria” (COSTA, 2009, p.393).
56. “Assiste-se uma hipertrofia da razão e do racionalismo. Assim aconteceu, quer acerca das áreas científico-naturais, quer relativamente à filosofia especulativa e à cultura, quer nos domínios ético, social, económico, político e jurídico. Verifica-se o desenvolvimento de um sistema naturalístico das ciências do espírito. Tudo, em suma, se alicerça na natureza e tem a sua validade aferida pela razão do indivíduo humano, ou seja, por uma razão subjectiva e crítica” (COSTA, 2009, p.394).

do judiciário, vigorava a ideia de que o julgamento consistia em “um exercício de autoridade, que não tinha de ser justificado” (DAVID, 2014, p.157).

Diante de um cenário propício à aplicação arbitrária do direito⁵⁷, a motivação das decisões judiciais se expande como garantia de limitação à atividade jurisdicional, mencionada correntemente como uma garantia inerente ao Estado de Direito⁵⁸. Para Taruffo “a motivação representa uma forma especial de participação do povo na administração da justiça, que se realiza pelo controle democrático *a posteriori* sobre os fundamentos do ato do juiz” (*apud* LIRA, 2005, p.50). Em similar sentido, sustenta Lucca que o dever de motivação é “pressuposto do Estado de Direito, constituindo um necessário instrumento de controle da atividade jurisdicional” (2015, p.26). A motivação seria, portanto, a forma pela qual o juiz, ao expor os motivos que o conduziram a determinada decisão, afasta o ato decisório de mera arbitrariedade.

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido – deve ele demonstrar as razões do seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva. (MARINONI, 2006, p.104)

57. Sobre a atmosfera jurídico-penal do período em comento, Regis Prado cita que no antigo regime francês “aos juízes eram facultados não só o aumento ou a diminuição da pena prevista, como também sua substituição por outra, segundo o seu talante” (PRADO, 2010, p.582).

58. Não convém ignorar que em torno do conceito de Estado de Direito existem diversas discussões e construções teóricas. Interessante levantamento de tais discussões é feito por Rodrigo Ramira de Lucca em *O dever de motivação das decisões judiciais* (2015). O autor explica que “o Estado de Direito é uma construção teórica voltada à proteção da segurança jurídica e à liberdade do indivíduo, de modo a impor limites ao poder estatal para que cada pessoa possa, dentro daquilo que lhe é permitido e *garantido* pelo ordenamento jurídico, com estabilidade e previsibilidade, desenvolver-se plenamente” (LUCCA, 2015, p.54).

No direito brasileiro, a origem do dever judicial de motivação das decisões é remetida às Ordenações Filipinas portuguesas (CARVALHO, 1999, p.20). Estabelecia, assim, o §7º do Título LXVI do Livro III:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os juízes da mor alçada entenderem melhor ou fundamentos, por que o juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos desembargadores e quaisquer outros julgadores, ora sejam letrados, ora não sejam, declarem especificadamente, em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso de apelação ou agravo ou revista, as causas em que fundaram a condenar ou absolver ou a confirmar, ou revogar. (MOREIRA, 2007, 108)⁵⁹

Atualmente a regra de motivação é garantida pela CRFB/1988 em seu artigo 93, inciso IX, o qual dispõe que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Na legislação processual brasileira, Moreira (2007, p.109) menciona que o Código de Processo Civil de 1939 trazia a motivação da sentença explicitamente no artigo 280, inciso II⁶⁰. Também o Código de Processo Civil de 1973 indicava, no artigo 131⁶¹, como dever do juiz, indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento e, no artigo 458, inciso II⁶², ressaltava a importância da fundamentação da decisão colocando-a como um requisito de validade da sentença.

Na Exposição de Motivos do projeto do Código de Processo Civil sancionado em 2015 constou como um dos objetivos “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a

59. Redação original do texto legislativo disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/13p669.htm>>. Acesso em 08/09/2017.

60. Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterà: [...] II – os fundamentos de fato e de direito.

61. Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

62. Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: [...] II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

Constituição Federal” (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.30). Nesse sentido, o CPC/2015, além de manter a regra de obrigatoriedade da motivação, estabeleceu de forma bastante detalhada o que seria motivar adequadamente uma decisão judicial, em seu artigo 489, §1º (LUC-CA, 2015, p.26).

Assim, a nova lei instituiu um verdadeiro sistema de princípios que se soma às regras instituídas e, mais do que isso, lhes determina uma certa leitura, qual seja, uma leitura constitucional do processo (ou embasada no processo constitucional democrático), tendo como grande vetores o modelo constitucional de processo e seus corolários, devido processo legal (formal e substantivo), o contraditório – em uma visão dinâmica [...], a ampla defesa a uma renovada fundamentação estruturada e legítima das decisões judiciais. (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.36-37)

O artigo 489⁶³ do novo *codex* segue a orientação dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, dispondo como elementos da sentença o relatório, os fundamentos e o dispositivo. Os fundamentos da decisão seriam, nos três códigos, a exposição da análise feita pelo juiz das questões de fato e de direito. A inovação do CPC/2015, contudo, está nos parágrafos do artigo mencionado, que traz “requisitos para que uma decisão seja considerada fundamentada legitimamente” (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.51).

Ao elencar hipóteses em que a decisão judicial não estaria fundamentada, o legislador processual acaba por indicar aos magistrados como motivar a decisão. De acordo com dispositivo processual, decisões judiciais que expuserem como fundamentos a mera reprodução de atos normativos, de conceitos jurídicos indeterminados ou de outras decisões, bem como aquelas que não enfrentarem os argumentos deduzidos pelas partes ou, ainda, que se limitarem a invocar precedente ou enunciado de súmula, não serão consideradas motivadas.

63. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Consoante mencionamos no capítulo anterior, o CPC/2015 segue uma tendência do ordenamento jurídico brasileiro de uniformização da jurisprudência.

[...] é notório o fato de que o Direito brasileiro já vinha dando mais valor e eficácia aos precedentes judiciais, seja de maneira formal, com o surgimento das súmulas vinculantes e da cláusula impeditiva de recurso, p.ex., seja de maneira informal, com o crescente respeito dos juízes ao entendimento dominante em um tribunal hierarquicamente superior. O NCPC consolida definitivamente essa tendência ao impor aos tribunais o *dever* de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, (art. 926), bem como o *dever* de respeito a determinados precedentes (art. 927). (LUCCA, 2015, p.27-28)

Com efeito, o CPC/2015 “fortalece-se a fundamentação adequada [...], de modo a que as decisões possam melhor servir para um sistema que se vale dos precedentes como técnica decisória” (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p.14). Além dos artigos 926 e 927 do CPC, no quarto, também os incisos V e VI do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC/2015 sugerem o uso dos precedentes na motivação das decisões judiciais.

As recentes alterações constitucionais e legislativas corroboram comportamento que já se consolidava na prática dos juristas e profissionais forenses de utilizar entendimentos pretorianos prévios (pacificados ou isolados) como principal instrumento de justificação e fundamentação de teses e pretensões. (LOPES FILHO, 2014, p.21)

Nesse sentido, Lucca (2015, p.28) observa que “Na medida em que precedentes são [...] razões jurídicas pelas quais uma decisão pretérita foi tomada, a motivação das decisões judiciais precisa ser valorada e compreendida para que também a teoria dos precedentes possa ser compreendida e corretamente aplicada”.

Consoante aludido alhures, o direito brasileiro tem seguido a tendência de uniformização da jurisprudência nos últimos anos. Nesse aspecto, observam Cambi e Fogaça (2015, p.354-355) que o CPC/2015 trata de institutos típicos da teoria dos precedentes, tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*. A compreensão desse sistema exigiria, por conseguinte, o estudo dos precedentes que, embora frequentemente referida pela comunidade

jurídica nacional, ainda não teve formulada uma teoria balizada à experiência brasileira⁶⁴. Com efeito, os entendimentos acerca dos seus institutos vêm sendo importados de ordenamentos exógenos de tradição do *common law*.

O que se impõe notar, nesse contexto, é que o direito brasileiro, muito embora possua uma afinidade histórica com institutos do direito norte-americano, não possui teorização, muito menos algo sólido, acerca do *stare decisis*. Para o bom funcionamento dos precedentes obrigatórios, é essencial que se tenha com clareza os conceitos e técnicas a eles imanentes; caso contrário, arrisca-se criar uma prática confusa e pouco útil, além de, em alguns sentidos, perigosa. Com efeito, é essencial uma teoria dos precedentes bem constituída. (MACÊDO, 2015, p.461)

Deve ser destacada, nesse ponto, a diferença entre jurisprudência e precedente, embora a legislação brasileira use as duas expressões como sinônimas⁶⁵. Consoante síntese de Cerqueira, o “precedente constitui uma decisão paradigmática sobre algum tema ainda não decidido ou relevante e que pode servir de argumento para futuros casos. Já a jurisprudência denota a ideia de um conjunto de decisões sobre o mesmo tema” (2014, p.119-120).

Macêdo (2015, p.427), todavia, considera que o CPC/2015, nomeadamente em seus artigos 926, 927 e 928, “pouco ou nada falam acerca dos precedentes”.

O tema que eles têm por objeto é a jurisprudência, e não os precedentes judiciais. A única disposição que relacionada

64. De tão presente na atividade jurídica em suas mais diversas dimensões (profissional, educacionais e científicas), parte-se da irrefletida premissa de que bem se sabe o que sejam, como se os utilizam e qual sua função. Ressalvadas valorosas exceções, não se verifica uma preocupação em desenvolver pensamento especificamente para o tema. Há algum tempo passou-se a ter cuidado em se promover abordagem focada mais detidamente nos precedentes, não significando, porém, que tenha sido adequada. Cada vez mais se fala e se escreve sobre o tema. É comum, entretanto, o uso de perspectiva teórica moldada para um Direito legislativo (típico da tradição jurídica nacional) ou a simples importação de institutos no âmbito inglês e estadunidense. (LOPES FILHO, 2014, p.17)

65. “No ordenamento jurídico brasileiro é comumente utilizada a expressão jurisprudência ao invés de precedente, inclusive na terminologia legislativa” (CERQUEIRA, 2014, p.120).

diretamente aos precedentes judiciais é a que obriga os tribunais a publicar os seus precedentes, organizando-os por questão jurídica e divulgando preferencialmente na internet⁶⁶. Todavia, esses dispositivos são, de fato, a porta de entrada para o *stare decisis*. Nada obstante não se trade da disciplina ideal, eles são suficientes, somados ao princípio da segurança jurídica, para a construção de um verdadeiro dever de seguir os precedentes judiciais. Não há dúvida que é necessário certo esforço interpretativo, que deve ser empreendido pela doutrina e pela jurisprudência. (MACÊDO, 2015, p.427)

Na definição de MacCormick e Summers os “precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicam-se as lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro, constituindo uma parte fundamental da razão prática humana” (1997, p.1)⁶⁷. Outros conceitos, na doutrina nacional, sugerem precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p.381). O núcleo essencial do precedente é, em verdade, a *ratio decidendi*⁶⁸. Peixoto considera o precedente, em termos gerais, como “a decisão de um caso singular apta a, pelo menos, influenciar o julgamento de um caso posterior” (2016, p.127).

No CPC/2015, os fundamentos determinantes do julgamento ou, nos termos adotados pela teoria do precedente, a *ratio decidendi*, é mencionada no artigo 489, §1º, V, enquanto as técnicas de distinção

66. O autor refere-se ao §5º do artigo 927 do CPC/2015. No âmbito do *common law*, David explica que a publicação dos precedentes, seguindo determinadas regras, possibilita “eliminar um grande número de decisões que não são dignas de se considerarem como precedentes. Evita-se, por outro lado, que os juristas ingleses sejam submersos pela avalanche de precedentes” (2014, p.432).

67. Tradução livre de “Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. Applying lessons of the past to solve problems of the present and future is a basic part of human practical reason”.

68. Celso Silva (2005, p.182) esclarece que o termo *ratio decidendi* é utilizada com mais frequência na Inglaterra enquanto nos Estados Unidos da América costuma-se optar por *holding*. “No sistema norte-americano, o equivalente da *ratio decidendi* é a expressão *holding*, que é a ‘essência da regra jurídica para explicar o resultado do julgamento’. Como se percebe pelo conceito de *holding* a função é idêntica à da *ratio decidendi*” (CERQUEIRA, 2014, p.137).

ou diferenciação (*distinguishing*), e de superação (*overruling*), são encontradas no teor do artigo 489, §1º, VI.

No intuito de harmonizar o sistema de precedentes com a evolução social, os ordenamentos de tradição de *common law* elaboraram instrumentos que permitem a modificação, a superação ou o afastamento, dos precedentes. Isso possibilita a compatibilização da rigidez dos precedentes com a evolução dos fenômenos da sociedade. Dessa forma, a tradição de *common law* emprega dois instrumentos de enorme importância para a utilização dos precedentes, que são o *overruling* e o *distinguishing*. O primeiro, *overruling*, permite que se postule perante a corte que emitiu o precedente um novo entendimento ou abolição do precedente antigo, cabendo a demonstração de alterações fáticas e/ ou jurídicas nas causas que lhe deram origem. Ou seja, a intenção é demonstrar que as causas (argumentações/fundamentações jurídicas e fáticas) que formaram o precedente não mais são aplicáveis no presente. O segundo, *distinguishing*, permite a demonstração de que o caso em apreço possui particularidades que escapam ao uso do precedente estabelecido, são razões que não foram debatidas quando da formação do precedente. Por tanto, para além das semelhanças, o novo caso apresenta “particularidades que o diferenciam”. (CERQUEIRA, 2014, p.139)

Através das técnicas de *distinguishing* e *overruling*, portanto, é possível que se entenda pela superação de um precedente ou, diante de um caso diferente, pela não aplicação de um precedente (ZANETTI JR., 2016, p.315-316).

David (2014, p.430) indica que a aplicação da regra do precedente obrigatório no *common law* exige do jurista a análise das *reasons*, editadas pelos tribunais superiores, que apoiam a decisão judicial e, nessas, identificar: por um lado, o que constitui a *ratio decidendi* e, por outro, o que constitui *obiter dictum*. A distinção, de origem inglesa, entre o elemento vinculante de um caso (*ratio decidendi*) e o não vinculante (*obiter dictum*) é inferido por Lopes Filho (2014, p.166-167) como a divisão analítica do precedente.

No sistema de *common law*, a parte da decisão que gera efeitos vinculantes é a *ratio decidendi*, são as questões de direito e não as questões fáticas. Isso porque a decisão das questões fáticas é sempre única. Assim sendo, a formação do precedente

encontra-se na questão ou questões de direito, excluindo-se a questão fática. Entretanto, não se roga pelo desprezo dos fatos na constituição do precedente. [...] Apesar dos fatos fazerem parte da construção da decisão e consequentemente do entendimento do precedente, a *ratio decidendi* 'constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)'. (CERQUEIRA, 2014, p.138)

David esclarece que, no plano do *common law*, a "*ratio decidendi* constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora no direito e deve, a este título, ser seguida no futuro" (2014, p.430). É precisamente à *ratio decidendi* que se confere a eficácia obrigatória ou persuasiva (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p.381). Leal (2006, p.168-169) observa que a identificação da *ratio decidendi* em uma decisão não constitui tarefa fácil, sendo essa uma das principais dificuldades para a aplicação prática do efeito vinculante do precedente judicial na realidade brasileira. A fim de compreender a identificação prática da *ratio decidendi*, Didier Jr, Braga e Oliveira partem da concepção de que a decisão judicial comporta uma tese jurídica, de caráter geral, e uma norma individual, aplicável à situação sob julgamento.

[...] à luz de uma situação concreta, o magistrado termina por criar uma norma jurídica que consubstancia a tese jurídica a ser adotada aquele caso [...]. Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*. Ela deve ser exposta na fundamentação do julgado, porque é com base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo. Trata-se de norma geral, malgrado constituída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque, tal como ocorre com os princípios gerais a que se chega por raciocínio indutivo, a tese jurídica (*ratio decidendi*) se despreende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originalmente constituída [...]. Eis aí a essência do *precedente*: uma decisão judicial cujo núcleo essencial (tese jurídica, *ratio decidendi*) pode servir como diretriz para demandas semelhantes. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p.382)

Assim, na sistemática do CPC/2015, a *ratio decidendi* estaria substanciada na fundamentação da decisão (artigo 489, inciso II), enquanto o dispositivo (artigo 489, inciso III) traria a norma individual aplicável ao caso concreto. É nesse sentido que afirmamos que

a *ratio decidendi* dos precedentes é, em última análise, a motivação de decisões judiciais pretéritas que serão utilizadas na motivação de outras decisões.

4.3. Precedentes judiciais no *civil law*: uma forma de codificação da jurisprudência?

A utilização da fonte jurisprudencial, como vimos, tanto no bojo do sistema do *common law*, como no do *civil law* passará pela preocupação com a segurança jurídica, ensejando a ideia de previsibilidade das decisões judiciais.

A aplicação e a interpretação do direito, contudo, ressaltará inconvenientes práticos, notadamente no que tange às divergências. Em “O império do direito”, Dworkin (1999) toma como exemplo três casos (caso *Elmer, do snail darter e McLoughlin*), destacando que as divergências jurídicas podem se dar em diversos âmbitos, desde a norma jurídica a ser aplicada até a solução que, de fato, é extraída da norma. Também no caso da aplicação de uma regra extraída de um precedente judicial, o autor norte-americano expõe o dissenso quanto a consideração do que torna o caso precedente análogo ao caso *sub judice*.

A pretensão de conferir previsibilidade às decisões judiciais, seja pela uniformização da jurisprudência, seja pela regra do precedente obrigatório, parece aproximar-se dos ideais de completude e consistência, as quais estariam, por conseguinte, associadas, ainda, ao problema das fontes jurídicas.

A questão da consistência (antinomias) e da completude (lacunas) do ordenamento visto como sistema aponta para o *problema dos centros produtores* de normas e sua unidade ou pluralidade. Se, num sistema, podem surgir conflitos normativos, temos que admitir que as normas entram no sistema a partir de diferentes canais que, com relativa independência, estabelecem suas prescrições. Se são admitidas lacunas, é porque se aceita que o sistema, a partir de um centro produtor unificado, não cobre o universo dos comportamentos, exigindo-se outros centros produtores. São essas suposições que estão por detrás das discussões em torno das chamadas *fontes do direito*. (FERRAZ JR., 2003, p.223).

A consistência refere-se à ausência de antinomias, as quais ocorrem quando duas soluções incompatíveis entre si apresentam-se como possíveis ao problema jurídico. E, segundo o entendimento de Perelman (1996, p.642), caso não haja regras metodológicas disponíveis ao magistrado para descartar ou limitar as antinomias, estar-se-á diante de um problema de lacunas. A questão da completude, por sua vez, tangencia justamente às lacunas. Essas, por sua vez, tratam-se da ausência de previsão normativa a solucionar um caso concreto.

Como vimos, o Código de Processo Civil de 2015 confere maior força aos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, contendo em seus dispositivos exigências aos tribunais para que mantenham sua jurisprudência coesa. A uniformização da jurisprudência no direito brasileiro corresponde, ainda, a uma expectativa em conferir celeridade às resoluções jurisdicionais ((THEODORO JR. *et al.*, 2015).

Todavia, nos moldes apresentados, a uniformização da jurisprudência no direito brasileiro parece, antes, confluir para a produção de enunciados abstratos, tais como a lei positiva. Lado outro, a referida dificuldade da doutrina brasileira em adaptar a teoria dos precedentes de origem inglesa à realidade pátria, principalmente no que tange à identificação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, revelam, também, uma deficiência em aplicar os precedentes judiciais dando-se a pressuposta ênfase às particularidades essencialmente análogas entre o caso em julgamento e o caso “precedente”.

Nesse quatro, aparenta-nos que o fortalecimento dos precedentes judiciais na realidade brasileira aproxima-se de uma nova forma de codificação, no sentido de conferir ao magistrado mais uma gama de enunciados textuais abstratos a serem aplicados aos casos concretos.

Em “Direito e Justiça”, ao tratar da jurisprudência enquanto fonte do direito no *commom law*, Ross (2007) acreditara que a tendência do sistema jurídico inglês seria de aproximar-se da tradição romano germânica, no sentido de seu direito ser adaptado à fórmulas codificadas. Em primeira análise, poderíamos pensar que, diante do quadro atual, a consideração de Ross teria sido equivocada porquanto estaríamos a observar uma convergência do *civil law* ao *common law*

quanto ao fortalecimento da força vinculante dos pronunciamentos jurisdicionais.

O presente trabalho, contudo, tendo como foco a experiência jurídica brasileira, considera uma interpretação acerca da sugestão de Ross no sentido de que o direito jurisprudencial, de fato, venha buscando expressar-se em enunciados abstratos, tais como a legislação codificada. Precisamente nesse sentido, aparenta-nos que há a possibilidade de falar-se, a partir da sistemática do Código de Processo Civil de 2015 no que tange aos precedentes judiciais, em uma forma de codificação do direito com vistas à solução de demandas jurisdicionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partimos da análise da teoria das fontes do direito, em seu aspecto histórico, problematização enquanto teoria, conceitualização e espécies, situando-a como instrumento de limitação à atividade jurídico-decisória. Nesse sentido, pontuamos que ao identificar de onde emanam as normas jurídicas aplicáveis na resolução dos casos concretos e ao elencar hierarquicamente tais centros de produção, a teoria das fontes jurídicas fornece critérios de limitação à jurisdição.

Em continuidade, tratamos das fontes jurisprudencial e legislativa como marco de distinção e convergência entre os sistemas do *civil law* e do *common law*. Buscamos compreender a posição que tais fontes jurídicas assumiram na formação histórica das referidas tradições, bem como a valoração da jurisprudência e da lei no contexto atual. Pontuamos, nesse ínterim, que no *civil law* a fonte legislativa logrou proeminência, enquanto o *common law* desenvolveu-se como um direito eminentemente jurisprudencial.

Após, discutimos a justiça enquanto um ideal do Direito e o problema da metodologia jurídico-decisória no quadro da efetivação prática da normatividade jurídica – a qual se expressa através da linguagem –, destacando o papel do magistrado na interpretação e aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Arelado à atividade jurisdicional, destacamos, ainda, que em decorrência das exigências da segurança jurídica e da igualdade formal os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law* buscaram a previsibilidade das decisões

judiciais: no primeiro através da uniformização da jurisprudência e, no segundo, com a emergência da regra do precedente obrigatório.

Afinal, ressaltamos o fortalecimento dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Como dissemos, o novo código segue uma tendência de uniformização da jurisprudência vivenciada há alguns anos no Brasil, cujo impulso é atribuído ao reconhecimento da normatividade jurídica dos princípios. Argumentamos que a sistemática do código incentiva que na motivação da decisão judicial sejam evocados pronunciamentos jurisprudenciais pretéritos. Destacamos, ainda, que a ausência de uma teoria própria à realidade brasileira gera entraves à utilização dos precedentes.

A partir desse percurso, encontramos elementos para sustentar que o fortalecimento dos precedentes judiciais na realidade brasileira aproxima-se de uma nova forma de codificação do que se considera o direito jurisprudencial, no sentido de fornecer ao magistrado uma gama de enunciados textuais a serem aplicados aos casos concretos, tão abstratos quanto as normas positivadas.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1978.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.175-213.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. A importância da Lógica Jurídica e da Teoria da Argumentação para o operador do Direito. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília-DF, 2008, p.5982-5996.
- BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- CAENEGEM, R.C. van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; Revisão de Eduardo Brandão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2006.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.
- CAMBI, Eduadro; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.335-360.
- CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. *Fundamentos da decisão no Novo CPC: o Contraditório Forte e os Precedentes*. Jundiá: Paco Editorial, 2014.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 4ª edição revista e atualizada. Almedina: Coimbra, 2009.
- CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum)*, Vol. I: Introdução. Fontes. 4ª edição. Coimbra: DisLivro. 1984.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 2. 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre a facticidade e validade. Volume I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- JUSTO, A. Santos. *Breviário de Direito Privado Romano*. 1ª edição. Coimbra Editora: Coimbra, 2010.
- KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. Um projecto Filosófico. Tradução de Artur Morão. Covilhã: LusoSofia, 2008.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LIRA, Gerson. *A motivação na valoração dos fatos e na aplicação do Direito*. Tese de Mestrado em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2014.

- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgat, 1997.
- MACÊDO, Lucas Buril de. A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.459-490.
- MARÍN, Rafael Hernández. Relaciones entre la aplicación de los enunciados jurídicos y la motivación de las decisiones judiciales. *Isegoría*, nº 35, jul/dez, 2006, p.57-71.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, Volume 1, Teoria Geral do Processo. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MENDES, João Castro. *Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa: PF, 2004.
- MOREIRA, ÂMALIN AZIZ SANT'ANA. *Evolução do conceito de Sentença no Direito Processual Civil Brasileiro*. Tese de Mestrado em Direito, da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NEVES, A. Castanheira. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito, 1971-1972*, Polic. Coimbra, 1972.
- NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. *Revista Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, jan/jun. 2013, p.178-208.
- NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre. Breves considerações de politização do judiciário e do panorama de aplicação do direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 35, n. 189, p.43, nov. 2010.
- OLIVEIRA, Eduardo Chagas. *A "Nova Retórica": da "Regra de Justiça" ao "Ad Hominem"*. Tese de doutorado em Filosofia, da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001.
- OLIVEIRA, José Luiz de. Hannah Arendt e o sentido político da categoria da natalidade. *Argumentos: Revista de Filosofia*, Fortaleza, Universidade Federal do Ceará – Programa de Pós-graduação em Filosofia, n. 6, jul./dez. 2011, p.79-88.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o common law, civil law e o precedente judicial*. S/D. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em 22/out/2016.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. Tradução de Alessandro Barratta. Milão: Giuffrè, 1962.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. 2ª Ed. Bauru: Edipro, 2007.
- SHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.49-86.
- SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOARES, Orlando. *Curso de Filosofia Geral e Filosofia do Direito*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

A delação premiada nos crimes de lavagem de dinheiro e a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann

*Gabriel Ribeiro Nogueira Junior**

INTRODUÇÃO

Há uma falha na Matrix.¹

“Thomas Anderson é um programador de sistemas que durante o dia, trabalha numa corporação de software, a MetaCortex, uma das maiores empresas de software do mundo; e durante a noite, assume o papel de um hacker, adotando o nickname Neo. Até que, certo dia, a vida de Thomas A. Anderson é convulsionada no bom estilo kafkiano [...] Sua metamorfose será de outro tipo. O que ele recebe pela manhã, na tela de seu computador, é uma exortação: “Acorde, Neo...A Matrix te achou. Siga o coelho branco”. Esta é a primeira (e significativa) mensagem do filme Matrix. Na verdade, trata-se de uma convocação misteriosa de

(*) Professor de Direito Constitucional e Administrativo Municipal da Faculdade de Tecnologia e Ciências – FTC, campus Itabuna (Graduação e Pós-Graduação). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Especialista em Direito Público e em Docência do Ensino Superior. Mestre e Doutorando em Desenvolvimento Regional e Urbano pela Universidade Salvador – UNIFACS.

1. O filme A Matrix (1999) faz uma releitura da realidade social, que é apresentada como sem falhas, harmônica e ideal, eis que, em verdade, trata-se de um grande programa de computador. Tudo que se vê, na realidade, é uma reprodução virtual dessa sociedade ideal e sem contingências. Subjacente a esse ambiente artificial, em um mundo escuro e de imperfeições, um grupo de insurgentes aguarda a chegada do “Escolhido” que os conduzirá para confronto com aqueles que controlam toda a Matrix. No filme, é possível identificar várias das categorias tratadas por Luhmann, tais como: as noções de ambiente, contingências, comunicação, sistemas abertos e fechados, estabilidade sistêmica, memória e autopoiese, que serão melhor delineadas adiante, ao longo do trabalho.

um grupo clandestino, liderado por Morpheus. Logo na cena de abertura do filme temos agentes federais perseguindo Trinity, membro do grupo terrorista. De relance, aparece a notícia de que Morpheus está sendo caçado (“A caçada começa...”). É nesta trama misteriosa que Thomas A. Anderson, o pacato empregado, irá se inserir. Sem motivo aparente, ele passa a ser caçado pelos agentes federais. Tenta escapar, mas não consegue. Neo é considerado pelos agentes federais um elo do grupo terrorista de Morpheus. Após ser liberado, é conduzido por Trinity até o esconderijo misterioso de Morpheus. Neste momento, Neo é desafiado a escolher entre a pílula azul e a pílula vermelha. Esta é sua primeira (e decisiva) escolha. Ou seja, ele terá que escolher entre permanecer como está (imerso na “stupid little life”, [...]), ou conhecer a verdade do Real. Imbuído de aguda curiosidade, Neo escolhe a pílula vermelha, que o conduz a uma outra dimensão da sua vida pessoal. Ao escolher a pílula vermelha, Neo renasce, literalmente.

A partir daí, Neo “conhece” a Matrix e o significado da luta do grupo de Morpheus. Torna-se membro da resistência humana, atuando na Matrix a partir de sua base submarina, o Nabucodonosor. (VON FRÜHAUF, 2009)

O crime compensa?

A resposta positiva a essa indagação é justamente o que move os autores de delitos patrimoniais e de outras infrações² das quais se extrai como produto, vantagens econômicas, para que continuem na senda da criminalidade, visando acumular bens materiais que, muito provavelmente, não conseguiriam auferir de forma lícita.

Buscando combater esse pensamento e motivação é que os Estados começaram, com maior ênfase a partir da década de 80, a desenvolver mecanismos para retirar dos autores de crimes os produtos econômicos obtidos com os delitos. Para tanto valeram-se da implementação de medidas assecuratórias, dentre elas o confisco, o que é, atualmente, bastante comum nas hipóteses de lavagem de dinheiro. (MORO, 2010)

2. Aqui podem ser citados como exemplo: o tráfico ilícito de drogas (art. 33 da Lei nº. 11.343/06); ambas as modalidades de corrupção: passiva (art. 317 do CPB) e ativa (art. 333 do CPB); a exploração da prostituição (art. 228 do CPB); o homicídio qualificado pelo pagamento de recompensa (art. 121, §2º. I do CPB) e a própria lavagem de capitais (art. 1º. da Lei nº. 9.613/98).

Em suma, se com a prática delitativa o indivíduo ou uma associação criminosa obtivessem lucros, o Estado, no curso e ao final do processo penal, implementaria medidas que possibilitassem indisponibilizar e posteriormente retirar dos investigados e condenados os bens materiais hauridos ilicitamente, com o intuito de tornar desinteressante e desestimulante essas condutas criminosas.

Já no âmbito da persecução penal, aliado a todas as técnicas tradicionais de investigação policial, tais como: interrogatório, vigilância, perícias em geral, foram, aos poucos, sendo agregados métodos que se valendo de meios tecnológicos, possibilitaram um grande avanço às apurações, dos quais são exemplos: a análise de vínculos, interceptação telefônica, quebra de sigilo fiscal e bancário, análise de redes sociais, infiltração policial e também a delação premiada. (BRASIL, 1998)

A delação premiada é um instituto que é bastante criticado na doutrina, em especial, por razões de natureza ética, por fomentar a traição entre os integrantes de determinada organização criminosa, que, para obter benefícios em relação à sua sorte no processo, que vão desde a redução de pena à sua extinção pelo perdão judicial, denunciam comparsas, crimes praticados e a localização dos produtos ilícitos auferidos.

Assim, pretende-se analisar, depois de situar e revelar o referido instituto, se acaso o delito de lavagem de dinheiro e a própria delação premiada representam ruídos à estabilidade sistêmica proposta por Luhmann em sua Teoria dos Sistemas Sociais.

1. A LAVAGEM DE DINHEIRO: REPRESSÃO FINANCEIRA QUALIFICADA AO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

O crime é um fenômeno social e sempre acompanhou o homem, desde o momento em que este passou a viver em sociedade. De acordo com Durkheim (2007)

O crime não se produz só na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades, qualquer que seja o tipo destas. Não há nenhuma em que não haja criminalidade. Muda de forma, os atos assim classificados não são os

mesmos em todo o lado; mas em todo o lado e em todos os tempos existiram homens que se conduziram de tal modo que a repressão penal se abateu sobre eles” (DURKHEIM, 2007, p. 82)

Com a evolução social, cultural e tecnológica, há uma tendência natural de especialização dos tipos de crime praticados, incorporando à sua estrutura esses recursos desenvolvidos para atender às demandas de nossa sociedade globalizada.

Com a globalização há uma repercussão direta no Direito penal, em razão da mudança dos tipos de crime, bem como de suas formas de execução, como bem assinala Moreira (2003):

“O Direito Penal sem dúvidas foi atingido em cheio pela globalização, em vários aspectos, forçando, inclusive, o surgimento de legislação específica. Podemos dizer que o crime e os criminosos “internacionalizaram-se”, surgindo novos delitos e mudando-se também os seus meios executórios. (MOREIRA, 2003)

Delitos como tráfico internacional de armas e de seres humanos, crimes ambientais e a lavagem de dinheiro ganham destaque e preocupação por parte dos diversos Estados e em relação a este último MOREIRA (2003) refere-se a passagem de Montalvo (2000):

“la dimensión supranacional del blanqueo de capitales se ha traducido en la adopción de determinados instrumentos internacionales, Tratados de uniformización de la legislación penal nacional expresivos de una pretensión transnacional de la Política Criminal, con la finalidad de obtener sectorialmente, como se dijo, un Derecho Penal supranacional, frente a un problema también supranacional, aunque sea por la vía indirecta de la adición de legislaciones nacionales homogéneas” (MONTALVO (2000) *apud* MOREIRA 2003)

No plano internacional surgiu a preocupação de impedir que delitos de caráter transnacionais, como o tráfico de drogas tivessem uma repressão contundente, inclusive com a implementação de medidas que visassem atacar os ganhos econômicos a ele relacionados, cuja origem ilícita era, normalmente, ocultada. Por tal razão, em 1988, na cidade de Viena, celebrou-se a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas que buscou influenciar os países signatários a criminalizar, em seus planos internos, as condutas de ocultação e dissimulação de bens e valores originadas desse tipo de crime. (ANSELMO, 2013)

A dificuldade de reprimir de forma eficiente o tráfico de drogas fez com que, ao menos, se buscasse desestimular a sua prática, com a perspectiva de criminalização do encobrimento e da ocultação bens e valores ilícitos dele originados. É o que sustenta Lima (2015) ao afirmar que:

“[...] evidenciada a ineficácia do Direito Penal em coibir a atividade primária de tráfico de drogas, a criminalização da lavagem de capitais surge, então como importante meio de se controlar os fluxos financeiros provenientes daquela atividade ilícita. Afinal de contas, para o crime organizado, o dinheiro em espécie representa grave entrave, em virtude do volume físico que ocupa, além das suspeitas que desperta em operações de valor elevado. Surge exatamente daí a necessidade de lavagem desses valores, adotando medidas de modo a impedir seu aproveitamento pelo crime organizado ou mesmo inserção na economia legal, com disfarce de licitude.” (LIMA, 2015, p. 286)

Assim, aos poucos, os países foram criando as legislações de lavagem de dinheiro, o que, no Brasil, só ocorreu sete anos após ratificar o referido tratado internacional³, com a edição da Lei nº. 9.613/98. (BRASIL, 1998)

Passados alguns anos, outras duas convenções internacionais foram também promovidas pela ONU, quais sejam: a Convenção de Palermo (2000) e a Convenção de Mérida (2003). A primeira delas teve como enfoque prioritário a definição de organização criminosa, bem como previu importantes mecanismos para a prevenção à lavagem de capitais. Já a convenção de Mérida, que foi editada tendo como foco o combate à corrupção, de igual modo, ocupou-se da lavagem de dinheiro, no que toca à cooperação internacional e à fiscalização aos bancos nas operações além fronteiras. (ANSELMO, 2013)

Tais mobilizações internacionais confirmam a preocupação crescente dos diversos Estados em impedir o fortalecimento de organizações criminosas transnacionais que já movimentavam vultosas quantias com os delitos que perpetravam e que se valiam de diversos artifícios para preservar esses importes, inclusive com a conivência de agentes públicos recrutados. Aliado a isso, demonstrava-se

3. A ratificação da Convenção de Viena deu-se com a promulgação do Decreto 154/91, em 26 de junho de 1991. (BRASIL, 1991)

a necessidade de fortalecer as legislações dos países vinculados à ONU, igualmente com o objetivo de combater a lavagem dos capitais auferidos ilicitamente, tornando os outros delitos desinteressantes.

Como referido, a vinculação inicial da lavagem de dinheiro ao tráfico de drogas, já perdia referência, passando a ser considerado como crime antecedente aqueles delitos graves que pudessem gerar ganhos econômicos a serem posteriormente ocultados ou dissimulados. É com esse viés que a redação original da Lei nº. 9.613/98⁴ previu em seu art. 1º. um rol de delitos que poderiam ser considerados crimes antecedentes à lavagem. (BRASIL, 1998)

Contudo, alteração posterior trazida com a edição da Lei nº. 12.683/12, suprimiu o rol taxativo de delitos antecedentes e passou a considerar que, para que a lavagem de capitais ocorresse, a conduta precedente deveria configurar uma infração penal, passando a abarcar, tanto crimes quanto contravenções penais. (BRASIL, 2012)

Tal alteração representou um avanço, se for considerado que, antes do citado diploma, a ocultação de bens oriundos do jogo do bicho não poderia ser configurar conduta precedente idônea para caracterização do crime de lavagem de dinheiro.

Ao escrever sobre o tema, Maia (2004) apresenta um conceito para o delito de lavagem de dinheiro como sendo:

O conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da justiça. (MAIA, 2004, p. 53)

Do ponto de vista legal, nos termos do art. 1º. da Lei nº.9.613/98, as condutas que configuram atos de lavagem de dinheiro são: a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição,

4. As leis de lavagem de dinheiro, em todo o mundo, passaram por três fases/gerações: a primeira, quando apenas era considerado crime precedente o tráfico de drogas; a segunda geração, quando havia um rol definido de delitos antecedentes, tal qual a Lei nº. 9.613/98 e por último a terceira, quando não há limitação ou especificidade para a infração precedente, estando configurada a lavagem de dinheiro, no momento em que os bens e valores decorrentes dessas condutas ilícitas fossem ocultados ou encobertos (LIMA, 2015).

movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de infrações penais. (BRASIL, 1998)

Assim, não é necessário, para a caracterização da lavagem de dinheiro, que os valores precisem sair do país, para depois ser re-inseridos no mercado nacional, desde que evidenciadas as condutas descritas no tipo penal correspondente, com a finalidade de dar aparência lícita a bens ou valores adquiridos ilicitamente, contudo, é bastante comum que o seja dessa forma. Por isso, a importância de os mecanismos internacionais estarem atentos e integrados, dificultando as ações delituosas dessa natureza.

Em relação à importância dessa cooperação jurídica internacional, Moro (2010) destaca dois principais motivos:

Primeiro porque o crime de lavagem de dinheiro, não raramente, possui caráter transnacional, sendo necessário recorrer à cooperação para colher provas do crime antecedente ocorrido em outro país ou para descobrir o destino do produto enviado para outro país. Segundo, porque a nova política criminal focada no confisco do produto do crime – que motivou a criminalização da lavagem – revitalização a cooperação jurídica internacional, por ser ela o meio necessário para recuperar ativos enviados a outro país. (MORO, 2010, p. 192)

Desta feita, tanto mais eficiente será o combate à lavagem de dinheiro, quanto integrado for o país nessa rede de cooperação internacional. Além do que, o isolamento nesse âmbito, não só dificulta a apuração de delitos dessa natureza, como representa um atrativo para criminosos contumazes, que, certamente, buscarão enviar para lá seus ativos, praticamente inviabilizando o seu rastreio.

Os crimes de lavagem de dinheiro em razão da natureza em regra complexa, comportam o uso de técnicas especiais de investigação que se somam aos métodos tradicionais. De acordo com De Carli (2012):

Denominam-se “técnicas especiais de investigação” os procedimentos habitualmente utilizados na investigação de casos complexos de crimes graves, tais como tráfico de drogas, tráfico de armas e de pessoas; crimes cometidos por meio de organizações criminosas, crimes financeiros, lavagem de dinheiro, terrorismo e seu financiamento, principalmente. A partir de 1995, o Congresso Nacional brasileiro, vem

aprovando leis que acolhem, pouco a pouco, essas técnicas.”
(DE CARLI, 2012, p. 224)

Importante destacar que a lei de lavagem de dinheiro, diferentemente, da Lei nº. 12.850/2013, editada para tipificação do crime de organização criminosa e que também dispõe sobre investigação criminal, os meios de obtenção da prova, e o procedimento criminal, não prevê, em seu bojo, qualquer dessas técnicas especiais de investigação.

Entretanto, é a natureza dos fatos a serem apurados que impõe essa atuação especializada do Estado, por meio de seus órgãos de persecução, que recebe dos organismos internacionais orientação nesse sentido, como complementa De Carli (2012): “o GAFISUD⁵ recomenda a utilização das seguintes técnicas especiais: ação controlada, operação encoberta, colaboração, vigilância eletrônica, uso de recompensa e proteção à testemunha.” (DE CARLI, 2012, p. 225)

Em que pese não se discuta a existência de ofensa às soberanias dos países integrantes desses grupos de trabalho, a padronização da resposta estatal no combate a esses tipos específicos de delitos é uma necessidade, sob pena de ineficiência da persecução penal e da recuperação de ativos por cada autoridade nacional.

Ao contrário, é justamente a integração de forças no cenário internacional que viabiliza a soma de esforços para o êxito do combate aos delitos de lavagem de dinheiro e possibilita a identificação e o confisco de bens e valores ocultados, ilicitamente, em outros países do mundo.

Se no âmbito externo existe essa rede integrada de combate à lavagem de dinheiro, no plano nacional é criado com a Lei nº. 9.613/98 o COAF, que é uma unidade de inteligência financeira, vinculada ao Banco Central. Para o COAF são enviadas todas as transações financeiras consideradas atípicas, ou seja, que fogem ao padrão de movimentação daquela pessoa, física ou jurídica, assim considerada como

5. Após a criação do GAFI, que tem âmbito global, foram criados ao longo de todo o mundo órgãos regionais, buscando, inclusive, atender a algumas especificações de cada região. É o caso do GAFISUD (Grupo de Ação Financeira e Lavagem de Dinheiro da América do Sul) (DE CARLI, 2012)

comunicação suspeita⁶, para que, em um momento futuro, se acaso exista necessidade de alguma apuração por parte dos órgãos de fiscalização e controle (Polícia Judiciária (PC e PF), Ministério Público (MPE e MPF) e Tribunais de Contas (TCE e TCU), seja fácil localizar e difundir tais dados.

Enfim, mesmo com toda essa estrutura desenvolvida nos âmbitos internos e internacional, a lavagem de dinheiro é uma realidade que tem crescido diuturnamente, valendo-se o Estado do acordo de colaboração premiada como uma ferramenta importante para desvendar e melhor elucidar os detalhes que permeiam essa modalidade delitativa, tema sobre o qual se debruçará a seguir, inclusive como são suas repercussões sistêmicas.

2. A DELAÇÃO PREMIADA CONHECENDO O INSTITUTO E ENTENDENDO A SUA IMPORTÂNCIA PARA APURAÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

De acordo com Marques (2014), a colaboração premiada, tem raiz na Idade Média, como resquício de um sistema inquisitorial vigente à época, em que havia um pleno domínio da Igreja católica, que exercia forte influência nos sistemas jurídicos, dentre eles o penal. O colaborador, chamado de pentito (arrepentido), recebia por suas ações um prêmio, que possuía natureza espiritual, dentre eles indulgência, dinheiro, liberdade ou anistia. (MARQUES, 2014)

Com o passar do tempo, aos poucos, o instituto da delação premiada foi sendo aprimorado, passando a convergir para uma manifestação de justiça penal negociada⁷, tendo no direito norte america-

-
6. O COAF (Conselho de Controle da Atividade Financeira) foi instituído pela Lei nº 9.613/98, em seu art. 14 e seguintes que estabelecem as suas atribuições e composição, notabilizando-se por sua atuação regulatória e como Unidade de Inteligência Financeira, possibilitando a reunião de dados, produção de conhecimento e posterior difusão para os órgãos de persecução penal na área de lavagem de dinheiro. (BRASIL, 1998).
 7. Para Santos (2017b), a delação premiada, assim como a transação penal e a suspensão condicional são expressões da justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro, em que a acusação e o autor de um delito debatem sobre a os rumos do processo ante a atuação de cada um deles, sendo que da primeira pode resultar extinção da punibilidade, com o perdão judicial e as duas últimas refletem no exercício da ação penal pública. (SANTOS, 2017b)

no e na Itália o delineamento com contornos mais precisos, como se destacará a seguir. (SANTOS, 2017a)

Os Estados Unidos, país cujo sistema jurídico é edificado sob as bases da *common law*, tem na *plea bargaining*⁸ o carro chefe para a resolução dos conflitos de natureza penal, sendo que 95% de suas demandas são resolvidas de forma negociada, enquanto a diminuta fração de 5% é de casos que são levados ao tribunal e submetidos a um efetivo julgamento. Nesse cenário, bastante distinto da realidade brasileira, é possível a imposição de pena, conduzida pela acusação, sem que haja um efetivo processo. (SANTOS, 2017a).

Dessa forma, a delação premiada, importará o reconhecimento da prática de um delito, bem como a identificação de outros envolvidos e indicação do local em que estão escondidos os proveitos do crime. Como prêmio, decorrerá a possibilidade de redução do número de imputações em seu desfavor, se forem mais de uma (*overcharging*), além da redução ou não imposição da pena (SANTOS, 2017a)

Já na Itália, a delação premiada, conhecida como *penitismo, chiamata in correità, ou collaboratori della giustizia* tem um tratamento completo, perpassando por quatro etapas: a sancionatória, a processual, a tutorial e a penitenciária, o que é disciplinado por diversos diplomas legais. No plano sancionatório, é prevista a proteção para colaboradores com a justiça e testemunhas no processo, além de benefícios para mafiosos colaboradores e o endurecimento das penas para aqueles que facilitam a associação ao mafioso. Já no plano processual, há uma valorização diferenciada dos depoimentos dos arrependidos. No âmbito tutorial, são estabelecidas medidas para proteger os colaboradores e seus familiares e por fim, no plano penitenciário, aplica-se um modelo de duplo binário, com benefícios na execução para colaboradores, enquanto os mafiosos irredutíveis têm diminuta chances de conseguir vantagens penitenciárias. (MARQUES, 2014)

8. Ao referir Souza, Bittar (2011) define a *plea bargaining* como: “o processo legal pelo qual o acusado renuncia a seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução da imputação que lhe é feita e/ou da pena a se aplicada, ou de uma recomendação a ser dirigida pelo Ministério Público ao magistrado para atenuar a situação do réu, evitando, assim, a realização do processo.” (BITTAR, 2011, p. 28)

Destaque-se que, ao se pensar em um modelo como o italiano, percebe-se a preocupação de tratamento do instituto de forma sistêmica, para garantir a efetividade da delação premiada, tudo isso em um país que foi dominado pelo crime organizado, lá evidenciado de forma relevante pela máfia.⁹

Em que pese esteja em voga e ocupe, atualmente, boa parte do espaço destinado pela mídia escrita e falada no Brasil, ao noticiar escândalos de corrupção e lavagem de dinheiro por parte de políticos e empresários¹⁰, o instituto da delação premiada não é novo em

-
9. O combate à máfia teve um marco na história da Itália nas décadas de 80 e 90, que foi justamente uma grande ação conjunta levada a efeito pela Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, a “Operação Mãos Limpas” – (*Mani Pulite*). Essa operação, que formou o chamado maxiprocesso, foi alicerçada na colaboração premiada de mafiosos com a justiça, revelando detalhes da atuação das *famiglias*, envolvidas geralmente com o tráfico de drogas e corrupção a servidores públicos, e possibilitou a desarticulação de parte do crime organizado, além da prisão de diversos mafiosos, embora tenha tido como desfecho a morte dos dois juizes que conduziam as ações penais, fruto de um atentado e o recrudescimento de leis por parte dos políticos, que também tinha envolvimento e queriam dificultar a ações estatais de combates à máfia. (BARBACETTO; GOMEZ e TRAVAGLIO, 2016).
 10. No Brasil, grandes operações da Polícia Federal e das Polícias Cíveis dos Estados de combate à corrupção passaram a ocupar destaque nos meios de comunicação, mas sem dúvida a “Operação Lava Jato” é a de maior repercussão nacional. Para facilitar a compreensão de como se desenvolveu a “Lava Jato” relata-se que, inicialmente, a operação “buscou identificar a atuação dos principais personagens do mercado clandestino de câmbio no Brasil no esquema criminoso investigado. Esses doleiros eram responsáveis pela movimentação financeira e lavagem de dinheiro de inúmeras pessoas físicas e jurídicas, o que acabava por envolver uma grande diversidade de outros crimes, como tráfico internacional de drogas, corrupção de agentes públicos, sonegação fiscal, evasão de divisas, extração, contrabando de pedras preciosas, desvios de recursos públicos, dentre outros. Num primeiro momento, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF/MF) registrou que o grupo realizou operações financeiras atípicas que superavam R\$ 10 bilhões. O avanço das investigações permitiu descobrir que os doleiros facilitavam também o repasse de propinas ajustadas em desfavor da Administração Pública Federal e decorrentes de contratos públicos celebrados mediante fraude em processos licitatórios. A análise do material apreendido nas diversas buscas determinadas pela Justiça Federal demonstrou a indicação política de agentes públicos que promoviam e facilitavam a contratação fraudulenta de bens e serviços com sobrepreço. Segundo informações de investigados e réus colaboradores, também houve a formação de cartéis em diversos setores econômicos, o que causou grave prejuízo financeiro às empresas públicas contratantes. Fraudes em processos licitatórios eram realizadas para permitir a celebração de contratos das empreiteiras envolvidas no esquema criminosos com diversos setores da Petrobras. Na “Operação

nossa legislação, e não surgiu com a lei de organizações criminosas (Lei nº. 12.850/2013), já existindo há algum tempo em nosso ordenamento¹¹. (SILVA, 2014a)

De acordo com a lições de NUCCI, que comenta a lei 12.850/13:

“Embora a lei utilize a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade de delação premiada. O instituto tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação do investigado ou acusado, mas aquela na qual se descobre dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente o dedurismo.” (NUCCI, 2013, p. 47)

Inegavelmente, se analisarmos os artigos 4º. *caput* e parágrafos da Lei 12.850/13, veremos que o instituto da delação premiada foi disciplinado com minúcias, que antes não existiam no ordenamento pátrio, entretanto, difere do regime das demais previsões que, como regra¹², estabelecem hipóteses de redução de pena.

Em relação ao conceito de delação premiada, De Carli (2012) assevera que:

“A última técnica sugerida pelo GAFISUD é a colaboração; também denominada “delação premiada”. O réu colaborador – em realidade o investigado ou acusado – colabora espontânea e eficazmente com as autoridades encarregadas da persecução penal de crime graves. Fornece informações sobre os componentes a organização criminosa e sua forma de atuação, e indica a localização de provas (os bancos no exterior onde os

Lava Jato” as delações premiadas possibilitaram entender o funcionamento do esquema de lavagem de dinheiro e analisar/investigada a gigantesca cifra de R\$ 12.500.000.000.000,00 em transações financeiras. (OPERAÇÃO, 2017).

11. “O instituto encontra similaridade com as delações previstas no artigo 8º. da Lei 8.072 (crimes hediondos), no artigo. 4º. do artigo 159 do Código penal (extorsão mediante sequestro), § 5º., do artigo 1º. da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro), artigo 41 da Lei 11.343/06 (drogas) e artigo 87 da lei 12.529/11 (carteis).” (SILVA, 2014a, p. 18).
12. A lei de lavagem de capitais prevê em seu art. 1º. § 5º. a delação premiada e estabelece que o parâmetro da redução é de 1 a 2/3, enquanto que a Lei 12.850/13, estabelece que a redução é de até 2/3. Assim, nesse aspecto o primeiro diploma legal é mais benéfico ao réu, por fixar um patamar mínimo de redução qual seja de 1/3.

demais agentes possuam conta, os nomes das empresas *offshore* e seus reais proprietários, por exemplo), para em troca obter redução ou extinção de sua pena. Essa colaboração pode ser pontual, num processo apenas, onde relatará a participação de coautores ou mais amplas: são os acordos de cooperação celebrado com a acusação que têm por objeto a investigação de vários crimes [...]. Com base nestas informações, o Ministério Público vai então requerer ao juiz a quebra de sigilos bancários, pôr em marcha as medidas de cooperação internacional em matéria penal, etc.” (DE CARLI, 2012, p. 230)

Outro benefício decorrente da delação premiada em sede de lavagem de capitais, nos termos da Lei nº.9.613/98 é a possibilidade de cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito a qualquer tempo. (BRASIL, 1998)

Essa gama de benefícios apresentados ao investigado é capaz de estimular a sua busca¹³ pelas autoridades para celebrar um acordo de colaboração premiada delatando coautores, indicando provas, e o local em que foram ocultados os bens auferidos como produto de infrações penais antecedentes, bem como a forma empregada nessa dissimulação.

Merece, contudo, um registro a crítica feita por Santos, (2017b) ao alegar que nenhuma hipótese de delação premiada prevista na legislação brasileira condiciona a concessão do benefício a acordo prévio com o Ministério Público, só a disciplinada na Lei nº. 12.850/2013. O autor sustenta que se acaso essa obrigatoriedade é preservada, há uma injustificável subordinação do Juiz, autoridade competente para aplicar a pena, ao Ministério Público, órgão da acusação e parte no processo. O referido condicionamento pode representar ofensa a direitos e garantias do cidadão, em especial quebra à paridade de

13. Aqui cumpre fazer uma distinção entre delação espontânea e delação voluntária. Nos termos da Lei 9.613/98 ela deve ser espontânea, ou seja, nascer no íntimo da vontade própria delator. Arrepentido e, visando aos benefícios que a lei oferece, é ele quem procura as autoridades para celebrar o acordo. Já, conforme a Lei 12.850/2013, não há exigência dessa espontaneidade, bastando que a iniciativa seja voluntária por parte do autor, ou seja ainda que convencido dos benefícios da delação pela autoridade, ele deve ser livre para escolher se delata ou não. Nesse aspecto reside uma série de discussões que serão travadas mais adiante e que dizem respeito à efetiva autonomia/ vontade livre do delator se caso estiver preso.

armas, defendendo caber ainda à autoridade judiciária a análise da validade do acordo de colaboração firmado. (SANTOS, 2017b)

Assim, como todos os demais elementos que são trazidos ao processo, a delação premiada deve ser considerada com valor relativo, jamais como prova absoluta, nem imprestável, eis que o juiz deve valer-se de todo o acervo produzido ao longo da instrução para proferir a sentença, como é prescrito nos termos dos arts. 155 e 200 do CPP. (BRASIL, 1941)

Outrossim, se divergente das demais provas, a deleção premiada não servirá para fundamentar a decisão judicial, todavia se lastreada em documentos idôneos, que possibilitem a efetiva identificação de outros integrantes da organização criminosa, bem como a recuperação de ativos ocultados ilicitamente, possuirá inegavelmente um peso diferenciado na valoração a ser realizada pelo juiz.

Esse sistema de peso atribuído às provas produzidas no curso de um processo, já é utilizado em crimes contra a dignidade sexual, praticados clandestinamente, e sem testemunhas em que a palavra da vítima, mesmo não sendo absoluta, tem dimensão fundamental para possibilitar uma condenação do investigado, se não divergente do que foi apurado nos autos (NUCCI, 2014)

Em que pese sofra duras críticas quanto à essência do instituto, que reside na traição do investigado para com os seus consortes de empreitada criminosa, tudo isso fomentado pelo Estado, que estaria estimulando um comportamento antiético do delator, é mais um recurso à disposição dos órgãos de persecução penal para combater o crime, notadamente, a criminalidade organizada, que, ao desenvolver as suas ações delitivas, de igual forma, não observa princípios éticos ou o bem estar do cidadão.

Ao contrário, no caso do tráfico de drogas, há imposição da autoridade por meio do uso da força e, no caso da lavagem de dinheiro, em muitas das situações, há o empobrecimento dos cofres públicos, atingindo frontalmente a sociedade de maneira indistinta.

Assim, entende-se que, se efetivamente colhida como fruto da vontade do delator, que visualiza benefícios processuais futuros, a utilização da delação premiada, pensada como ferramenta para instrumentalizar o processo e o direito penal como mecanismo para o combate ao crime e a defesa da sociedade, será plenamente válida e legítima.

3. A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

No presente tópico passaremos a tecer algumas considerações sobre a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, situando os seus pilares metodológicos metodológicos, bem como seus conceitos operacionais além de contextualizar o direito como subsistema, tendo as normas jurídicas a capacidade de melhor estabilizar o sistema.

Para Mathis (2004) a Teoria do Sistema Sociais de Lhumann “tem como objeto de estudo sistemas autopoieticos sociais. Isso faz necessário definir a operação básica através da qual o processo autopoietico separa esse sistema dentro do seu meio.” (MATHIS, 2004, p. 05)

De acordo com Soares, (2016) a teoria dos sistemas de Luhmann é edificada sobre quatro pilares saber:

“O primeiro deles é sua pretensão de universalidade, resultando numa verdadeira Teoria Geral do Conhecimento que excede os limites da Sociologia, alcançando, por exemplo, a Política, a Religião, a Economia e o Direito. [...] Em segundo lugar, a concepção de Luhmann parte de pressupostos multidisciplinares, envolvendo contribuições da Física, da Matemática, da Cibernética, da Neurociência, da Biologia, culminando no surgimento de uma concepção sistêmica totalmente peculiar. O terceiro pressuposto é a metodologia funcionalista adotada. Trata-se de uma versão funcionalista distinta do funcionalismo clássico. Luhmann propõe um estruturalismo funcionalista, onde deve ser privilegiado o conceito dinâmico de função em face da noção de estrutura. A partir deste ponto de vista, cada elemento do sistema está voltado à satisfação de necessidades. O último pilar metodológico diz respeito à utilidade dos paradoxos.” (SOARES, 2016, pp. 17-18)

A comunicação é considerada como operação básica dentro do sistema social de Luhmann, eis que autopoética como sustenta Mathis (2004):

“O principal fator em comum entre os sistemas sociais é o fato de que a sua operação básica é a comunicação. A comunicação é a (única) operação genuinamente social, e ela é autopoietica porque pode “ser criada somente no contexto recursivo das outras comunicações, dentro de uma rede, cuja reprodução precisa da colaboração de cada comunicação isolada “ (MATHIS, 2004, p.05)

3.1. As contingências e as expectativas frustradas: a delação premiada e o crime de lavagem de dinheiro como ruídos à estabilidade sistêmica

soares (2016) destaca que “o sistema é aberto cognitivamente para ser estimulado através de ruídos ou perturbações oriundas do ambiente. Com isso, obtém a energia necessária para (re) alimentar suas operações internas.” (SOARES, 2016, pp. 17-18)

Disso começam as compreensões sobre a estabilização do sistema.

Acerca dos processos de formação dos ruídos Luhmann(2013) alega que:

“ Un desarrollo semejante exige que el sistema desarrolle una alta indiferencia frente al entorno. Muy pocas comunicaciones que circulan en el entorno tienen valor de información en el sistema jurídico. Sin embargo, sería demasiado fácil interpretar la necesidad reuñe de redundancia exclusivamente como protección frene a los ruidos (noise) del entorno. De la misma manera, las operaciones particulares del sistema tienen que ser aisladas entre sí, para que después queden enlazadas selectivamente.” (LUHMANN, 2013, p. 252)

Compreendido como se forma o ruído, faz-se a verificação de como essa estabilização se forma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema trazido à baila, além palpitante, está na ordem do dia, em especial pelo fato de a delação premiada vir sendo utilizada com frequência nas investigações de repercussão no âmbito nacional, da qual se cita como exemplo a “Lava Jato” da Polícia Federal.

Em que pese, como afirmado, tenha previsão expressa em diversos diplomas legais do Brasil, como se explorou inclusive em relação à Lei de lavagem de dinheiro (Lei nº. 9.613/98), o instituto da delação premiada recebeu disciplinamento próprio na lei de organizações criminosas, (Lei 12.850/2013), que diferentemente das leis anteriores, considerando-o como técnica especial de investigação, estabeleceu um regramento específico sobre o tema.

Registre-se ainda que, muito embora a Lei nº. 12.850/2013 tenha detalhado a delação premiada, no que toca à redução da pena estabeleceu um patamar máximo, mas não um piso, como a lei de lavagem de dinheiro¹⁴. Desta feita, quando se tratar de crime de lavagem de dinheiro, as referências que devem ser levadas em consideração neste aspecto, têm que ser a da lei própria, ainda que o crime seja praticado por meio de organização criminosa, eis que a lei posterior não beneficia o réu, já sendo o piso de 1/3 uma garantia do investigado/réu colaborador.

Como aventado ao longo desse estudo, os sistemas autopoiéticos necessitam de esquemas de estabilização .

REFERÊNCIAS

- ANSELMO, Márcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional*. São Paulo. Saraiva, 2013.
- BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operação Mãos Limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016.
- BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRASIL. *Decreto nº. 154*, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm> . Acesso em: 17 ago. 2017.
- BRASIL. *Lei nº. 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 10 ago. 2017.
- BRASIL. *Lei nº. 9.613*, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

14. O art.4º. *caput* da Lei nº. 12.850/2013 estabelece que a redução da pena privativa de liberdade será de até 2/3, enquanto que o art. da Lei nº. 9.613/98 estabelece que redução será de 1/3 a 2/3, como já referido.

- BRASIL. *Lei nº. 12.683*, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em 17 ago. 2017.
- DE CARLI, Carla veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2ª. edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Tradução de Pietro Nasetti-Ed. Martin Claretto –São Paulo, 2007.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Especial Criminal Comentada*. 3ª. ed. rev., ampl. e atual. Editora JusPodvim: Salvador, 2015.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Disponível em: <http://lkservicios.com/maestria-2013-1/descargas/517derecho_luhmann.pdf> Acesso em: 19 ago. 2017o
- MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crimes*. Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66., jun./jul. 2014.
- MATHIS, Armin. A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *In: Presença Revista de Educação, Cultura e Meio Ambiente*. Mai.-Nº28, Vol. VIII, 2004.
- MOREIRA, Romulo de Andrade. *Globalização e crime*. 2003. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/40921>>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- MORO, Sergio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OPERAÇÃO Lava Jato -números. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/impressa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>. Acesso em 19 ago. 2017.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2ª. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvim, 2017a.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração unilateral premiada como consecratório lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro*. In Revista Brasileira de Direito processual Penal. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/49/55>>. Acesso em 18 ago. 2017b.

SILVA, Marcio Alberto Gomes. *Organizações criminosas: uma análise jurídica e pragmática da lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 (2014a)

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Teoria dos Sistemas Sociais e o Direito: tópicos para o estudo do pensamento de Niklas Luhmann*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2016.

VON FRÜHAUF, Marise. *Análise do Filme Matrix*. 2009. Disponível em: <<http://sociologialimite.blogspot.com.br/2009/04/analise-do-filme-matrix.html>>. Acesso em 18 ago. 2017

O embate entre o garantismo e neoconstitucionalismo: uma análise sob a ótica de Luigi Ferrajoli

*José Andrade Soares Neto**

INTRODUÇÃO

Em meio à transição da modernidade para a pós-modernidade, com eventos histórico-culturais como a Revolução Francesa, com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão no século XVIII, a revolução industrial do século XIX e as grandes guerras da primeira metade do século XX, com a declaração internacional dos direitos fundamentais do homem de 1948, em um período de conquistas humanísticas irrenunciáveis, percebeu-se uma tendência crescente de fortalecimento do movimento constitucionalista, o que contribuiu à sua reestruturação, tendendo a uma irradiação dos princípios e garantias constitucionais à salvaguarda do cidadão seja nas relações com o Estado ou privadas.

Após o arraigamento do referido movimento constitucionalista, no século XIX, vislumbramos, atualmente o mundo jurídico atravessar o pós-positivismo neoconstitucionalista, segundo o qual, os princípios constitucionais passam a ter força normativa e os ramos do direito devem ser aplicados considerando-se tais princípios como a dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva, a segurança jurídica, a função social da propriedade, dentre outros.

(*) Doutorando e Mestre em Direito Público pela UFBA, Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA, Professor de Direito Administrativo dos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, bem como do Curso Brasil Jurídico. Advogado, sócio do Faro, Brito e Soares Neto Advogados e Procurador do Município de Salvador/BA.

Tais ideários, bastante difundidos tanto campo filosófico quanto jurídico, tem percorrido diversos ramos do direito como o direito penal, direito civil, tributário, direito administrativo, dentre outros. Segundo essa ótica, não há mais espaço para a aplicação da legislação distante dos referidos princípios constitucionais.

Por outro lado, sugere Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2012) que esta postura neoconstitucionalista, a qual denomina constitucionalismo principialista (ou argumentativo), contrapõem-se ao constitucionalismo garantista (ou normativo) em diversos aspectos, que devem ser observados com cautela.

O renomado jurista italiano propõe severas críticas ao festejado constitucionalismo principialista, dentre elas uma conexão indevida entre direito e moral, aparentando tendências jusnaturalistas que levariam tal corrente a uma insegurança jurídica; uma diferenciação inadequada entre regras e princípios ao destacar distinções estruturais e qualitativas, com soluções de conflitos através do mecanismo da ponderação a estes últimos; e, por fim, uma propensão ao ativismo judicial extremado, com poderes absolutos aos Juízes, conduzindo a uma ideia de superação total do positivismo jurídico clássico.

Defende que o constitucionalismo garantista atua de forma mais eficaz ao manter uma separação prudente entre direito e moral; uma distinção não estrutural entre princípios e regras, mas sobretudo de estilo; e por fim, não uma superação absoluta ao positivismo clássico, mas um reforço para sua melhor aplicação nos tempos atuais, fortalecendo uma atitude hermenêutica do Poder Judiciário para a aplicação adequada do direito, em detrimento de um ativismo extremado, com poderes extremados aos Juízes.

Pretende-se, no presente trabalho, uma investigação acerca do embate proposto por Ferrajoli entre o constitucionalismo principialista (neoconstitucionalismo) e o constitucionalismo garantista (garantismo), levando em consideração as críticas tecidas pelo referido autor.

Para tanto, primeiramente, será apresentado o contexto da transição entre os paradigmas da modernidade, onde foi concebido o constitucionalismo clássico, e da pós-modernidade, onde foram estruturados os constitucionalismos principialista e garantista.

Em seguida, serão tecidas considerações sobre o constitucionalismo e suas transformações até a constitucionalismo principalista e garantista, constatando-se as suas principais características.

Por fim, será apresentada a análise crítica feita por Ferrajoli ao constitucionalismo principalista e o seu embate junto ao constitucionalismo garantista, bem como a análise de algumas posições críticas propostas pelo referido autor.

1. A MODERNIDADE JURÍDICA E A CRISE DOS SEUS PARADIGMAS

1.1. O projeto da modernidade jurídica

De acordo com Antônio Carlos Wolkmer (WOLKMER, 2001), a vivência liberal-individualista ocasionou uma justificação racional do novo mundo que surgia no período denominado de modernidade, diferente do sistema jurídico múltiplo verificado na sociedade feudal. As diferentes ordens que coexistiam no feudalismo acabavam sendo uma barreira ao crescimento da burguesia emergente. Em razão da atividade principal a qual se dedicavam, o comércio – ao contrário da atividade agrícola que marca a Idade Média – fazia-se necessária a unificação do Direito Mercantil para engendrar o crescimento, bem como para a consolidação da burguesia enquanto classe. A partir daí observa-se uma transição hierárquica: entra o trabalho assalariado, sai o senhorio feudal.

O Estado Moderno nascente, estava fundamentado numa legitimidade racional, abandonando-se a busca da verdade em poderes divinos, junto ao movimento iluminista. A burguesia mercantil, que detinha a força econômica que praticamente sustentava a nobreza e o clero, enquanto classe detentora dos meios de produção, busca adequar seus interesses a uma ordem estatal fortalecida, o que deveria passar necessariamente pelo plano jurídico.

O Direito Moderno, conforme Antônio Carlos Wolkmer (WOLKMER, 2001, p. 85), fundamenta-se na formação social e econômica, bem como na noção de legalidade estatal. O Estado de Direito, na concepção clássica é aquele Estado que, ao mesmo tempo se subordina a suas próprias regras legais e respeita os direitos dos cidadãos.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares (SOARES, 2010, p. 55) em conformidade com a doutrina de Boaventura Santos, a realização dos objetivos do projeto da modernidade seria garantida no plano histórico, pelo equilíbrio entre os vetores societários de regulação e emancipação. As forças regulatórias englobariam as instâncias de controle e heteronomia, exercidas através do Estado de Direito. De outro lado, as forças emancipatórias expressariam as alternativas de expansão da personalidade humana, oportunizando rupturas, descontinuidades e transformações.

O programa da modernidade fundar-se-ia, então, na estabilidade dos referidos pilares, que foram precocemente demolidos pela avalanche trazida pela vivência neo-liberal.

1.2. A crise da modernidade jurídica.

No plano da modernidade, as normas legais afiguravam-se como instrumentos plenos, capazes de engendrar a codificação do ordenamento jurídico e a regulamentação pormenorizada dos problemas sociais. O fenômeno da positivação é, pois, expressão da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do Direito como um conjunto de normas postas (Direito Positivo). A positivação desponta como um conjunto de procedimentos capazes de moldar valores e padrões de conduta (SOARES, 2010, p. 60)..

Importante considerar que a referida atitude legiferante, ainda que útil e eficaz para a regulação da sociedade à época, teve a sua justificação histórica diretamente ligada ao plano de ascensão e manutenção do poder pela burguesia.

Nas palavras do mesmo autor supracitado:

o apego excessivo à norma legal refletia a postura conservadora de uma classe que ascendera no plano social, na esteira do movimento jusnaturalista. Decerto, o jusnaturalismo racionalista consolida-se com o advento da ilustração, despontando a racionalidade humana como um código de ética universal e pressupondo um ser humano único em todo o tempo e em todo espaço. Os iluministas acreditavam, assim, que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e vida social (SOARES, 2010, p. 60)

Tal momento, não por mera coincidência, reflete justamente a ascensão da escola da exegese que primava pela obediência à literalidade da Lei pelos seus aplicadores, sobretudo pelo Poder Judiciário.

Acerca do direito na modernidade, De La Torre Rangel, cita por Antônio Carlos Wolkmer (WOLKMER, 2001, p. 98), propala que “pretendendo ser um Direito igual e supondo a igualdade dos homens sem ter em conta os condicionamentos sociais concretos, produz uma lei abstrata, geral e impessoal”. Entretanto, sua crise é tão evidente ao final do século XX que “todos os primados do Direito chamado moderno, seus fundamentos, o direito individual como direito subjetivo, o patrimônio como bem jurídico, a livre manifestação da vontade, estão abalados” sendo “...tão evidente a crise do Estado moderno e de seu direito que não há mais quem defenda a sua manutenção tal como está”.

Prossegue o mesmo autor afirmando que o processo de ruptura e afirmação de paradigmas fundados em formas autônomas de vida heterogênea e modalidades alternativas de regulação social conduz à busca de novos parâmetros de fundamentação e de verdade. Transformada a sociedade, marcada pela globalização, não mais se sustenta com toda sua força a racionalidade moderna. Questiona-se tal racionalidade e ocorre a busca por novos padrões de referência. A sociedade é um sistema conflituoso e em permanente transformação, de forma que o Direito, enquanto modelo cultural tradicional, está em *crise*. Em suas palavras, o exaurimento do atual paradigma jurídico “descortina, lenta e progressivamente, o horizonte para a mudança e a reconstrução paradigmática” que se funda na experiência histórica e na prática cotidiana concreta de um pluralismo jurídico de teor comunitário-participativo.

A referida crise dos paradigmas da modernidade terá reflexos no direito, fazendo-se necessário que o Estado reveja o seu plano de supremacia para incluir o cidadão, levando a sério os seus direitos e garantias constitucionais, como parte integrante do epicentro desta revolução.

Assim com a crise da modernidade, os mais diversos pensadores, destacaram para o surgimento de um novo paradigma à compreensão do mundo atual, complexo, veloz e globalizado: a pós-modernidade.

Neste sentido, preleciona Ricardo Maurício Freire Soares (SOARES, 2010, p. 63):

A perspectiva pós-moderna passou a indicar a falência das promessas modernas da liberdade, de igualdade, de progresso e de felicidade acessíveis a todos. Conquanto tenha desencadeado o progresso material da sociedade moderna, o racionalismo do ocidente acabou promovendo o cerceamento desintegrador da condição humana, a perda da liberdade individual, o esvaziamento ético e a formação de um sujeito egoísta, direcionado, precipuamente ao ganho econômico. Os indivíduos foram convertidos a meros receptáculos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); de técnica de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismos de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massas (massificação).

Tais elementos tornaram-se patologias de uma modernidade em colapso.

A desconfiança de todo discurso unificante torna-se também o marco característico do pensamento pós-moderno. A realidade social, dentro desta nova perspectiva, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, fluida e incerta.

1.3. A pós-modernidade jurídica.

A pós-modernidade, por sua vez, caracteriza-se pela desregulamentação, pelo valor da liberdade na procura do prazer. “O princípio de realidade, hoje, tem de se defender no tribunal de justiça onde o princípio do prazer é o juiz que a está presidindo.” (BAUMAN, 1998, p. 09) Inverteram-se os papéis de vilão e vítima: na modernidade, a liberdade e o prazer são vítimas da segurança e da ordem; na pós-modernidade, é a segurança que é vítima da liberdade. Em uma sociedade em que “os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão se suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade”, os mal-estares “provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais.” (BAUMAN, 1998, p. 10)

O contexto pós-moderno é, assim, caracterizado pelo pluralismo, pela aceitação das diversas expressões de liberdade do indivíduo. As

verdades – mesmo elas – são plurais. Fica superada a noção de verdade única, inclusive sobre a própria teoria da verdade. Fala-se em uma teoria das verdades. Nas palavras de Zygmunt Bauman (BAUMAN, 1998, p. 10):

[...] porque a pluralidade das verdades deixou de ser considerada um irritante temporário, logo destinado a ser deixado para trás, e porque a possibilidade de que diferentes opiniões podem ser não apenas simultaneamente *judgadas* verdadeiras, mas ser de fato simultaneamente *verdadeiras* [...] (grifos originais)

Assim, a questão da distinção entre verdade e inverdade cede espaço ao diálogo entre verdades. “A tarefa da razão filosófica parece estar se deslocando de legislar acerca do modo correto de separar a verdade da inverdade para legislar acerca do modo correto de traduzir entre línguas distintas, cada uma gerando e sustentando suas próprias verdades.” (BAUMAN, 1998, p. 148).

A pós-modernidade, em verdade, não tem lugar para as dicotomias, tais como verdade/inverdade, ciências naturais/ciências sociais, sujeito/objeto etc.

Nesse sentido, afirma Boavenura de Souza Santos que, no emergente paradigma científico, carece de sentido a dicotomia ciências naturais e ciências sociais, bem assim outras dicotomias como natureza/cultura, mente/matéria, observador/observado, subjetivo/objetivo, dentre outras. Neste novo paradigma, não se tem um conhecimento dualista, considerando, inclusive, a relação estrutural recíproca entre o que antes era tido em polos opostos (SANTOS, 1989, p. 46/71).

Por exemplo, o conceito de natureza depende daquele de cultura; não há natureza sem cultura, nem cultura sem natureza. São dois; é um. Daí a noção de ambiguidade. No âmbito do Direito, por exemplo, é o que ocorre com a superada dicotomia interesse público/interesse privado. É o que ocorre com as noções de sujeito e objeto.

A crise do paradigma moderno já apresentava, como uma de suas condições teóricas, a ideia de que não se conhece do objeto senão o que é nele introduzido pelo sujeito (princípio da interferência estrutural entre sujeito e objeto). Supera-se a dicotomia sujeito/objeto para que esta relação assuma o caráter de continuidade estrutural.

Por isso, afirma o autor que o objeto é continuação do sujeito, e todo conhecimento científico seria autoconhecimento (SANTOS, 1989, p. 46/71).

O conhecimento científico não é descoberto, mas, sim, criado, por meio de um ato criativo protagonizado pelo sujeito.

Demais disso, segundo Boaventura de Sousa Santos, no paradigma emergente, método é linguagem. A realidade (o objeto) responde na língua em que é perguntada.

Linguagem é interpretação; nela, há o significante (objeto de interpretação) e significado (resultado da interpretação). A linguagem é o caminho percorrido entre significante e significado. Se método é linguagem, logo também é este caminho; também é interpretação.

Verifica-se, pois, que as grandes visões modernas esvaziaram-se, perderam gradativamente a credibilidade. Em seu transcurso histórico, o programa moderno não logrou concretizar suas idéias emancipatórias.

A sociedade que sofre os efeitos da globalização da economia, da política, da sociologia, dentre outras esferas, desenvolve novas formas de relações jurídicas, como o caso das celebrações realizadas de forma eletrônica. Sendo assim, não é cedo alcançar a suficiência do ordenamento jurídico posto, devido à incerteza da incidência do mais tênue dispositivo ao mais velho instituto jurídico.

No que diz respeito a esta corrida tecnológica, a sociedade, hodiernamente, vive a era da informatização das relações jurídicas, que possui como característica determinante a despersonalização das relações negociais. O contato físico entre os interessados já não é mais necessário, já que o mercado eletrônico, ou virtual, em total contraposição aos conceitos vetustos do tradicional comércio físico, em que a presença do comerciante, pessoa física ou jurídica, era fundamental, nesse cenário apresenta-se facilmente desconsiderada.

Desta forma, devido ao crescimento das novas relações jurídicas antes não cogitadas seja na seara ambiental, consumerista, aerespacial, direito regulatório e da informática, até como efeito do fenômeno da globalização, associada a parca e insuficiente normatização, que ainda se encontra em trâmite, emergem tais relações como um problema cotidiano de difícil solução.

O direito, por ser indissociável da sociedade, sofre os efeitos da globalização e dos novos ramos que surgem a todo instante. Nada obstante a discussão do ordenamento jurídico estar preparado ou não para tais relações, ainda que não contempladas, elas existem e, por conseguinte, devem ser tuteladas, implicando em uma necessária evolução das correntes jurídicas norteadoras do direito, do jus-positivismo ao pós-positivismo, do constitucionalismo clássico ao garantismo e neoconstitucionalismo.

Preleciona Ricardo Maurício Freire Soares que os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da Ciência do Direito de dar respostas adequadas e gerais aos problemas que perturbam a sociedade atual e se modificam com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos princípios e de formar de se produzir o direito. (SOARES, 2010, p. 68).

Assevera, ainda, que é possível divisar os elementos da cultura jurídica pós-moderna como sendo um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo.

É plural porque se manifesta na implosão dos sistemas normativos genéricos e o conseqüente surgimento dos microsistemas jurídicos, como o direito do consumidor. Tal fenômeno de descodificação, verificável especialmente no direito privado tradicional, abre espaço para que uma multiplicidade de fontes legislativas regule os mesmos comportamentos sociais.

O pluralismo também se manifesta através do surgimento dos interesses difusos, que transcendem a esfera dos indivíduos para alcançar toda a comunidade jurídica. A pluralidade apresenta-se como solução à incapacidade do monismo legalista estatal em face da complexidade apresentada pela sociedade pós-moderna.

Ou seja, a legislação codificada que pretendia atender a todos os anseios da sociedade moderna, seja pela velocidade com que as estruturas sociais têm se modificado, seja pela complexidade das relações, não mais se revela como um instrumento hábil à regulação da sociedade.

Aponta ainda Ricardo Maurício Freire Soares que o fenômeno jurídico pós-moderno assume, também, um caráter reflexivo. O direito moderno figurava como um centro normativo diretor, que, mediante o estabelecimento de pautas comportamentais, plasmava condutas e implementava um projeto global de organização e regulação social (SOARES, 2010, p. 69).

Já não se pode conceber o ordenamento jurídico como um sistema hermético, mas como uma ordem permeável aos valores e aos fatos da realidade cambiante. Daí decorre a compreensão do ordenamento jurídico como um fenômeno dinâmico.

Valério de Oliveira Mazzuoli corrobora ao afirmar que o direito já não é fruto de um processo meramente lógico-dedutivo (MAZZUOLI, 2010, p. 04). Ao contrário, é decorrência de uma interação (ponderação, diálogo) permanente entre as regras e os princípios, entre o direito interno e o externo, entre a legalidade e a constitucionalidade, entre a legalidade e a convencionalidade da norma, entre a lei e os valores em jogo em cada caso concreto.

Segundo o referido autor, o direito pós-moderno deixou de ser lógico (formal) para se transformar em axiológico (busca do justo mediante a ponderação de valores), deixou de ser meramente legalista para interagir (dialogar) com as novas fontes do direito (constitucionalismo, internacionalismo e universalismo). Ele se tornou muito mais complexo, mas nunca, como agora, reuniu tantas condições para ser justo (em cada caso concreto). Do método da subsunção, passamos à ponderação de todos os valores em jogo para que se atinja a decisão mais justa no caso concreto (MAZZUOLI, 2010, p. 05), em que pesem as críticas lançadas por Ferrajoli (FERRAJOLI, 2012), neste particular, como será delineado adiante.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO

2.1. O constitucionalismo em sua acepção clássica e sua evolução

A salvaguarda dos direitos fundamentais é sempre uma evolução constante na história da humanidade. Desde a primeira fase, de mera afirmação pura e simples do direito, depois avançando em

busca de seus reflexos na prática do poder político organizado, mediante a materialização dos direitos fundamentais, o movimento constitucionalista se fortaleceu cada vez mais.

Nesse passo, atualizar o conteúdo dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões, sob a perspectiva de sua máxima efetividade subsiste como desafio que supera a sua mera catalogação.

A análise da evolução dos direitos humanos facilita a compreensão das mudanças da sociedade nas batalhas contra o excesso de poder, as quais deram origem a uma linha de pensamento humanista, incorporada primeiro às ideias políticas e, em seguida, ao plano jurídico.

Os movimentos sócio-políticos conduzem ao Estado constitucional de direito, fato que contribuiu de forma relevante para tanto foi a Revolução Francesa, com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que trouxe essa noção para o âmbito jurídico em 1789 (MIRANDA, 2011, p. 31). A estrutura Estatal reforça a institucionalização do poder político, favorecendo à igualdade social.

Esta normatização passa então a centralizar-se no Estado, com a formalização do contrato social, que reconhece a ampliação do exercício do poder eleito pela coletividade e a figura do Estado como executor das normas jurídicas, que se dá Constituição, repleta de princípios e direitos fundamentais, além de delinear a separação dos poderes e a representação política.

Reflete bem a evolução do constitucionalismo as diferentes gerações ou dimensões atribuídas aos direitos fundamentais ao longo do tempo.

Alguns doutrinadores têm dissentido a respeito da terminologia mais correta para se denominar o evento de evolução histórica dos direitos fundamentais, e isto acontece principalmente entre as expressões gerações e dimensões.

Paulo Bonavides prefere termo gerações dos direitos fundamentais para explicar a inserção histórica deles nas constituições dos países, sendo este posicionamento seguido por vários outros constitucionalistas. Explica Bonavides: “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo...” (BONAVIDES, 2006, p.158).

Ressalte-se que parte da doutrina têm entendido que o termo “gerações” é impróprio para definir esta evolução dos direitos fundamentais. Isto porque, termo gerações poderia ensejar a compreensão de que com a evolução dos direitos fundamentais, ocorreria uma substituição de gerações, o que não costuma ocorrer. Por isso, defende-se, atualmente, que o mais correto seria a expressão “dimensão” para figurar a evolução dos direitos fundamentais.

De acordo com Ingo Sarlet, “...a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno...” (SARLET, 2007, p. 55).

Os direitos de primeira dimensão referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos. Surgiram nos finais do século XVIII e representavam uma resposta do Estado liberal ao Absolutista, dominando o século XIX, e corresponderam à fase inicial do constitucionalismo.

Decorreram das revoluções norte-americanas e liberais francesas, nas quais reivindicava-se o respeito às liberdades individuais, com a conseqüente limitação dos poderes absolutos do Estado. Exigem do ente estatal, precipuamente, uma abstenção e não uma prestação, tendo como titular o indivíduo, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política, etc.

Os direitos de segunda dimensão referem-se às liberdades positivas, visando assegurar a igualdade material entre as pessoas. A Revolução Industrial pode ser considerada o grande marco dos direitos desta dimensão, a partir do século XIX, implicando na luta do proletariado, na defesa dos direitos sociais (essenciais básicos: saúde, educação, alimentação, previdência, trabalho, etc.). O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais.

Nesta geração, exige-se Estado a execução de serviços públicos, como ente protagonista de políticas públicas que contribuam para a melhoria da sociedade.

Os direitos de terceira dimensão consagram o princípio da solidariedade, protegendo interesses de titularidade difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado, mostrando uma grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras. Possui origem na revolução técnica e científica, com impacto nos meios de comunicação e de transportes.

Como direitos de terceira geração podemos exemplificar, o direito ao meio ambiente, proteção às relações de consumo, direito de comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito à paz, cuidando-se de direitos transindividuais.

Na atualidade existem doutrinadores que defendem a existência dos direitos de quarta geração ou dimensão, apesar de ainda não haver consenso na doutrina sobre qual o conteúdo dessa espécie de direito. Para Norberto Bobbio, “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética.” (BOBBIO, 1992, p. 82), podendo-se incluir o acesso à tecnologia digital e internet.

Importante notar que essa evolução dos direitos fundamentais é acompanhada pela adequação evolutiva do próprio movimento constitucionalista que, para viabilizar direitos cada vez mais complexos e imediatos, no espectro da pós-modernidade, tem obtido contornos diferenciados do constitucionalismo clássico, produzindo algumas variações contemporâneas como o constitucionalismo garantista (ou garantismo) e o constitucionalismo principalista (ou neoconstitucionalismo), sobre os quais teceremos algumas considerações a seguir, com a finalidade de melhor fundamentar o embate crítico proposto por Ferrajoli.

2.2. O constitucionalismo garantista ou garantismo

Conforme ensinamentos de Ferrajoli, a orientação que desde algum tempo se conhece pelo nome de Garantismo nasceu no campo penal como uma réplica ao crescente desenvolvimento da divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores (FERRAJOLI, 1995. p. 851).

O Garantismo, ou constitucionalismo garantista, conforme denomina Ferrajoli, possui algumas variações, comportando três sen-

tidos diversos, porém, inter-relacionados: um modelo normativo de Direito; uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas e uma filosofia do Direito e crítica da política (FERRAJOLI, 1995, 853).

Dentre as acepções do garantismo, tem-se a que estabelece uma diferença entre ser e dever ser no Direito, redefinindo os conceitos de validade, vigência e eficácia a partir do moderno Estado de Direito, o qual é identificado pela associação de variados princípios na sua Constituição.

Como teoria jurídica o Garantismo pode ser identificado com o positivismo jurídico, ainda que aprimorado, por defender a forma estatal do Direito sob a égide do princípio da legalidade.

Outra característica do Garantismo que acentua o seu teor reflexivo em relação ao positivismo jurídico dogmático é o dever de elucidar as antinomias e lacunas do ordenamento através da invalidação das normas inferiores e de ineficácia das superiores. Pois, de acordo com o Garantismo a coerência e plenitude do ordenamento não são associadas à vigências, mas sim à validade que não refletem o ser do Direito, mas o dever ser das normas inferiores em sua relação com as superiores. E o Direito vigente se caracteriza como incompleto e incoerente devido às violações de fato das proibições impostas ao legislador.

Na última vertente, o Garantismo é visto através de uma análise zetética que impõe ao Direito um discurso normativo e uma prática coerentes com garantia axiológica dos bens e interesses que justificam sua existência. É o que FERRAJOLI chama de “ponto de vista externo”, com o qual se permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre ser e dever ser do Direito.

2.3. O constitucionalismo principalista ou neoconstitucionalismo pós-positivista

Na ótica de Gustavo Binbenbojm (BINENBOJM, 2006) por força do neoconstitucionalismo alguns paradigmas clássicos associados ao Estado Democrático de Direito sofreram graves abalos, merecendo ajustes para a adequada regência de todo o direito na pós-modernidade.

Ao revés da distância cultivada à época do constitucionalismo primário, garantidor de direitos negativos aos cidadãos, consistentes sobretudo na não interferência do Estado para que direitos como o da liberdade de locomoção, expressão, associação, dentre outros, fossem assegurados, quando a Constituição tendia a ser mais sintética e preconizava meras diretrizes principiológicas sem força normativa, com o neoconstitucionalismo, que se desenvolvera em meados do século XX, verifica-se uma grande revolução na sistemática do ordenamento jurídico, em que a Constituição é posicionada no seu núcleo, passando de mera indicadora de diretrizes a centro normativo irradiador de eficácia.

Como visto anteriormente, a evolução dos direitos individuais negativos de primeira dimensão, denominados direitos de liberdade individuais, posteriormente os de segunda dimensão, quando clamava-se por políticas públicas de saúde, educação, saneamento, etc., passando pela terceira dimensão dos direitos sociais preconizados pelas constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), com a consolidação dos direitos fundamentais nos seus textos e por fim a quarta e atual dimensão em que se preconiza o direito à evolução biotecnológica e ao direito digital, tudo isso conduziu a uma nova perspectiva da Constituição e seus efeitos no ordenamento jurídico.

Diante desta nova postura contundente do texto constitucional, não mais cabia a contenção absoluta dos seus princípios, relegando-os a meros preceitos informativos, diante do seu alto grau de abstração. Estudos como os de Robert Alexy (ALEXY, 2008), consolidaram a força normativa dos princípios constitucionais, que devem ser encarados como verdadeiras normas dotadas de eficácia para a solução de conflitos, mediante exercício de ponderação no caso concreto.

O neoconstitucionalismo vem, então, revelar, no contexto da pós-modernidade, uma forma racional e equilibrada de interpretar e aplicar o ordenamento jurídico em todas as searas, desde o âmbito privatista, como no direito civil, empresarial e do trabalho, ao direito público, seja no âmbito penal, ambiental, urbanístico e, naturalmente, no direito administrativo, com fortes impactos na forma de interpretar o regramento jurídico administrativo e, por conseguinte, na atuação da Administração Pública.

Nesta nova ordem, entende-se prudente abandonar a tendência legalista, calcada pelo positivismo clássico, através da qual

procurava-se preservar a ordem através do fiel cumprimento dos preceitos legais infraconstitucionais, limitados e ineficazes diante da nova realidade conglobante pós-moderna, vertendo-se ao centro de todos os ramos qual seja, a Constituição Federal, sobretudo no seu núcleo duro que releva a plêiade dos direitos fundamentais, cerne do ordenamento atual.

Ou seja, o direito, nos seus mais diversos ramos, não comportariam mais interpretação/aplicação por subsunção à revelia dos direitos fundamentais preconizados na Constituição. E este exercício hermenêutico não deve estar limitado aos princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva, segurança jurídica, dentre outros.

No cenário atual, apesar da resistência de parte da doutrina tradicional, percebe-se o reconhecimento desta nova realidade que não pode prescindir da relevância dos princípios constitucionais que resguardam aos cidadãos o exercício dos seus direitos fundamentais básicos.

3. GARANTISMO X NEOCONSTITUCIONALISMO NA VISÃO DE LUIGI FERRAJOLI

No contexto da teoria de Luigi Ferrajoli, o constitucionalismo atual pode ser compreendido como um fenômeno complexo, que se ramifica em dois aspectos: de um lado aqueles posicionamentos que objetivam uma superação “jusnaturalista” do positivismo jurídico, e de outro as correntes doutrinárias que visam uma complementação ao juspositivismo.

Para o referido autor, o positivismo jurídico pode ser visto como uma concepção e/ou modelo de direito que reconhece como direito qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça. (FERRAJOLI, 2012, p. 14).

Já o jusnaturalismo, colocaria um direito chamado natural de origem divina, racional ou cultural (a depender da fase) ligada à tradição da moralidade, acima da norma positivada, inclusive no que diz respeito aos seus critérios de validade. Ou seja o direito natural estaria acima do direito positivo, em havendo conflito.

Pelo que se depreende do embate entre o Constitucionalismo principalista e garantista proposto por Luigi Ferrajoli, afirma o autor que aquela primeira corrente pretenderia uma superação absoluta ao juspositivismo, o que não seria saudável à segurança jurídica. Pois, na medida em que se tentaria essa superação, estar-se-ia, em verdade, concretizando uma perigosa aproximação ao jusnaturalismo, em busca da justiça, mas detrimento à segurança jurídica, que, na sua visão, está melhor salvaguardada através do constitucionalismo garantista, que busca não uma superação do juspositivismo, mas sim um aprimoramento à referida corrente, visando, sobretudo, adequá-la ao momento atual pós-moderno.

Pela ótica de Ferrajoli, o embate entre essas duas espécies de constitucionalismo poderia ser analisado pelo tratamento dado a três aspectos distintos, quais sejam: a relação entre o direito e a moral; a natureza da distinção entre princípio e regras; e a dimensão da liberdade de criação de normas jurídicas ao Poder Judiciário, através do ativismo judicial.

No que diz respeito à relação entre o direito e a moral, segundo Ferrajoli, no constitucionalismo principalista, verifica-se uma aproximação extremada entre os referidos espectros normativos, pois a moral, que para o positivismo era vista como uma dimensão externa ao direito (com o que coaduna o constitucionalismo garantista), agora faria parte do seu ponto de vista interno. (FERRAJOLI, 2012, p. 25).

O neoconstitucionalismo representaria o embate com o positivismo e à sua aproximação entre direito e moral, enquanto o Constitucionalismo garantista demarcaria adequadamente os limites entre o direito e a moral. Neste particular, assevera Ferrajoli:

O constitucionalismo juspositivista /garantista, mesmo teorizando a dimensão estática inserida no positivismo jurídico pelas normas substanciais das Constituições, rejeita a tentativa de voltar a confundir direito e moral, inclusive na forma do constitucionalismo ético como ponto de vista autônomo do direito e sobre o direito, o ponto de vista a ele externo da moral e da política, que é, portanto, o ponto de vista crítico, também nos confrontos das normas constitucionais, de cada um de nós. Mas é precisamente esta separação que constitui o fundamento de todo liberalismo e da própria democracia constitucional (FERRAJOLI, 2012, p. 25).

É, portanto, insustentável na visão de Ferrajoli (FERRAJOLI, 2012, p. 29) a derivação da tese de uma "conexão conceitual" entre direito e moral a partir da óbvia circunstância de que as leis e as Constituições incorporam "valores". Isto implicaria um "absolutismo moral" composto pela intolerância às opiniões dissidentes. Em todo caso, lembra que o Constitucionalismo principialista (ou argumentativo) comporta uma concepção objetivista da moral.

Um segundo ponto a ser observado por Ferrajoli, no embate entre garantismo e neoconstitucionalismo, está assentado na natureza da distinção entre princípios e regras.

Em relação à distinção entre essas duas categorias normativas, ressalta ZAGREBELSKY que somente às regras se aplicam os variados métodos de interpretação jurídica que têm por objeto a linguagem do legislador. Já os princípios não são geralmente muito interpretados desta forma: em geral, o seu significado linguístico é "autoevidente" e não há nada que deva ser esclarecido pelo raciocínio sobre as palavras (ZAGREBELSKY, 2002, p. 110).

As regras são postas para serem obedecidas, por isso fundamental determinar com precisão os preceitos que o legislador estabelece por meio das formulações que as contém. Aos princípios, por outro lado, tem de haver adesão, e por isso, é importante compreender o universo dos valores de que fazem parte.

A distinção essencial seria que as regras apresentam critérios para as nossas ações, apontando como devemos atuar em determinadas situações previstas no próprio texto normativo que descreve condutas e sanções. Já os princípios, por outro lado, não prescrevem condutas diretamente, porém nos proporcionam critérios para decidir diante de situações concretas indeterminadas.

Diferentemente das regras, com os princípios somente se verifica um significado prático diante do caso concreto, não sendo possível determiná-lo em abstrato, mas somente nas situações reais, quando é possível verificar o seu alcance.

A crítica principal trazida por Ferrajoli, em relação ao tratamento dos princípios e regras no Constitucionalismo principialista é que neste, pregar-se-ia uma distinção qualitativa e estrutural entre os referidos tipos de normas. Sendo que tal distinção, no seu modo de ver, estaria mais para uma questão de estilo.

A diferença entre a maior parte dos princípios e as regras é, portanto, a meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas quase de estilo. A formulação de muitas normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, na forma dos princípios não é apenas um fato de ênfase retórica, mas tem uma incontestável relevância política: em primeiro lugar porque os princípios enunciam expressamente, e por isso solenemente, os valores ético-políticos por eles proclamados, em relação aos quais as regras são, por sua vez, "opacas"; em segundo lugar, e sobretudo, porque eles, quando enunciam direitos, servem para explicitar a titularidade das normas constitucionais que conferem direitos às pessoas ou aos cidadãos, e por isso a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos da soberania popular (FERRAJOLI, 2012, p. 40).

Além da questão estrutural, preservada pelo garantismo, critica também Ferrajoli o Constitucionalismo principalista na utilização da técnica da ponderação aos princípios. Para este autor os defensores de uma concepção antijuspositivista do constitucionalismo nem sempre se consideram jusnaturalistas. Eles se declaram, sobretudo, não positivistas ou pós-positivistas. Entretanto, aquilo que os aproxima é a configuração como princípios ético-políticos de grande parte das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, e a adoção de uma distinção forte, qualitativa e estrutural, entre princípios e regras, sendo os primeiros objeto de ponderação e as segundas de aplicação mediante subsunção (FERRAJOLI, 2012, p. 18).

A técnica da ponderação entre princípios supostamente conflitantes aplicada através do neoconstitucionalismo, segundo Ferrajoli, deve ser observada com reservas, posto que, no seu sentir, não há que se falar em sobreposição de princípios. O que há em verdade é a análise e ponderação sobre os fatos, circunstância que já seria observada pelo positivismo, com aprimoramentos pelo garantismo.

Assim, ponderação judicial mais assemelharia a um neologismo para denominar a velha "interpretação sistemática", desde sempre conhecida e praticada pelos juristas, consistente na interpretação do sentido de uma norma à luz de todas as outras normas do sistema. Há, todavia, uma diferença que faz da ponderação – se assumida, em oposição à subsunção reservada às regras, como um tipo de racionalidade ordinária e generalizada a todos os princípios" – uma técnica

argumentativa que amplia, indevidamente, a discricionariedade judicial até ameaçar a submissão do juiz à lei. (FERRAJOLI, 2012, p.50).

Neste particular, adentra-se à terceira crítica formulada por Ferrajoli, relativa à abertura discricionária conferida aos Juízes para o julgamento das questões submetidas ao Poder Judiciário. Para o referido autor, o Constitucionalismo principalista potencializa um ativismo judicial exacerbado, em detrimento da segurança jurídica.

Afirma Ferrajoli que opções ético-políticas discutíveis e variadamente argumentáveis, como documentam os infinitos repertórios de jurisprudência, estão inevitavelmente por detrás de qualquer interpretação jurídica de um mesmo texto, em face das margens de ambiguidade e de indeterminação da linguagem legal, seja ela expressa em regras ou em princípios: pensemos na indeterminação de noções formuladas em termos valorativos como a "periculosidade social", cuja valoração é exigida quando da decretação de prisões cautelares ou de medidas de segurança; ou os critérios de valoração da gravidade do crime previsto no art. 133 do código penal italiano, para fins de dosimetria da pena; ou o tipo penal como a "associação subversiva" ou "mafiosa", como os "maus-tratos familiares" ou como a difamação consistente na ofensa à "reputação" dos outros. (FERRAJOLI, 2012, p.54).

Nas palavras de Ferrajoli:

Aliás, a própria constitucionalização dos princípios em matéria de direitos reduz, geralmente, o espaço da discricionariedade interpretativa, uma vez que, de todas as possíveis interpretações admitidas para um mesmo texto, são escolhidas como válidas somente aquelas compatíveis com a Constituição. Assim, se pela excessiva indeterminação semântica das normas e pela falta de garantias o poder dos juízes acaba sendo, de fato, um poder criativo, que não pode ser reconduzido aos três poderes fisiológicos — de interpretação das leis, de valoração das provas e de conotação equitativa dos fatos —, então ele se converte naquilo que venho chamando "poder de disposição", que é, todavia, um poder ilegítimo, independentemente do fato de as normas serem formuladas como princípios ou como regras, uma vez que invade a competência política das funções de governo, não podendo, portanto, ser aceito sem que se negue a separação dos Poderes e a própria conservação do Estado de Direito."

Desta forma, verifica-se que, na visão de Ferrajoli, a abertura hermenêutica que se viabiliza através da aplicação da eficácia plena da norma principiológica por meio do Poder Judiciário é mais um ponto de crítica sensível em relação ao Constitucionalismo principalista, sendo que, melhores resultados podem ser obtidos através do Constitucionalismo garantista, que proporcionaria maior segurança jurídica, que traria limites mais objetivos na efetivação normativa dos princípios através do aprimoramento do método subsunção juspositivista.

CONCLUSÃO

Dos estudos realizados, possível apreender que Ferrajoli prega uma evolução gradual do positivismo, através do constitucionalismo garantista. Entende que o neoconstitucionalismo talvez esteja avançando demais através de uma aproximação entre drástica e perigosa entre moral e direito; ousando ao promover diferenciações estruturais e qualitativas entre regras e princípios e promovendo abertura a um ativismo extremado por parte do Poder Judiciário ao viabilizar a decisão do que está normatizado ou não através da técnica da ponderação principiológica, quando da resolução de casos concretos.

Assim, verifica-se que, na visão de Ferrajoli, o neoconstitucionalismo é passível de severas críticas e pode ser considerado como menos eficaz na condução de um sistema jurídico seguro que o garantismo, pois o Constitucionalismo garantista, ao preconizar ditames opostos aos do neoconstitucionalismo, sem pretensão à superação do positivismo jurídico, como asseveraria a corrente oposta, mas apenas um aprimoramento da referida tradição, seria mais adequada à condução de uma aplicação sistemática do ordenamento na atualidade, contemplando os aspectos conglobantes da pós-modernidade, sem se desviar da necessidade de resguardar a segurança jurídica.

Entretanto, sabe-se que as críticas apresentadas por Ferrajoli ao neoconstitucionalismo, embora relevantes e consistentes, são combatidas e replicadas pelos defensores da referida corrente, que tem sido bastante aceita e difundida, sobretudo por parte da doutrina brasileira.

Em que pesem as abalizadas críticas formuladas ao constitucionalismo principalista, difícil apontar até que ponto ainda é possível

defender a possibilidade prática (ainda que ao garantismo revele-se teoricamente possível), de sustentar uma blindagem ao direito acerca da moral, mantendo-a como elemento externo seja na confecção do texto normativo pelo Poder Legislativo, seja pela construção da norma jurídica para a aplicação aos casos concretos pelo Poder Judiciário.

No que diz respeito à distinção entre princípios e regras se deve ser de natureza estrutural, qualitativa ou de mero estilo, não ingressaremos no embate concreto sobre o acerto ou desacerto das ponderações de Ferrajoli, até porque não é pretensão desse ensaio produzir uma antítese à teoria formulada. Mas parece-nos que tal distinção não seja o cerne da utilidade/viabilidade do neoconstitucionalismo ou do seu antagonismo ao garantismo, posto que ambos consideram os princípios como normas jurídicas que podem produzir efeitos para regular os casos concretos, visando uma melhor eficácia da Constituição.

No que tange à preocupação concernente à propensão ao ativismo judicial, possivelmente conferida pelo neoconstitucionalismo, diante da crença na solução de lides através da ponderação de contendas quando houver posições jurídicas conflitantes diante do caso concreto, de fato, trata-se de crítica contundente, que privilegia a imprevisibilidade em detrimento da segurança jurídica.

Porém a ponderação, ainda que relativa aos fatos, como propõe Ferrajoli, ou dos fatos associados ao direito, deve ocorrer diante de casos complexos em que interesses jurídicos legítimos estarão em jogo, pois a multiplicidade de fatos jurídicos novos que se apresenta na realidade pós-moderna conglobante que enfrentamos atualmente, não parece mais comportar solução através da mera subsunção dos fatos às regras como propunha o juspositivismo clássico.

Correto que mecanismos de controle devem ser propostos para conter eventuais excessos que o neoconstitucionalismo pode viabilizar através do ativismo judicial, mas não seria prudente afirmar que aquela corrente é única causa desta atitude proativa do Poder Judiciário pós-moderno, que guarda origens mais profundas ligadas à ineficiência do Legislativo na produção de normas e do Executivo na execução de políticas públicas que atendam à sociedade de modo eficaz.

Desta forma, apesar das críticas pertinentes formuladas por Ferrajoli ao neoconstitucionalismo, temos que esta corrente, da mesma forma que o garantismo pode ser encarada como uma variante do Constitucionalismo que busca avançar diante das balizas implantadas pelo juspositivismo legalista na modernidade, para tentar auxiliar na árdua e inalcançável tarefa de contribuir através de aparatos teóricos eficientes para a busca de uma pretensão de justiça na solução de desafios jurídicos enfrentados na pós-modernidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. alemã, traduzida por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BINEMBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Tradução de A. K. Trindade; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Editora Fórum, 2011.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Características do Direito na Pós-Modernidade*. Revista de Direito, vol. 13, n. 17, ano 2010.

- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- _____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed., São Paulo: Cortez, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- _____. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª edição. Editora Alfa Omega: São Paulo, 2001.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2011.

A função dos Direitos Humanos Fundamentais no Estado Democrático de Direito

*Lília Teixeira Santos**

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito se alicerça juridicamente na Constituição Federal de 1988 – *Constituição Cidadã* – que estabeleceu a pessoa humana como fundamento das ações dos sistemas políticos, jurídicos e sociais no Estado Brasileiro. Os direitos humanos fundamentais, portanto, tem a função de estabelecer as diretrizes para orientar as ações dos poderes públicos em conjunto com os demais sistemas sociais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

1. O PRINCÍPIO DA CIDADANIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA DEMOCRACIA DO ESTADO BRASILEIRO

A democracia no âmbito da República Federativa do Brasil, instaurada em cinco de outubro de 1988, com a promulgação da *Constituição Cidadã* no contexto das reivindicações dos movimentos sociais

(*) Aluna na Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito – Doutorado em Direito Público – UFBA – Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direito e Magistratura – curso ministrado pela Escola de Magistrados da Bahia (EMAB) em parceria com a UFBA. Pós-graduada em Direito do Estado pela UFBA. Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/5166866468243294>. E-mail: lilia.teixeirasantos@gmail.com.

em face do regime militar de 1964 a 1984¹, tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana² e como objetivos fundamentais³ concretizar a democracia substancial no Estado Democrático de Direito Brasileiro, uma vez que

[...] o Estado Democrático, para que realmente o seja, depende de várias condições substanciais, que podem ser favorecidas ou prejudicadas pelos aspectos formais, mas que não se confundem com estes. Para que um Estado seja democrático precisa atender à concepção dos valores fundamentais de certo povo numa época determinada. [...] Um dos elementos substanciais da democracia é a prevalência da vontade do povo sobre a de qualquer indivíduo ou grupo. Quando um governo, ainda que

1. O jurista José Afonso da Silva nos informa que “as fontes históricas do Direito Constitucional vigente se encontram, especialmente, nas lutas pela restauração da democracia no início dos anos 80. Nesses anos o Brasil viveu um momento histórico que a teoria constitucional denomina *situação constituinte*, ou seja, situação que se caracteriza pela necessidade de criação de *normas fundamentais*, traduzidas numa nova constituição que consagrasse nova *ideia de direito* e nova *concepção de Estado*, informadas pelo princípio da justiça social. Sentia-se que aquele espírito do povo, que transmuda em *vontade social*, que dá integração a comunidade política, já havia despertado irremissivelmente, como sempre acontece nos instantes históricos de transição, em que o povo reivindica e retoma o seu direito fundamental primeiro, qual seja, o de manifestar-se sobre o modo de existência política da Nação pelo exercício do *poder constituinte originário*. Apesar da opressão, o povo começou a reivindicar mudanças. O movimento chamado *Diretas-já*, pleiteando eleições diretas para a presidência da República, levou milhões de pessoas às praças públicas. As multidões, que acorreram ordeira mas entusiasmadamente aos comícios, no primeiro semestre de 1984, interpretaram os sentimentos da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional. [...] Os debates pela convocação do poder constituinte originário ganharam as ruas, coisa rara no constitucionalismo brasileiro. Fizeram-se congressos, círculos de estudos, seminários, por todo o país, tendo como tema central a Constituinte ou o conteúdo da futura constituição”. (SILVA, 2002, p. 107-108) (grifado no original).
2. CF/88, Art. 1º: “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: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (grifos nossos).
3. CF/88, Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

bem intencionado e eficiente, faz com que sua vontade se coloque acima de qualquer outra, não existe democracia. Democracia implica autogoverno, e exige que os próprios governados decidam sobre as diretrizes políticas fundamentais do Estado (DALLARI, 2010, p. 311).

A promulgação da *Constituição Cidadã*⁴ promoveu a renovação do ordenamento jurídico do Estado Brasileiro para o Constitucionalismo democrático e humanista – conforme o paradigma do neoconstitucionalismo⁵ – que busca a limitação do poder estatal com a institucionalização de mecanismos jurídicos que permitem a participação do cidadão com a finalidade de efetivar um governo democrático com a concretização dos direitos humanos fundamentais, uma vez que

[...] o neoconstitucionalismo, como manifestação do pós-positivismo jurídico, abarca um conjunto amplo de mudanças ocorrido no Estado Democrático de Direito e no direito

-
4. O Parlamentar Federal Deputado Ulysses Guimarães em *Discurso como Presidente da Assembleia Nacional Constituinte na sessão de Promulgação da Constituição Federal de 1988*: “Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. [...] Foi de audácia inovadora a arquitetura da Constituinte, recusando anteprojeto forâneo ou de elaboração interna. O enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de um milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final. A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de dez mil postulantes fraquearam, livremente, as onze entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões. Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio. [...] Tem substancia popular e cristã o título que a consagra: “a Constituição Cidadã”. [...] Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da democracia, em participativa além de representativa. É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais.” (DISCURSO, 1988, p. 322, 323).
 5. O jurista Ricardo Maurício Freire Soares nos esclarece que “Como expressão do pós-positivismo no direito constitucional, a doutrina vem utilizando as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” para designar um novo modelo jurídico-político que representa o Estado Constitucional de Direito no mundo contemporâneo.” (SOARES, 2015, p. 233).

constitucional, reaproximando as Constituições do substrato ético dos valores sociais e abrindo espaço para o reconhecimento da força normativa da Constituição e de uma nova interpretação constitucional de base essencialmente principiológica. [...] Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e as finalidades a serem alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a serem preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada em uma perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e agentes privados. (SOARES, 2015, p. 238, 261).

Assim, a *Constituição Cidadã* – Constituição Federal de 1988, como documento matriz do ordenamento jurídico da República Federativa do Brasil, contém a orientação valorativa e finalista, com força normativa para impor suas diretrizes como padrão principiológico, de inegável natureza axiológica e teleológica, dirigido à interpretação da realidade econômica, política e cultural dos sistemas sociais existentes na sociedade brasileira, dado que

[...] com a valorização da principiológica constitucional pelo neoconstitucionalismo, torna-se a Carta Constitucional uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos e valores, adquirindo inegável tessitura axiológica e teleológica. A principiológica de cada Lei Fundamental se converte, assim, ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo. [...] “Partindo-se do postulado de que a Constituição define o plano normativo global para o Estado e para a sociedade, vinculando tanto os órgãos estatais como os cidadãos, dúvidas não podem mais subsistir nem questionamentos sobre a natureza jurídica das normas programáticas. As normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas, assim, como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de todos os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.” (SOARES, 2010, p. 127, 124).

A Democracia no Estado Democrático de Direito Brasileiro, portanto, se vincula ao paradigma contemporâneo de democracia de três vértices – democracia procedimentalista, democracia substancialista ou material, democracia fraternal⁶, na qual os conceitos de humanismo e democracia se unem em prol da materialização dos ditames dos princípios politicamente conformadores⁷ – os princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania (CF/88, artigo 1º, II, III) – que apregoam a supremacia da pessoa humana na escala de valores que devem reger a atividade dos poderes públicos nos processos de condução das decisões políticas estatais, para a consolidação de uma democracia fundada na ampla e constante participação popular na atividade política do Estado em função da busca de ações para a materialização dos ditames dos princípios

6. O jurista Carlos Ayres Britto expõe sobre o paradigma contemporâneo de democracia de três vértices: “I – democracia *procedimentalista*, também conhecida por Estado Formal de Direito ou Estado Democrático de Direito, traduzida no modo popular-eleitoral de constituir o Poder Político (composto pelos parlamentares e pelos que se investem na chefia do Poder Executivo), assim como pela forma predominantemente representativa de produzir o Direito legislado; II – democracia *substancialista* ou material, a se operacionalizar: a) pela multiplicação dos núcleos decisórios de poder político, seja do lado de dentro do Estado (desconcentração orgânica), seja do lado de fora das instâncias estatais (descentralização personativa, como, por amostragem, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular); b) por mecanismos de *ações distributivas* no campo econômico-social; III – democracia *fraternal*, caracterizada pela positivação dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente, mais a consagração de um pluralismo conciliado com o não-preconceito, especialmente servido por políticas públicas de *ações afirmativas* que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupamentos sociais, como os multirreferidos segmentos dos negros, dos índios, das mulheres e dos portadores de deficiência física (espécie de igualdade civil-moral, como ponto de arremate da igualdade política e econômico-social).” (BRITTO, 2010, p. 33-35) (grifado no original).
7. O jurista José Joaquim Gomes Canotilho ensina que princípios politicamente conformadores são “os *princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da Constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte, os princípios político-constitucionais são o *cerne político de uma constituição política*, não admirando que: (1) sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; (2) se revelem os princípios mais diretamente visados no caso de alteração profunda do regime político.” (CANOTILHO, 2003, p. 1166) (grifado no original).

politicamente impositivos⁸ – os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, artigo 3º) – que determinam a abrangente inclusão social e integração comunitária de cada indivíduo como cidadão, visto que

[...] entre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram status constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana. [...] Sendo assim, constata-se que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de respeito ou abstenção ao Estado e aos particulares, mas também exige a realização de condutas positivas por agentes públicos e privados tendentes a efetivar e a promover a existência digna do indivíduo. (SOARES, 2015, p. 246, 260) (grifado no original).

A Democracia de três vértices – procedimentalista, substancialista, fraternal – do Estado Democrático de Direito Brasileiro pode ser analisada sob a perspectiva da teoria da relação entre o direito e a sociedade como sistema em que

[...] uma teoria de corte operativo pode dar conta da unidade do sistema do direito não como unidade de texto ou consistência de um conjunto de textos, mas apenas como um sistema social. A operação de base, pela qual o sistema social se delimita em relação ao seu ambiente, pode ser designada como comunicação. Assim, também o conceito de sociedade se erige como sistema a abranger todas as comunicações, num ambiente em que não há comunicações, mas somente acontecimentos de

8. O jurista José Joaquim Gomes Canotilho ensina que “nos princípios constitucionais impositivos *subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas*. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por preceitos definidores dos fins do Estado, princípios diretivos fundamentais ou normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas. [...] Traçam, sobretudo para o legislador linhas diretivas da sua atividade política e legislativa.” (CANOTILHO, 2003, p. 1166-1167) (grifado no original).

outro tipo. Essa disposição conceitual tem consequências de amplo alcance. Segundo ela, todos os sistemas sociais têm de ser apreendidos como realização da sociedade. Por isso, também o sistema do direito é um sistema que pertence à sociedade e a realiza. [...] O sistema do direito é, para insistir nesse aspecto crucial, um subsistema do sistema da sociedade. Sendo assim, a sociedade não é simplesmente o ambiente do sistema legal. Em parte, ela é mais, à medida que inclui operações do sistema jurídico, e em parte, menos, à medida que o sistema do direito tem a ver também com o ambiente do sistema da sociedade, sobretudo com as realidades mentais e corpóreas do ser humano, e também com outras condições, que podem ser físicas, químicas e biológicas, dependendo dos extratos que o sistema do direito declarar juridicamente relevantes (LUHMANN, 2016, p. 73, 74).

Nesta perspectiva do sistema do direito – em especial, as diretrizes do direito constitucional – como subsistema do sistema da sociedade, por conseguinte, a cidadania e o pluralismo político como fundamentos do Estado Brasileiro⁹ garantem a participação política dos cidadãos¹⁰ e a deliberação democrática, através do agir comunicativo¹¹, no decorrer das ações do poder estatal para o controle

-
9. CF/88, Art. 1º: “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: I – a soberania; II – a *cidadania*; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o *pluralismo político*. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (grifos nossos).
 10. O jurista Dalmo de Abreu Dallari relata que “No final do século vinte foi proposta, e teve grande repercussão prática, a intensificação da participação direta do povo nas decisões políticas, por meio de manifestações coletivas, aprovando proposições para a adoção de políticas públicas. Essa prática passou a ser identificada como “democracia participativa” e já vem sendo objeto de estudos teóricos, como nova possibilidade de efetivação das ideias e princípios contidos no conceito de democracia. É preciso reconhecer que a participação do povo tem limitações, não podendo abranger todas as decisões do governo, mas, ao mesmo tempo, é evidente que a participação popular é benéfica para a sociedade, sendo mais uma forma de democracia direta, que pode orientar os governos e os próprios representantes eleitos quanto ao pensamento do povo sobre questões de interesse comum.” (DALLARI, 2010, p. 156).
 11. O filósofo Jürgen Habermas expõe que “A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico,

de legalidade – a verificação da submissão do poder estatal às leis, e para o controle de legitimidade – a submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses das pessoas inseridas nos diversos agrupamentos sociais existentes no âmbito dos sistemas sociais do Estado Brasileiro.

Assim, a previsão constitucional para a participação e o agir comunicativo do cidadão¹² abrange as funções de governo – atribuições

através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no *telos* linguístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. [...] A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas, transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que devem fazer. A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros. E, ao fazer isso, o que age comunicativamente não se defronta com o “ter que” prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o “ter que” de uma coerção transcendental fraca – derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica. [...] Nessa perspectiva, as formas de comunicação da formação política da vontade no Estado de direito, da legislação e da jurisprudência, aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas pressionadas pelos imperativos sistêmicos. Tal reconstrução coloca-nos nas mãos uma medida crítica que permite julgar as práticas de uma realidade constitucional intransparente.” (HABERMAS, 2010, p.20, 22).

12. A participação do cidadão nas ações do poder estatal no Estado Brasileiro, por exemplo, está prevista no teor dos seguintes artigos da CF/88: 5º, XXXIII (a informação prestada pelos órgãos públicos sobre interesse particular, coletivo ou geral acessível a qualquer cidadão); 10 (a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação); 29, XII (a cooperação das associações representativas no planejamento municipal); 31, §3º (o exame, a apreciação e o questionamento das contas municipais por qualquer pessoa); 37, *caput* (a publicidade dos atos da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios); 37, §3º (a participação do usuário na administração pública direta e indireta, através das reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, do acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, da representação contra o exercício negligente ou abusivo

políticas, legislativas e de decisão, e a função administrativa – na intervenção, no fomento e no serviço público. O Estado Democrático de Direito, portanto, como superação dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, visa à consecução de meios que garantam a efetividade do valor supremo da dignidade da pessoa humana, pois

[...] a configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição, aí já o está proclamando e fundando. A Constituição portuguesa

de cargo, emprego ou função na administração pública); 74, §2º (a legitimidade de qualquer cidadão, associação ou sindicato para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União); 89, VI (a participação de seis cidadãos comuns na composição do Conselho da República); 98, III (a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde); 173, §1º, I (a participação da sociedade na fiscalização das empresas públicas, das sociedades de economia mista e suas subsidiárias); 187 (a participação dos produtores, dos trabalhadores rurais, dos setores de comercialização, armazenamento e transportes para a definição da política agrícola); 194, § único, VII (a democratização da administração da seguridade social, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados nos órgãos colegiados); 198, III (a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde); 202, §§4º,6º (a participação do segurado nos colegiados e nas instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação, nas entidades fechadas de previdência privada sob o patrocínio da União, dos Estados, Distrito Federal ou Municípios, ou de suas autarquias, fundações, sociedade de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente); 204, II (a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle, em todos os níveis, das ações governamentais na área da assistência social); 206, VI (a gestão democrática do ensino público); 216, §1º (a colaboração da comunidade para a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro); 225 (a colaboração da coletividade na defesa do meio ambiente); 227, §1º (a participação de entidades não-governamentais para a promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente); 79, § único do ADCT (a participação de representantes da sociedade civil no Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza); 82, do ADCT (a participação da sociedade civil nas entidades de gerenciamento dos Fundos de Combate à Pobreza instituídos nos Estados, Distrito Federal e Municípios).

instaura o *Estado de Direito Democrático*, com o “democrático” qualificando o Direito e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre ambas as constituições. A nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo (SILVA, 2001, p. 123) (grifado no original).

Desta forma, o conteúdo da democracia no Estado Democrático de Direito Brasileiro, como confluência dos conceitos de democracia procedimentalista, democracia substancialista ou material e democracia fraternal, determina que a atuação dos poderes públicos propicie a cada indivíduo, em razão da dignidade da pessoa humana, o exercício amplo da cidadania¹³ para a contínua interação do cidadão nas deliberações dos poderes públicos, com a finalidade de contribuir para que as decisões estatais estejam em conformidade com as diretrizes constitucionais, em especial, as normas programáticas que determinam a concretização dos direitos humanos fundamentais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

13. O jurista Manoel Jorge e Silva Neto expõe que “não há mais espaço para o acolhimento da restritiva acepção do termo “cidadania”, principalmente porque a sua inclusão como fundamento do Estado brasileiro permite ampliar o seu espectro, compreendendo, a partir da Constituição de 1988, duas realidades que, malgrado guardem alguma semelhança, não devem ser objeto de identificação absoluta: a) cidadania em *sentido estrito*; e b) cidadania em *sentido amplo*. A primeira corresponde à antedita fruição do direito político ativo (O conteúdo jurídico tradicional da expressão “cidadania” reconduz ao exercício do direito político ativo, ou seja, o de eleger representantes para o parlamento ou os detentores dos cargos de chefia do Poder Executivo federal, estadual e municipal). Há ainda o direito político passivo, representado pela capacidade eleitoral passiva. De acordo com a Constituição de 1988, o processo para aquisição da capacidade eleitoral passiva se inicia aos dezoito anos (idade mínima para o indivíduo ser eleito para o cargo de Vereador – art. 14, §3º, VI, *d*) e completa-se aos trinta e cinco anos (idade mínima para concorrer aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e Senador – art. 14, § 3º, VI, *a*). Já a segunda comporta desdobramentos que se afinam propriamente ao Estado Democrático de Direito. Consagrar o fundamento referente à cidadania em sentido amplo é vincular o Estado à obrigação de destinar aos indivíduos direitos e garantias fundamentais, mui especialmente aqueles relacionados a direitos sociais.” (SILVA NETO, 2013, p. 313-314) (grifado no original).

2. OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO BRASILEIRO E OS DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal, conhecida como *Constituição Cidadã*, promoveu a renovação do sistema de normas para a instauração da Ordem Política-Jurídica na República Federativa do Brasil e estabeleceu as diretrizes para o Estado Brasileiro – constituído em Estado Democrático de Direito – como detentor do poder regulador dos sistemas sociais, econômicos, políticos e jurídicos na sociedade brasileira, com o propósito de regulamentar as relações sociais entre os indivíduos que se comunicam, interagem e convivem em sociedade e, em especial, a atuação dos poderes estatais, explicitando os fundamentos (CF/88, art. 1^o¹⁴) e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 3^o¹⁵) que outorgam validade a nova Ordem Estatal, pois

[...] o sistema do direito opera na forma da comunicação mediante a proteção de limites erigidos pela sociedade. Contudo, isso significa que o sistema jurídico, de maneira muito peculiar, precisa marcar tudo o que tem de ser tratado como comunicação jurídica no sistema. [...] Por um lado, deve-se especificar o que o direito exige para, então, exigir que se faça possível uma reutilização, uma repetição de uma expansão que condensa e confirma. Por outro lado, o direito deve ter perspectivas suficientes para se impor, pois, de outro modo, ele acabaria por se vergar ante os fatos. Não pode ser o caso de que a pessoa cujas expectativas de justiça se vissem frustradas se limitasse a asseverar que detinha a expectativa correta. É preciso que aconteça algo em favor de uma imposição real ou compensatória de seu direito. A especificação das expectativas jurídicas

-
14. CF/88, Art. 1^o “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: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (grifos nossos).
 15. CF/88, Art. 3^o: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

é, em primeiro lugar, uma questão da memória da sociedade, e, assim, cada vez mais uma questão da limitação do que se deve conservar em qualidade de premissa para o tratamento de casos futuros. Ela depende, sobretudo, de uma memória do vivente, da lembrança, e então do registro por escrito. [...] Tão logo a escrita se faz disponível, a memória do sistema perde a facilidade de esquecer, descartar ou reconstruir um passado adequado. Pela escrita, a memória se endurece, tanto mais que se descondiciona psicicamente. (LUHMANN, 2016, p. 47, 157-158, 159).

A promulgação da *Constituição Cidadã*, como fenômeno cultural¹⁶, consolidou as expectativas da sociedade brasileira ao especificar e inscrever as diretrizes para o Estado Brasileiro, que constituem os princípios constitucionais diretores (os princípios politicamente conformadores e os princípios politicamente impositivos) em face dos fundamentos – a cidadania e a dignidade da pessoa humana¹⁷ e delimitam, portanto, a atuação política do Estado para consecução de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos¹⁸

-
16. O jurista Inocêncio Mártires Coelho expõe que “sendo ambas – lei e Constituição – espécies de normas *jurídicas*, criações do homem, portanto, subsumem-se à conceituação genérica do direito como fenômeno *cultural*, como realidade *significativa* ou, ainda, como o conjunto de dados da experiência que têm o *sentido* de pretenderem realizar a *ideia de direito*. Disso decorre que, do ponto de vista epistemológico, lei e Constituição – enquanto objetos *culturais* – são idênticas e possuem as mesmas características que distinguem essa classe de objetos no universo fenomenológico do conhecimento, assegurando-lhes lugar próprio no âmbito das chamadas ontologias regionais e exigindo, para a sua correta apreensão, não apenas um método adequado, mas também um específico ato gnosiológico.” (COELHO, 2007, p. 13).
 17. O jurista Ricardo Maurício Freire Soares nos ensina que “O reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana requer o reconhecimento da necessidade de assegurar não somente os direitos individuais dos cidadãos (vida, liberdade, igualdade formal, propriedade, segurança), conhecidos como direitos de primeira dimensão, cuja concretização demanda a abstenção dos órgãos estatais, mas também implica a necessidade de efetivar, com a maior abrangência possível, os direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, assistência social), cuja materialização exige o desenvolvimento de prestações positivas do Estado.” (SOARES, 2015, p. 264).
 18. O jurista André de Carvalho Ramos ensina que “Inicialmente, a doutrina tende a reconhecer que os “*direitos humanos*” servem para definir os direitos estabelecidos pelo *Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais* sobre a matéria, enquanto a expressão “*direitos fundamentais*” delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo *Direito Constitucional* de um Estado específico. [...]

que garantem as condições para que o indivíduo como ser humano possa se tornar um cidadão apto a interagir e ter participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em sociedade com os demais cidadãos, porquanto,

[...] após a Constituição de 1988, abandonou-se a remissão ao *Estado de Direito* para consagrar, como visto, o *Estado Democrático de Direito*. O exato entendimento da alteração feita pelo poder constituinte material passa, sobretudo, pela compreensão do acréscimo do termo “democrático” à locução “Estado de Direito”. Sendo assim, a última delas está a designar um modelo de Estado reverente ao Direito; a primeira reflete a necessidade de concessão de iguais oportunidades de desenvolvimento profissional, intelectual, material ou espiritual das pessoas partícipes da comunidade política. [...] Portanto, a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais de cunho econômico induz ao reconhecimento de que o propósito de tais normas não é outro senão alcançar a justiça social – firmada, em nível constitucional, como *telos* do Estado brasileiro (SILVA NETO, 2001, p. 89, 91) (grifado no original).

Assim, a inclusão expressa e exemplificativa dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988¹⁹ (CF/88, art. 5º, §1º, §2º, §3º²⁰)

Porém, como vimos, o Direito Internacional não é uniforme e nem utiliza a locução “direitos humanos” sempre. Há casos recentes de uso da expressão “direitos fundamentais” em normas internacionais, como se vê na Carta dos *Direitos Fundamentais* da União Europeia (redigida em 2000 e alterada em 2007). Também o Direito Constitucional de um país pode adotar a expressão “direitos humanos”, como se viu acima em vários casos na Constituição brasileira. [...] Essa “união de termos” mostra que a diferenciação entre “direitos humanos”, representando os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os “direitos fundamentais”, representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas, perde a importância, ainda mais na ocorrência de um *processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos*.” (RAMOS, 2014, p. 50, 51). (grifado no original).

19. O jurista Dirley da Cunha Júnior esclarece que “A Assembleia Constituinte de 1988 adotou a concepção material aberta dos direitos fundamentais e uma especificação, subjetiva e objetiva, dos direitos humanos abrangente, ao prescrever que os Direitos e Garantias Fundamentais são acessíveis a todos e ampliar o catálogo de direitos fundamentais, bem como estabeleceu um regime jurídico reforçado para proteção dos direitos fundamentais, através dos artigos 5º, caput, §§1º, 2º e 3º; e do artigo 60, §4º, IV” (CUNHA JÚNIOR, 2011 p. 615-617).
20. CF/88, Art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos

estabelece como função dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) do Estado Democrático de Direito Brasileiro a execução de ações para promoção da máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais²¹, os quais em consonância com as diretivas constitucionais de cunho ético-político-jurídico consubstanciadas nas chamadas normas-princípios (o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da cidadania, o princípio da justiça social) se tornam mandamentos de referência imediata, obrigatória e vinculante para que a atuação estatal seja efetivada visando garantir a concretização de condições de vida compatíveis com a dignidade da pessoa humana²², uma vez que

[...] consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do

tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” § 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.”

21. A determinação de execução de ações estatais para promoção da máxima efetividade possível dos direitos humanos fundamentais se funda nas disposições dos seguintes tratados: Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (1966), art. 2.º: “Cada Estado-Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, *progressivamente*, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.” (grifos nossos); a Convenção americana sobre direitos humanos – Pacto São José da Costa Rica (1969), art. 26: “Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante a cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir *progressivamente a plena efetividade dos direitos* que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” (grifos nossos).
22. O jurista Ricardo Maurício Freire Soares nos esclarece que “o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e a tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência como com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante.” (SOARES, 2015, p. 246).

que ocorreu, entre outros países, na Alemanha-, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. [...] Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2010, p. 75, 70).

Deste modo, a cidadania, com a redemocratização do Estado Brasileiro em 1988 e com a ratificação dos principais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, passou a ser sinônimo do direito humano fundamental de toda pessoa humana, somente pela circunstância de existir, deter a prerrogativa de ter o direito de usufruir de todos os direitos humanos proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito Brasileiro também assumiu responsabilidade perante os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos para proteção e garantia dos direitos da pessoa humana, já que

[...] enfatize-se que a reinserção do Brasil na sistemática da proteção internacional dos direitos humanos vem a redimensionar o próprio alcance do termo “cidadania”. Isto porque, além dos direitos constitucionalmente previstos no âmbito nacional, os indivíduos passam a ser titulares de direitos internacionais. Vale dizer, os indivíduos passam a ter direitos acionáveis e defensáveis no âmbito internacional. Assim, o universo de direitos fundamentais se expande e se completa, a partir da conjugação dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos humanos. [...] Em face dessa interação, o Brasil assume, perante a comunidade internacional, a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo em situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis. Aceita ainda que essas

obrigações sejam fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional, mediante uma sistemática de monitoramento efetuada por órgãos de supervisão internacional. [...] Seja em face da sistemática de monitoramento internacional que proporciona, seja em face do extenso universo de direitos que assegura, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem a instaurar o processo de redefinição do próprio conceito de cidadania no âmbito brasileiro. O conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados. A sistemática internacional de *accountability* vem ainda a integrar esse conceito renovado de cidadania tendo em vista que às garantias nacionais são adicionadas garantias de natureza internacional. Consequentemente, o desconhecimento dos direitos e garantias internacionais importa no desconhecimento de parte substancial dos direitos da cidadania, por significar a privação do exercício de direitos acionáveis e defensáveis na arena internacional. Hoje se pode afirmar que a realização plena e não apenas parcial dos direitos da cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados. (PIOVESAN, 2014, p. 378-379, 451) (grifado no original).

Desta maneira, a ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos pelo Estado Brasileiro em consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promove o reconhecimento do dever jurídico estatal de garantir o exercício pleno da cidadania a todos os indivíduos, com a implementação de políticas públicas para viabilizar o acesso aos direitos humanos e permitir a consecução das condições indispensáveis para o exercício do direito de participação política ativa, direta e responsável nos destinos da própria existência e da vida da sociedade em respeito à dignidade da pessoa humana.

3. A FUNÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O *Estado Democrático de Direito Brasileiro* se alicerça na Constituição Federal de 1988 (CF/88) que expressamente prescreve direitos e garantias sem excluir outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que

a República Federativa do Brasil seja parte (CF/88, art. 5º, § 1º, § 2º, § 3º²³) e, à vista disso, o Estado Brasileiro assumiu o compromisso de direcionar as ações políticas – em especial, as políticas públicas, para a realização dos Objetivos Fundamentais (CF/88, art. 3º) – com destaque para a *garantia do desenvolvimento*²⁴ nacional

23. CF/88, Art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” § 2º: “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.” § 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.”
24. O conteúdo do conceito de *desenvolvimento* pode ser compreendido através da *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*, aprovada pela Resolução n.º 41/128, em Paris, em 4 de dezembro de 1986, pela Assembleia Geral das Nações Unidas que, “reconhecendo que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes; [...] Preocupada com a existência de sérios obstáculos ao desenvolvimento, assim como à completa realização dos seres humanos e dos povos, constituídos, *inter alia*, pela negação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e considerando que *todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes*, e que, para promover o desenvolvimento, devem ser dada atenção igual e consideração urgente à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e que, por conseguinte, a promoção, o respeito e o gozo de certos direitos humanos e liberdades fundamentais não podem justificar a negação de outros direitos humanos e liberdades fundamentais; [...] Reconhecendo que *a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e que essa política de desenvolvimento deveria assim fazer do ser humano o principal participante e beneficiário do desenvolvimento*; [...] Confirmando que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável e que a igualdade de oportunidades para o desenvolvimento é uma prerrogativa tanto das nações quanto dos indivíduos que compõem as nações”, proclamou que “*O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados*” (artigo 1º.1). “*A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento*” (artigo 2º.1). “Os estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa

que tem relevância para consecução dos demais objetivos – tendo como finalidade precípua a proteção e a promoção dos direitos por ela assegurados, porque, com a redemocratização em 1988 e com a ratificação dos principais tratados internacionais²⁵, o Estado Brasileiro se inseriu nos sistemas internacionais²⁶, tanto no global, da

no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.” (artigo 2º.3) (grifos nossos). Neste sentido, o jurista Robério Nunes dos Anjos Filho esclarece que “no pensamento contemporâneo o desenvolvimento não é mais tratado apenas como uma pretensão ou uma meta puramente econômica, mais sim como um verdadeiro direito humano. Essa lenta transformação, cujas origens remontam aos últimos anos 60 e 70, possui relação com a ideia de que o desenvolvimento, ao contrário do que já se acreditou, não se confunde nem se identifica com o mero crescimento ou progresso econômico, abarcando outras dimensões necessárias à plena realização da dignidade humana, como educação, saúde e liberdade civil e política. Foi nesse contexto que se consolidou o reconhecimento da existência de um novo direito, o *direito ao desenvolvimento*, que hoje ocupa, inclusive, um lugar central no sistema internacional de direitos humanos.” (ANJOS FILHO, 2013, p. 15) (grifado no original).

25. Por exemplo, no sistema global: a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (Assinada pelo Brasil em 10.12.1948), o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (Aprovado pelo Brasil, através do Decreto Legislativo nº 226, em 12.12.1991, ratificado em 24.01.1992, e promulgado pelo Decreto nº 591, de 06.07.1992), o *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* (Aprovado no Brasil, através do Decreto Legislativo nº 226, em 12.12.1991, ratificado em 24.01.1992, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06.07.1992). E, no sistema regional: a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* (Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948), *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (Aprovada e ratificada no Brasil, através do Decreto Legislativo nº 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992), *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – o Protocolo de San Salvador* (Aprovado no Brasil, através do Decreto Legislativo nº 56, de 19.04.1995, ratificado em 21.08.1996, e promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30.12.1999).
26. O jurista Saulo José Casali Bahia analisa a problemática dos Tratados Internacionais no Brasil no contexto da inserção do Estado Brasileiro no sistema de integração regional e de globalização: “No caso brasileiro, a integração foi prevista no patamar político, e uma integração nesse setor exige uma centralização na tomada de decisões em um modo tendencialmente arredo à consensualidade. Bastará, então, no futuro, o reconhecimento de que, participando o Brasil de uma comunidade política, alcançando o Mercosul um determinado estágio de evolução econômica, e havendo a determinação fundamental, inscrita na Constituição brasileira, de construir a realidade de um mercado comum, chegando o momento de adquirir a supranacionalidade, esta deve ser admitida, de modo natural”. (BAHIA, 2000, p. 134).

Organização das Nações Unidas (ONU), como no regional, da Organização dos Estados Americanos (OEA) para a promoção e proteção dos direitos humanos no contexto do mundo globalizado, em especial, no âmbito regional, pois

[...] no caso do Mercosul, por exemplo, a inclusão da defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana no processo de desenvolvimento do bloco vem complementar o anseio de integração dos países envolvidos. A temática dos direitos humanos é, antes de tudo, um mecanismo de obtenção de justiça social e respeito à dignidade da pessoa humana, em tese dois fins maiores do Mercosul, como se lê no preâmbulo do Tratado de Assunção. Com efeito, a proteção dos direitos humanos não é um *desvio de rota*, mas sim verdadeiro passo para o aprofundamento da integração econômica. [...] No cenário atual de globalização e internacionalização intensa dos diversos ramos do ordenamento jurídico os Estados participaram dos processos de integração econômica para tentar, ao menos, cumprir os programas constitucionais. Um dos modos de reforço da capacidade de implementação do Estado foi o de cooperar com outros Estados. Logo, a maior contribuição a ser extraída da integração econômica (no caso brasileiro, o Mercosul) é a melhoria das condições de vida dos habitantes dos Estados parceiros do processo. É necessário, então, que se insira no processo de integração do qual o Brasil participa, o Mercosul, a preocupação com a proteção dos direitos humanos e com a dignidade humana. De fato, a busca pelo progresso econômico é instrumento de respeito à dignidade da pessoa humana. Cabe lembrar que o texto constitucional brasileiro afirma que toda a ação econômica tem como finalidade assegurar a todos uma *existência digna*, como se lê no seu artigo 170. (RAMOS, 2008, p. 37-40) (grifado no original).

A afirmação dos *direitos humanos* como direitos fundamentais²⁷ no Ordenamento Jurídico Brasileiro, portanto, reafirma a vinculação dos processos deliberativos democráticos de elaboração e de definição do teor das políticas públicas com os parâmetros dos Objetivos

27. O jurista Ricardo Maurício Freire Soares expõe que “A partir da internacionalização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos correlatos, seguiu-se o fenômeno da constitucionalização desses direitos humanos, que passaram a ser denominados, com a positivação constitucional, direitos fundamentais, ampliando a possibilidade de garantir sua aplicabilidade nas relações sociais desenvolvidas no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos.” (SOARES, 2015, p. 251).

Fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º²⁸) – o *ideal ético-político-jurídico* da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 consagrado na Constituição Federal de 1988 como diretrizes²⁹ para impulsionar a concretização de ações estatais para a promoção e consecução do *desenvolvimento nacional* concomitante com o acesso universal aos direitos humanos com o desiderato de *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, portanto,

[...] de todo o exposto, reputa-se que o *ethos* constitucional (em sede de direito pátrio) é tributário de uma orientação social-democrática, cujo *telos* não pode ser outro, a não ser, o da realização da justiça social, por meio da conformação da sociedade, através da imposição de fins e tarefas aos poderes públicos, bem como, através da consagração de direitos fundamentais sociais, notadamente, os de natureza positiva, ou seja, direitos através do Estado. Todas estas considerações conduzem a um juízo seguro de que a “identidade” através da qual se revela a Constituição não pode prescindir dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, sob pena de restar desfigurado o núcleo de suas *decisões políticas fundamentais*.” (BEDÊ, 2006, p. 113) (grifado no original).

Desta maneira, a plena implementação dos Direitos Humanos deve ser o objetivo precípua das políticas públicas do *Estado Democrático de Direito Brasileiro*, pois os tratados de direitos humanos se consubstanciam em parâmetros para implementação de ações governamentais que propiciem as condições imprescindíveis para o exercício da cidadania plena – cidadania integral³⁰, através da reali-

28. CF/88, art. 3º – “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

29. O jurista Dirley da Cunha Júnior esclarece que “esses princípios são verdadeiras normas jurídicas operantes e vinculantes, que todos os órgãos encarregados de criar e aplicar o Direito devem ter em conta e por referência, seja em atividades de interpretação, seja em atividades de positividade do direito infraconstitucional (leis e demais atos normativos).” (CUNHA JÚNIOR, 2011 p. 519-520).

30. O sentido do termo *cidadania integral* empregado no texto: “é o entendimento e prática de uma cidadania integral, que abrange um espaço substancialmente maior do que o mero regime político e suas regras institucionais. A cidadania exige, é claro, um sistema eleitoral eficiente, de transparência e equidade, de uma cultura de participação eleitoral. Entretanto, a *cidadania integral implica, em harmonia com*

zação dos direitos humanos civis e políticos e dos direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais no âmbito de um Ordenamento Jurídico que intente realizar um *Estado Democrático de Direito*, pois, diante da constatação fática de que “*uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente*” (BOBBIO, 1992, p. 6-7, 10), é inegável que

[...] a partir da leitura principiológica da dignidade da pessoa humana, pode-se asseverar que o sistema constitucional brasileiro não previu qualquer regime jurídico diferenciado para os direitos fundamentais, seja para os direitos individuais, seja para os direitos sociais. Esse entendimento se reforça com as constatações de que o Poder Constituinte optou por um modelo de constitucionalismo dirigente, a ser implementado por um Estado intervencionista no campo econômico-social (arts. 1º e 3º), e de que a Carta Magna, no art. 5º, § 1º, estabelece que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata, aqui englobando todas as normas de direitos fundamentais, inclusive aquelas que regulam os direitos sociais, e não somente as que tratam dos direitos individuais dos cidadãos. (SOARES, 2015, p. 265).

Desta maneira, se não é mais necessário buscar uma razão ética para defendê-los ou justificá-los, é incontestável a necessidade da realização de políticas públicas que promovam as condições materiais para a existência fática dos direitos proclamados pela CF/88 como direitos fundamentais acessíveis a todos os indivíduos³¹. Assim, se constata que “*é preciso que se esteja convencido de que a realização dos direitos do homem é uma meta desejável; mas não basta essa convicção para que aquelas condições se efetivem*” (BOBBIO, 1992, p.

os direitos políticos, a efetividade dos econômicos, sociais e, em geral, de condições objetivas que permitam seu desenvolvimento” (LORA ALARCÓN, 2011, p. 138) (grifos nossos).

31. O jurista George Sarmiento Lins Júnior expõe que “nesse contexto, todos têm direito a posições de partida equilibradas na conquista do sucesso pessoal, na realização do sonho de uma vida digna, no acesso a bens e serviços essenciais etc. [...] A valorização da pessoa humana é vital para uma sociedade justa e igualitária, em que cada um possa desempenhar livremente seu papel na construção do Estado Democrático de Direito. A igualdade de pontos de partida deve ser aplicada de maneira indistinta, sem preconceitos sociais, políticos, econômicos, raciais ou religiosos.” (SARMENTO, 2011, p. 37).

23) e, portanto, considerando a diversidade de parâmetros de interpretação para a adoção de meios para a concretização dos direitos humanos, cabe considerar que

[...] a Declaração de 1948 [Declaração Universal de Direitos Humanos] introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade. [...] Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si. (PIOVESAN, 2014a, p. 52, 55).

Neste contexto, importa enfatizar que a promulgação da *Constituição Cidadã* consistiu na fixação de um sistema de normas³²

32. Os ensinamentos do jurista Hans Kelsen revelam que “A função específica de uma norma é a *imposição* de uma conduta fixada. “Imposição” é sinônimo de “*prescrição*”, para diferenciação de “*descrição*”. *Descrição* é o sentido de um ato de *conhecimento*; *prescrição*, imposição, o sentido de um ato de vontade. *Descreve-se* algo, como ele é, *prescreve-se* algo – especialmente uma certa conduta –, ao exprimir-se como a conduta *deve ser*. Mas isto não são duas diferentes funções, mas uma e a mesma função com referência à conduta diferente: uma ação e uma omissão desta ação”. [...] “O conceito de conduta compreende o fazer ou a ação, e a omissão passiva de um fazer ou de ação. Tendo-se em vista só o fazer ativo, precisa-se distinguir entre imposição de um fazer fixado e a proibição desse fazer, e tendo-se em vista só a omissão passiva, precisa-se distinguir a imposição de uma omissão e a proibição dessa omissão, e obtém-se assim a impressão de duas diferentes funções normativas”. [...] “Um ordenamento jurídico positivo impõe uma certa conduta ao ligar à conduta contrária um ato de coação como sanção, mais precisamente formulado:

imperativas para a Ordem Política-Jurídica no *Estado Democrático de Direito* Brasileiro com o propósito de regular as relações sociais entre os indivíduos que convivem em sociedade e, em especial, a atuação dos Poderes estatais (CF/88, art. 23, § único³³) que devem ter como finalidade precípua a promoção, com eficácia máxima, das diretrizes (CF/88 arts. 1º e 3º) que está adstrito o Estado Brasileiro³⁴ como um tipo de Estado³⁵ em que a estrutura política-jurídica tem a meta de realizar uma transformação no processo político do *Estado Democrático de Direito* Brasileiro no mundo contemporâneo, ou seja, visa “*superar o Estado capitalista para se configurar num Estado promotor de justiça social que se fundamenta na dignidade da pessoa humana*” (SILVA, 2001, p. 124), mas

[...] essa dignidade não será, porém, autêntica e real enquanto não se construírem as condições econômicas, sociais, culturais e políticas que assegurem a efetividade dos direitos humanos, num regime de justiça social. O País vive, sim, num regime de amplas liberdades, mas não vive ainda num regime democrático, se entendermos por “Democracia” um processo de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos humanos. (SILVA, 2011, p. 211).

ao pôr como devido um ato de coação para o caso desta conduta, e precisamente no sentido de que o ordenamento jurídico positivo autoriza a fixação do ato de coação” (KELSEN, 1986, p. 120-122) (grifado no original).

33. CF/88 art. 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*!” (grifos nossos).
34. O jurista Dalmo de Abreu Dallari ensina que “enquanto sociedade política, voltada para fins políticos, o Estado participa da natureza política, que convive com a jurídica, influenciando-a e sendo por ela influenciada, devendo, portanto, exercer um poder político.” (DALLARI, 2010, p. 128).
35. O jurista Edvaldo Brito nos esclarece o contexto do surgimento e da finalidade do Estado para a sociedade humana: “Assim nasce o Estado, ou mais precisamente o poder de mando na sociedade, cujas justificativas variam ao sabor das correntes filosóficas, mas que, sem dúvida, há de ter raízes na humanista corrente liberal rousseauniana de que seu objetivo é o de manter o modo paradisíaco da vida em grupo, traduzido modernamente nas teorias que consagram os fins atuais do Estado no dualismo: *bem-estar e desenvolvimento econômico*. O Estado é, por conseguinte, um dos agentes de satisfação das necessidades humanas, ou seja, são os homens congregados coletivamente, desenvolvendo um esforço para atender as necessidades decorrentes da vida em sociedade, ou da sua *convivência*.” (BRITO, 2016, p. 16-17) (grifado no original).

A circunstância de ter uma Constituição em que os direitos fundamentais da pessoa humana são acolhidos e protegidos com tal amplitude não significa que, de fato, ocorra a efetivação e a garantia dos direitos³⁶. Na realidade, existem desníveis sociais e regionais profundos, que impedem muitos brasileiros de gozarem efetivamente dos direitos e garantias consagrados na Constituição (DALLARI, 2006, p. 226). Portanto, “o Estado deve voltar-se para a valorização do homem, assumindo a obrigação de proporcionar aos necessitados serviços públicos de boa qualidade nas áreas de educação, saúde, moradia, previdência social, lazer etc.. Além disso, o princípio exige isonomia perante as manifestações administrativas e judiciais, o poder de polícia, as obrigações tributárias, o acesso aos cargos públicos etc. A igualdade de oportunidades pressupõe justiça social em casos de competitividade. Embora não tenha o condão de acabar com as insidiosas diferenças econômicas entre os homens, ela atenua as desigualdades sociais concretas, pois permite aos desfavorecidos a inserção na vida profissional mediante processos de disputa democráticos (concursos públicos, por exemplo), com reais chances de êxito. [...] O Estado brasileiro tem a obrigação de efetivar essa espécie de isonomia não apenas por meio da positivação dos direitos fundamentais mas também direcionando toda a engrenagem estatal para fazer delas realidades palpáveis, concretas e aferíveis empiricamente nas relações sociais. (SARMENTO, 2011, p. 37).

A recepção dos *direitos humanos* como direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro, através da Constituição Federal de 1988 – intitulada de *Constituição Cidadã* pelo Presidente da

36. O jurista Dalmo de Abreu Dallari esclarece este entendimento aduzindo que: “Atualmente já não se considera que a simples existência de uma Constituição resolve todos os problemas relativos aos direitos fundamentais dos indivíduos e à justiça social, mas ainda assim o prestígio teórico da Constituição é elevado. [...] Mas se o prestígio teórico da Constituição é fato inegável, pois sempre se considera que ela precisa existir, é também muito evidente que a existência de uma Constituição não dá qualquer garantia de que ela vai ser posta em prática. [...] É preciso dar efeito prático ao prestígio teórico da Constituição. A experiência mostra que onde isso acontece os indivíduos, os grupos sociais e todo o povo são beneficiados. Não é difícil reconhecer que de nada adianta existir uma instituição, ou adianta muito pouco, se o desrespeito frequente reduzir as normas constitucionais a uma simples fachada teórica. A Constituição pode trazer grandes benefícios, desde que adquira na prática o mesmo prestígio de que goza na teoria.” (DALLARI, 2010b, p. 88, 89, 90).

Assembleia Nacional Constituinte Deputado Ulysses Guimarães³⁷, “*porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania*” (SILVA, 2001, p. 90), também influencia o modelo de Estado³⁸ que não se vincula apenas a proteger a liberdade individual, pois, a *Constituição Cidadã* ao estabelecer seus fundamentos – a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, prescreveu um modelo econômico³⁹ que não exclua

-
37. O Presidente da Assembleia Nacional Constituinte Deputado Ulysses Guimarães fez o seguinte pronunciamento: “Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. [...] Foi de audácia inovadora a arquitetura da Constituição, recusando anteprojecto forâneo ou de elaboração interna. *O enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de um milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final. A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de dez mil postulantes fraquearam, livremente, as onze entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões. Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio. [...] Tem substância popular e cristã o título que a consagra: “a Constituição Cidadã”. [...] Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da democracia, em participativa além de representativa. É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais.*” (DISCURSO, 1988, p. 322, 323) (grifos nossos).
38. O jurista José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que “Se o Estado Constitucional Democrático não se identifica com um Estado de Direito formal reduzido a simples ordem de organização e de processo, e visa legitimar-se como um Estado de justiça (social), histórico-concretamente realizável (e não simplesmente como Estado de razão ou de direito abstrato), o problema reconduz-se sempre à concepção de justiça social, erguida em factor de legitimação constitucional” (CANOTILHO, 1994, p. 24).
39. CF/88, 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, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham*

o indivíduo com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e, deste modo,

[...] a supremacia constitucional desponta, assim, como uma exigência democrática, para sintetizar os valores e anseios do povo, titular absoluto do Poder Constituinte que originou a Carta Magna, fonte máxima de produção da totalidade do direito e o último fundamento de validade das normas jurídicas, conferindo unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico. [...] Uma vez frustrada a efetividade dos direitos fundamentais, a constitucionalização simbólica do princípio da dignidade da pessoa humana pode acarretar uma deturpação pragmática da linguagem da Constituição, comprometendo a estrutura operacional e a própria autonomia/identidade do sistema constitucional, além de conduzir, nos casos extremos, à desconfiança social no sistema político-jurídico e nos agentes públicos, abalando os alicerces do Estado Democrático de Direito. (SOARES, 2015, p. 236, 270).

A Constituição Federal de 1988, portanto, inaugura um sistema de direitos fundamentais que consolida juridicamente as expectativas dos cidadãos em ter acesso aos direitos humanos conforme a concepção contemporânea de direitos humanos – a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 – que apregoa a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, uma vez que

[...] no âmbito da ciência do Direito, paradigmas implicam uma compreensão compartilhada que se tem de certos institutos jurídicos, condicionando o modo de pensar as relações sociais (e jurídicas), a atuação do Estado, etc., na tentativa de perceber o fenômeno jurídico de modo coerente e condizente com o contexto atual. Por essa ótica, por ser um modo de análise do Estado e do Direito, configura o Estado Democrático de Direito um paradigma jurídico vigente, ao qual a concepção de direitos fundamentais (e sua dogmática) deve se adequar. Cabe, então, expor em que consiste esse paradigma. O Estado Democrático de Direito seria, portanto, um sistema (amparado na Constituição) de direitos fundamentais que garantem aos indivíduos a manutenção de uma esfera particular de vida, em que possam

sua sede e administração no País. 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” (grifos nossos).

expressar a sua individualidade (mútuo respeito à diversidade por parte do Estado; ver todos como livres e iguais) – ligada a uma autonomia particular – ao mesmo tempo em que se abre às pessoas a possibilidade de participar nas deliberações que geram os provimentos estatais, sentindo-se como coautores (virtuais) dessas decisões. Tal aspecto liga-se, assim, à autonomia pública, e está relacionado a uma noção de autogoverno. Aqui, os conceitos de Estado de Direito (ligado à abstenção do Estado no tocante às garantias individuais) e de democracia (relacionado à participação na formação da vontade estatal) não se contrapõem; ao invés, complementam-se. O papel reservado aos direitos fundamentais não é simplesmente o de prevenção contra os arbítrios do Estado, mas também o de garantir essa participação. Ao mesmo tempo, a noção de democracia não está restrita à pura ideia de vontade da maioria, mas na proteção às minorias ante o poder hegemônico. (FERNANDES; MEIRA, 2013, p. 39-40).

Desta forma, ao vincular os poderes estatais no Estado Democrático de Direito Brasileiro para promover o paradigma dos direitos humanos, condiciona o Ordenamento Jurídico Brasileiro com a força normativa dessas diretrizes de garantia aos direitos humanos (CF/88, art. 5º, § 1º, § 2º, § 3º⁴⁰) como padrão principiológico, de inegável natureza axiológica e teleológica para interpretação da realidade econômica, política e cultural dos sistemas sociais existentes na sociedade brasileira, uma vez que

[...] a supremacia da Constituição consiste na sua qualidade de norma superior, que representa o pressuposto de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico. Essa qualidade (superioridade) é fruto de dois critérios: o material e o formal. Do ponto de vista material, a Constituição contempla os valores considerados *superiores* pela vontade geral (poder constituinte) de uma comunidade. Do ponto de vista formal, a Constituição está cume do ordenamento jurídico, porque

40. CF/88, Art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” § 2º: “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.” § 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.”

prescreve as formas de criação das demais normas e ainda suas próprias regras de alteração (emendas constitucionais). No que tange aos *direitos humanos*, a Constituição de 1988, cumprindo a tradição inaugurada já com a Constituição imperial de 1824, trouxe robusto rol de direitos em seu texto. Essas normas são obrigatórias e superiores às demais, independentemente do grau de abstração que possuam. Ademais, a Constituição elenca, como fundamento da República, a dignidade humana (art. 1º, III). Parte da doutrina reconhece que as normas constitucionais de direitos humanos possuem *hierarquia material singular*, uma vez que são: 1) *cláusulas pétreas* (art. 60 § 4º IV); 2) são *princípios constitucionais sensíveis*, ou seja, autorizam a decretação de intervenção federal em caso de violação dos direitos humanos pelos Estados e pelo Distrito Federal (art. 34, VII); 3) são *preceitos fundamentais*, defendidos pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º); 4) são normas de *aplicação imediata* (art. 5º, § 1º). Contudo, formalmente não há hierarquia entre as normas constitucionais oriundas do Poder Constituinte originário, mas esse regime jurídico constitucional especial das normas de direitos humanos deve ser levado em consideração na argumentação jurídica que envolva a interpretação desses direitos em um caso concreto. Essa superioridade das normas constitucionais ainda exige que todas as demais normas do ordenamento sejam interpretadas *conforme* os valores previstos na Constituição. Nasce a chamada *filtragem constitucional*, que consiste na exigência de que todas as demais normas do ordenamento jurídico sejam compatíveis com a Constituição. No caso das normas de direitos humanos, há a chamada *filtragem jusfundamentalista* ou ainda a *jusfundamentalização do Direito*, que prega que as demais normas do ordenamento jurídico sejam compatíveis com os direitos humanos. Essa filtragem jusfundamentalista serve para: 1) declarar inconstitucional ou não recepcionada determinada norma ofensiva aos direitos humanos; 2) escolha de interpretação *conforme* aos direitos humanos de determinada norma; 3) exigir que as políticas públicas tornem efetivas as normas de direitos humanos estabelecidas na Constituição. (RAMOS, 2014, p. 366-367) (grifado no original).

O sistema constitucional do *Estado Democrático de Direito* Brasileiro, ao consagrar juridicamente as expectativas dos cidadãos de ter acesso aos direitos humanos e, por conseguinte, promover a *jusfundamentalização do Direito*, impõe a interpretação de que

[...] a função do direito está relacionada a expectativas; com efeito, se parte da sociedade e não de indivíduos, existe a possibilidade de trazer reconhecimento tanto às expectativas de comunicar como à comunicação. Portanto, com “expectativa” temos em mente não um estado de consciência atual de determinado indivíduo, mas um aspecto temporal do sentido de comunicações. [...] Essa relação que a função do direito mantém com o futuro explica a necessidade de simbolização de toda ordem jurídica. As normas jurídicas constituem um arcabouço de expectativas *simbolicamente* generalizadas. Desse modo, não só se produzem indicações generalizadas e independentes das circunstâncias, mas os símbolos referem-se sempre a algo que se dá como invisível e que não pode se tornar visível. [...] A referência temporal do direito não se encontra, pois, nem na vigência das normas, que se dividem em variáveis e invariáveis, nem na historicidade imanente ao direito. Tampouco residirá na “matéria” do direito, que é a conduta humana, dada no espaço e no tempo. A referência temporal do direito encontra-se na função normativa no intento de se preparar, ao menos no nível das expectativas, para um futuro desconhecido, genuinamente incerto. Por isso, com as normas, varia também a medida com que a sociedade produz um futuro incerto. (LUHMANN, 2016, p. 166, 172, 173) (grifado no original).

Desta maneira, a Constituição Federal de 1988, em face do caráter do regime político democrático⁴¹ do Estado Brasileiro, determina aos poderes públicos a função de coordenação dos grupos sociais existentes no âmbito do Estado brasileiro, visando a escolha dos

41. O jurista José Afonso da Silva expõe que “o *regime político*, antes de tudo, pressupõe a existência de um conjunto de instituições e princípios fundamentais que informam determinada concepção política do Estado e da sociedade, mas é também um conceito ativo, pois, ao fato estrutural há que superpor o elemento funcional, que implica uma atividade e um fim, supondo dinamismo, sem redução a uma simples atividade de governo, para concluir que *o regime é um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico*. [...] O regime político brasileiro da Constituição de 1988 funda-se no *princípio democrático*. [...] Podemos, assim, admitir que *a democracia é um processo de convivência social em que o poder emanado do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo*. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes” (SILVA, 2001, p. 128, 129, 130) (grifado no original).

meios adequados para a consecução dos fins previamente estabelecidos como *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil* (CF/88, art. 3^o⁴²), uma vez que

[...] o direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. Havendo essa certeza de expectativas, podem-se encarar as decepções da vida cotidiana com maior serenidade, ou ao menos se tem a segurança de não cair em descrédito em relação a suas expectativas. (LUHMANN, 2016, p. 175).

Assim, as deliberações dos poderes estatais na avaliação das necessidades e possibilidades fáticas de implementação de políticas públicas devem conduzir a adoção de decisões políticas em plena compatibilidade com os fundamentos – cidadania e dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1^o, II, III) e com os objetivos fundamentais (CF/88, art. 3^o) da República Federativa do Brasil, para que se elaborem ações eficazes de concretização das legítimas expectativas dos cidadãos – os direitos humanos reconhecidos pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro (CF/88, art. 5^o, § 1^o, § 2^o, § 3^o), já que

a Constituição é o centro que unifica e no qual convergem os diversos interesses. Porém, estabelece simultaneamente um modelo de convivência ao qual deve-se chegar a partir de uma atuação racional e ética de toda a gama extensa de atores sociais. A supremacia material está ligada ao diálogo entre o texto normativo e a realidade que pretende conformar, a partir dos valores expostos no texto. (LORA ALARCÓN, 2011, p. 125). O Estado e o povo estão permanentemente implicados num processo de decisões políticas. Estas, quanto possível, devem ser enquadradas num sistema jurídico, suficientemente eficaz para conservação de uma ordem orientada para determinados fins, mas necessariamente flexível, para permitir o aparecimento e a integração de novos meios e para assegurar a reformulação da concepção dos objetivos fundamentais, quando isto for exigido pela alteração substancial das condições de vida social (DALLARI, 2010, p. 131).

42. CF/88, art. 3^o: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Deste modo, considerando a existência de diversos sistemas sociais com interesses divergentes na sociedade estatal e o fato de que o ordenamento jurídico estabelece um modelo de convivência em que o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros é fundamental para dirigir a atuação racional e ética dos atores sociais numa integração social, se constata que a supremacia material das diretrizes da Constituição está ligada a previsão do agir comunicativo⁴³ através do ininterrupto diálogo democrático entre o Estado e os representantes dos diversos segmentos sociais nos processos de deliberações e decisões políticas, para que estas sejam enquadradas no sistema jurídico de proteção, promoção e realização dos direitos fundamentais, já que

[...] o Direito e a Sociedade revelam um nexo de interdependência recíproca: o Direito é uma estrutura do sistema social, ou seja, constitui parte da sociedade. Sua função essencial é reduzir uma parcela da complexidade desestruturada da sociedade e, ao mesmo tempo, fazer com que esta alcance uma complexidade mais estruturada. O sistema jurídico propõe-se a reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência da intersubjetividade humana e garantindo a generalização congruente de expectativas comportamentais, a fim de fornecer uma imunização simbólica de expectativas contra outras possibilidades sociais de conduta humana. [...] Dentro deste quadro descritivo, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos permite uma memória de futuro para os direitos fundamentais a partir da concepção de Constituição enquanto aquisição

43. O filósofo Jürgen Habermas expõe que “a introdução do agir comunicativo em contextos do mundo da vida e a regulamentação do comportamento através de instituições originárias podem explicar como é possível a integração social em grupos pequenos e relativamente indiferenciados, na base improvável de processos de entendimento em geral. É certo que os espaços para o risco do dissenso embutido em tomadas de posição em termos de sim/não em relação a pretensões de validade criticáveis crescem no decorrer da evolução social. [...] Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição *per se*; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social.” (HABERMAS, 2010, p. 44, 52) (grifado no original).

evolutiva de uma sociedade. As condições da autodescrição, autorreferência e abertura cognitiva dos direitos fundamentais fazem, também, parte da reflexividade do sistema jurídico. É por isso que os direitos fundamentais restam conectados com a complexidade das circunstâncias. São observados de acordo com sua diferenciação binária original – Constitucional/Inconstitucional. Os direitos fundamentais são, assim, o resultado da abertura cognitiva de uma determinada sociedade que pretende se orientar em direção ao futuro. [...] A Constituição, sem identificar-se com nenhuma das diversas – e muitas vezes contraditórias – concepções de mundo vigentes na sociedade e, de certo modo, contemplando-as todas, na forma de direitos fundamentais de várias "gerações", viabiliza a continuidade da diferenciação sistêmica e, concomitantemente, a intensificação das comunicações intra e intersistêmicas. A partir dessas observações, tem-se que o centro do Direito não está exclusivamente no caráter ético, nem no caráter normativo da concepção positivista dos direitos fundamentais. [...] Na visão sistêmico-luhmanniana, os direitos fundamentais são componentes imprescindíveis da própria dinâmica da diferenciação social, operando desde o plano intersistêmico até o plano intrasistêmico do Direito, em atuação lógica essencialmente jurídica. São, portanto programas de decisão que fazem referência ao código binário do sistema jurídico (Direito/ Não-Direito) e não ao código Moral/Imoral, estabelecendo, pois, uma contingência própria. (SOARES, 2016, p. 31, 54, 55).

A Constituição Federal de 1988 estabelece a fundamentalidade dos direitos humanos no ordenamento jurídico do *Estado Democrático de Direito* Brasileiro⁴⁴, com a função de ser o referencial de va-

44. O jurista Ingo Wolfgang Sarlet expõe que “A Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado – em homenagem ao especial significado e função destes – na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material. Igualmente sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), que não foi objeto de previsão no direito anterior. Mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais, o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão por parte do Constituinte, seja quando estabeleceu que a

lores, sob a perspectiva da hermenêutica constitucional fundada no valor supremo da dignidade da pessoa humana⁴⁵, para as diretrizes de ações dos poderes estatais, bem como para verificação da legitimidade e da constitucionalidade das políticas públicas da Administração Pública no âmbito da Sociedade, visto que

[...] nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais são peça-chave da operatividade, da securidade, e da superveniência de um Direito que pretenda desenvolver-se numa sociedade altamente complexa e diferenciada. São eles que tornam possível o estabelecimento – quando não os são eles próprios – critérios decisórios mais racionais para o sistema jurídico. Trata-se, pois, de colocar o Direito em movimento. De colocar o Direito em ação por intermédio de uma decisão, abandonando o caráter declaratório dos direitos fundamentais, proclamados na *Bill of Rights* norte-americana e na Revolução Francesa. [...] O sistema jurídico estabelece seus valores próprios, mudando-os a partir de sua comunicação com o ambiente/entorno desde sua lógica interna. Os direitos fundamentais, por seu turno, respondem à necessidade da racionalidade sistêmica do Direito, baseados noções de contingência e de complexidade. Numa sociedade funcionalmente diferenciada e altamente complexa, os direitos fundamentais tornam-se "fundamentais", pois viabilizam a separação do Estado frente aos demais subsistemas sociais, que possuem sua própria dinâmica interna, *v.g.*, economia, política, religião ou ciência. Assinale-se, portanto, que os direitos fundamentais são um complexo jogo de filtros na relação com o exterior e de diferenciação interna do sistema jurídico. São, pois, limites técnicos que, por si mesmos, não alcançam

ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), seja quando, no âmbito da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*). Assim, ao menos neste final de século, o princípio da dignidade da pessoa humana mereceu a devida atenção na esfera do nosso direito constitucional." (SARLET, 2010a, p. 96).

45. O jurista José Afonso da Silva ensina que "a *dignidade da pessoa humana* não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito." (SILVA, 2002, p. 146) (grifado no original).

diferenciação funcional própria. Abrem-se a possibilidade de atuarem como válvulas de securidade diante das tendências expansivas de outros sistemas, tais como o político e o econômico. Eis, portanto, a valia essencial da autopoiese dos direitos fundamentais: preservar seu caráter fundamental a partir de abertura cognitiva. Daí que, na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, os direitos fundamentais somente são fundamentais porque não são fechados em face de sua relação com o ambiente circundante. Desse modo, o Estado, mediante os direitos fundamentais, fica impossibilitado de criar ambientes sociais autônomos, estendendo-se tal impossibilidade a estruturas de comunicação com dinâmica própria. Logo, o Estado somente pode assegurar a diferenciação do sistema jurídico em relação ao sistema político. Com isso, resta preservada a possibilidade de produção de diferença. Por outro lado, ficam os direitos fundamentais compreendidos em sua lógica paradoxal fechado/aberta. Ao mesmo passo, encontram-se amealhados em um mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes integradas. Essa característica lhes permite autorregular-se a partir das inovações influenciadas pelos novos contextos sociais. (SOARES, 2016, p. 55, 56, 57).

Desta maneira, com a expressa previsão normativa da Constituição Federal de 1988 para a realização do modelo de democracia representativa com a participação do cidadão e de representantes de segmentos da sociedade civil na atuação dos poderes públicos em face da adoção de mecanismos da democracia participativa no Estado Brasileiro e, ainda, considerando as disposições da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, da *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* e do *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*⁴⁶, os cidadãos brasileiros detêm o direito e o

46. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948), art. XXIX, 1, 2: “*toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível*. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”. (grifos nossos). *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* (1948), Preâmbulo: “*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros. O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a*

dever de intervir na atuação dos poderes públicos para influenciar na expansão da concretização dos direitos fundamentais compreendidos em sua lógica paradoxal fechado/aberta e para fiscalizar se o planejamento e a organização das ações administrativas do Estado estão compatíveis com a racionalidade sistêmica do Direito em face da adoção dos direitos humanos como direitos fundamentais, porquanto o cidadão detém a prerrogativa de ser reconhecido como sujeito com direito de reivindicação e como interlocutor legítimo do processo de condução das decisões políticas a serem transformadas em políticas públicas⁴⁷ no *Estado Democrático de Direito* Brasileiro, uma vez que

liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade. Os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apoiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam. [...]” e nos artigos XXVIII: “Os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático.” e XXIX: “*O indivíduo tem o dever de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade.*” (grifos nossos). *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* (1966) Preâmbulo: “Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis, constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, [...] Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente pacto [...]” (grifos nossos).

47. A jurista Maria Paula Dallari Bucci esclarece que “*Políticas Públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas Públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato. [...]* Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública. E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política. [...] *Se as políticas públicas são uma forma de intervenção do Estado* – típica do Estado de bem-estar dos anos 50 e 60, caracterizadas pelo forte intervencionismo estatal, pelo planejamento e pela presença do direito público, para a promoção de “programas normativos finalísticos” – ou se embora “inventadas” sob a égide do dirigismo estatal, o seu esquema conceitual permanece válido para explicar e orientar o processo

[...] a atual realidade mundial, sem dúvida, demanda um conceito mais amplo de cidadania. [...] A cidadania deve ser concebida como um direito, sendo que, simultânea e paralelamente, a noção de dever deve ser inserida no seu conteúdo, já que não existem direitos sem seus correlatos deveres. [...] A visão estática e individualista de cidadania deve ser superada, na medida em que a experiência histórica mundial de violência, injustiça e desigualdade tem comprovado a necessidade de uma participação mais ativa dos cidadãos na construção de uma sociedade justa, com base no valor da solidariedade, essencial à sobrevivência de qualquer comunidade. (LOPES, 2006, p. 25).

Desta forma, os ditames das normas constitucionais (CF/88, art. 1º, § único, 5º, §§ 1º, 2º e 3º), e as disposições dos tratados internacionais no atual contexto do mundo globalizado, em especial, o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*⁴⁸ e a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica*⁴⁹ têm, também, a função de proporcionar aos cidadãos brasileiros o direito e o dever de intervir, continuamente, na atuação dos poderes públicos para fiscalizar as ações político-administrativas do Estado como meio de garantir que, através da concretização da participação do cidadão⁵⁰, a atuação do exercício dos

político-social, numa época que se pretende marcada não mais pela subordinação de indivíduos e organizações ao Estado, mas pela coordenação das ações privadas e estatais sob a orientação do Estado.” (BUCCI, 2002, p. 241, 242, 245).

48. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*: “[...] Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto [...] (grifos nossos).”
49. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica*: “[...] Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; [...] artigo 32 (Correlação entre deveres e direitos). 1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”.
50. O jurista Fábio Konder Comparato expõe as seguintes ponderações: “Qual a finalidade última da organização política? Quem deve exercer o poder político supremo? O espírito da república é a supremacia permanente e inabóvel do bem comum do povo sobre todos os interesses particulares. [...] Quanto aos interesses particulares, que podem se opor ao bem comum do povo, eles não são apenas de indivíduos, grupos, empresas, classes ou corporações, mas também das próprias entidades

poderes públicos na democracia brasileira seja pautada para concretização dos direitos humanos fundamentais em conformidade com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 3º), já que

[...] a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na grande maioria das Constituições contemporâneas, conduziu ao reconhecimento da eficácia jurídica dos direitos humanos, afastando a concepção anacrônica de sua inexigibilidade em face de comportamentos lesivos à vida digna do ser humano, seja por ações de governantes ou de particulares, por se tratar de máximas ético-morais desprovidas de coerção e de imperatividade. [...] Uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embaixadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais. [...] Ademais, saliente-se, por oportuno, que a dignidade da pessoa humana figura como princípio ético-jurídico capaz de orientar o reconhecimento, a partir de uma interpretação teleológica da Carta Magna pátria, de direitos fundamentais implícitos. (SOARES, 2015, p. 252, 253-254, 255).

Em suma, diante dos ditames das normas constitucionais de direitos fundamentais (CF/88, art. 1º, I, III, 5º, §§ 1º, 2º e 3º), o cidadão, com fundamento no direito humano fundamental de participação política⁵¹, consubstanciado no exercício da cidadania com base na le-

estatais. Com efeito, quantas e quantas vezes não assistimos à crua oposição de todo o aparato estatal, ou parte dele, ao que representa incontestavelmente o bem comum de todo o povo? O espírito republicano é, por conseguinte, essencialmente comunitário, e opõe-se claramente, nesse sentido, ao espírito capitalista, sempre animado pelo princípio da preeminência do interesse individual. O comum contrapõe-se ao próprio, a comunhão à propriedade. Mas o bem comum republicano, no quadro de legitimidade política moderna, aponta sempre para o futuro. A normatividade das constituições republicanas é fundamentalmente teleológica: a comunidade como um todo – Estado e sociedade civil, reunidos solidariamente – deve atuar no sentido da construção de uma sociedade sempre mais justa, e não meramente garantir a conservação dos valores e instituições do passado. Sob este aspecto, são exemplares as disposições constantes do art. 9º da Constituição portuguesa e do art. 3º da Constituição brasileira.” (COMPARATO, 2006, p. 83, 84).

51. O jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que “se desejamos que o Governo responda à válida influência dos governados, temos, na participação, tanto um instrumento de responsabilidade política (racionalidade) como de responsividade

gitimidade oriunda do princípio democrático que garante a vigência da soberania popular⁵² (CF/88, arts. 1º, § único, 5º, XXXV⁵³), poderá utilizar os mecanismos de participação democrática como canais para a exigibilidade dos direitos humanos, bem como, poderá invocar a tutela jurisdicional e provocar o estabelecimento do controle de constitucionalidade de políticas públicas⁵⁴, visto que

política (legitimidade)” visto que “somente pela participação é possível garantir-se que o Governo venha a decidir, seja abstrata ou concretamente, de acordo com a vontade do povo.” (MOREIRA NETO, 1992, p. 38, 35).

52. O jurista José Afonso da Silva ensina que “O *princípio democrático* encontra sua primeira defesa na maneira pela qual a Constituição organiza os Poderes do Estado, reconhecendo a plena vigência da soberania popular e do pluralismo político e dispondendo sobre os mecanismos de efetivação do princípio nos arts. 1º e 14 a 17. [...] Assim, a Constituição garante e protege o princípio democrático que realize a democracia representativa, participativa e pluralista.” (SILVA, 2014, p. 288-289) (grifado no original).
53. CF/88, art. 1º, § único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.
54. O jurista Fábio Konder Comparato esclarece que “A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio. De onde se segue que o juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão da finalidade por ela perseguida, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos, ou nenhuma das normas que a regem, sejam em si mesmos inconstitucionais. As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas elas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil. Esses objetivos podem ser gerais ou especiais, estes obviamente coordenados àqueles. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. [...] Esclarecida, assim, essa clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais, estabeleçamos, desde logo, que o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto o confronto de tais políticas não só com os objetivos constitucionais vinculantes da atividade do governo, mas também com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade. [...] Quanto à legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade de políticas públicas, ela deveria, na perspectiva de uma necessária evolução rumo a uma democracia verdadeiramente participativa, ser atribuída não apenas a órgãos estatais, como o Ministério Público e as Mesas diretoras das câmaras legislativas, mas também a partidos políticos, ainda que não representados no órgão legislativo, a sindicatos ou entidades de classe, à Ordem dos Advogados do Brasil e a quaisquer outras organizações não

[...] por exigibilidade dos direitos humanos entende-se, portanto, o processo social de mobilização política voltado à denúncia ou à efetivação de direitos sonegados e violados. Não possui uma forma rígida ou determinada, senão que se realiza a partir de estratégias de interlocução e controle social das políticas públicas; estratégias de pressão social que podem extrapolar as vias formais e a ordem estabelecida, desde que com vistas à conquista de direitos; e ações voltadas para a produção de sentidos, da cultura de direitos, da formação de lideranças, formação da opinião pública, através de paralisações, mobilizações, etc. [...] Tomada a exigibilidade em seu sentido amplo, como um processo social, político e legal, a justiciabilidade aparece como uma de suas dimensões estritas, qual seja, a dimensão da exigência, defesa e promoção de direitos perante o sistema de justiça, o que amplia os espaços de ação estratégica e os instrumentais manejados na luta pelos direitos humanos. Desse modo, a noção de justiciabilidade também sinaliza para um duplo efeito que imprime aos direitos humanos, por um lado, a condição de serem legitimamente exigíveis pela sociedade perante o sistema de justiça, aliada à delegação, de outro lado, da função (poder-dever) de efetivação dos direitos humanos para as instituições do sistema de justiça. (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JÚNIOR, 2016, p. 64-65).

Assim, ao cidadão cabe buscar os mecanismos de interação dialógica com os poderes públicos para requerer a aplicação da hermenêutica constitucional, fundada nos direitos humanos fundamentais como normas jurídicas que reconhecem as expectativas *simbolicamente* generalizadas dos indivíduos de uma vida condigna, sobre a omissão e/ou implementação insuficiente (omissão parcial) de políticas públicas promotoras de direitos fundamentais⁵⁵

governamentais, reconhecidas de utilidade pública” (COMPARATO, 2010, p. 293, 294, 297, 299).

55. A jurista Ana Paula de Barcellos expõe que “Considerando o tema *políticas públicas promotoras de direitos fundamentais*, propôs-se neste estudo cinco objetos que podem sofrer controle jurídico e jurisdicional (sem prejuízo de outros). São eles (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; (ii) o resultado final esperado das políticas públicas; (iii) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais, em termos absolutos ou relativos; (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e (v) a eficiência mínima (entendida como economicidade) na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.” (BARCELLOS, 2010, p. 132) (grifado no original).

pelos Poderes Públicos Estatais (Legislativo, Executivo), tendo “*por objeto o confronto de tais políticas não só com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade do governo, mas também com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade*” (COMPARATO, 2010, p. 297) e, por conseguinte, compelir os poderes públicos do Estado Brasileiro a atuarem para a implementação de políticas públicas capazes de concretizar os direitos humanos fundamentais, uma vez que

O cidadão é responsável pela constituição federal: na sua efetividade, no cobro dos programas que ela traz, no compromisso expresso em suas normas, na sua observância pelo poder público e pelos particulares, na sua defesa enfim. O bom texto constitucional é o que nasceu em ambiente democrático, no qual a sociedade participou direta ou indiretamente para a sua elaboração. Mas esta participação popular também deve ser reivindicada pelos cidadãos, buscada por eles e postulada através dos instrumentos que se fizerem necessários. (LIMA, 2006, p. 167) (grifos nossos).

A Constituição Federal de 1988, portanto, ao instituir os direitos fundamentais como parâmetros para a realização de uma Democracia de conteúdo social⁵⁶ na República Federativa do Brasil, em que o *Estado Democrático de Direito* “*outro significado não tem que Estado de Direito e de Justiça Social*” (SILVA NETO, 2013, p. 307), determinou as diretrizes que visam à construção de uma nova sociedade (CF/88, art. 3º, I), através da recepção dos direitos humanos fundamentais que têm o caráter humanista para impulsionar a transformação com

56. O jurista José Afonso da Silva ensina que “*A Constituição de 1988 resultou dessa luta pela construção de um Estado Democrático onde se assegurasse o exercício dos direitos humanos fundamentais. Formalmente, ela cumpre integralmente esse objetivo. Seu Título II contém a declaração dos “direitos fundamentais do homem” – expressão que ela emprega em sentido abrangente daquelas prerrogativas e instituições que se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Nela se sintetizam todas as manifestações modernas dos direitos fundamentais da pessoa humana. [...] Ela agora fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, com o quê se transita de uma Democracia de conteúdo basicamente político-formal para uma Democracia de conteúdo social, pois a antítese inicial entre direitos individuais e direitos sociais tende a resolver-se numa síntese de autêntica garantia da vigência do princípio democrático, na medida em que os últimos forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia*” (SILVA, 2011, p. 178, 179) (grifado no original).

os valores da democracia social⁵⁷, não somente para a atuação da estrutura político-administrativa dos órgãos estatais, mas, também, para todos os sistemas sociais existentes na ordem política do Estado Brasileiro, pois

[...] a releitura do ordenamento guiada pelos valores da Constituição impõe que se rechace qualquer visão excessivamente abstrata do indivíduo – insensível à sua situação real no mundo – em favor de concepção mais concreta e integral da sua personalidade. De todo modo, na esfera social, as pessoas são e sempre foram percebidas no Brasil como seres situados, inseridos numa teia de relações sociais constitutivas da sua identidade. Todavia, esse enraizamento nunca funcionou como um elemento emancipatório, que propiciasse proteção mais integral aos direitos e necessidades das pessoas vulneráveis. Trata-se exatamente do contrário: um enraizamento de feições pré-modernas, em que o *status* jurídico da pessoa se relaciona, na prática, a elementos como classe social, cor, profissão, relações familiares e de amizade do indivíduo. A questão, portanto, acaba se reconduzindo ao mais crônico dos problemas nacionais: a *desigualdade*. Assim, é no processo de universalização que se vislumbra o aspecto mais patológico do processo de afirmação da dignidade humana no Brasil. Subsistem nas nossas relações sociais traços fortemente hierárquicos, que se manifestam na assimetria entre as pessoas para o acesso aos direitos e submissão aos deveres impostos pela ordem jurídica. Houve, sem dúvida, avanços nessa área desde o advento da Constituição de 88, mas os nossos padrões de desigualdade continuam perversos e inaceitáveis. (SARMENTO, 2016, p. 59-60).

57. O jurista Paulo Bonavides expõe que “O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. Noutra lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo. *Os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma dimensão nova e adicional com a introdução dos direitos sociais básicos. A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática*”. (BONAVIDES, 2011, p. 378) (grifos nossos).

Neste contexto, a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 3º), em especial, o desenvolvimento nacional (crescimento econômico concomitante com a melhoria do padrão de qualidade de vida humana e do progressivo desenvolvimento social com a preservação do ecossistema natural da biodiversidade e da bioecologia) em consonância com os direitos humanos,

[...] há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício (SILVA, 2001, p. 123-124)

que somente será possível com a concomitância da existência das duas facetas de desenvolvimento implícitas no objetivo fundamental de garantia do desenvolvimento nacional, ou seja, na compreensão de que

[...] a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. *Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento.* Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento (GRAU, 2008, p. 216-217) (grifos nossos).

Assim, considerando que a existência da correlação dos direitos humanos com a consecução dos objetivos fundamentais se evidencia na especificidade da constitucionalização os valores ético-políticos da *liberdade* e da *igualdade* como interdependentes e indivisíveis entre si⁵⁸, se compreende que

58. A jurista Flávia Piovesan aduz que "O Texto de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais (ver Capítulo II do Título II da Carta de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições

[...] a ação estatal para a garantia dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana envolve dois momentos. Primeiro, cabe ao Estado oferecer condições mínimas para que as pessoas possam se desenvolver e tenham chances reais de assegurar por si próprias níveis de sobrevivência razoavelmente compatíveis a dignidade humana. Esta é a ideia corrente de *igualdade de chances* ou *igualdade de oportunidades*⁵⁹. É nesse contexto que se posicionam os dispositivos relativos à educação e à saúde. Imagina-se que uma pessoa saudável e que tenha acesso à educação será capaz de construir as condições materiais necessárias para sua existência em uma sociedade capitalista, que consagra a livre iniciativa, independentemente do auxílio da autoridade pública. Ou seja: o *resultado* final da posição de cada um na sociedade depende de sua ação individual. A verdade, todavia, é que, em muitas ocasiões, as pessoas simplesmente não tiveram acesso a essas prestações iniciais de saúde e educação ou, ainda que tenham tido, isso não foi suficiente para que elas chegassem a assegurar por si próprias condições materiais compatíveis com a dignidade humana (BARCELLOS, 2011, p. 226-227) (grifado no original).

Deste modo, em face da necessidade da concretização dos direitos humanos com *igualdade de chances* ou *igualdade de oportunidades* na sociedade brasileira, cabe aos cidadãos – como indivíduos inseridos na vida de uma coletividade, especialmente na representatividade dos interesses desta coletividade no contexto dos sistemas

anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Desse modo, *não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados. Nessa ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade*". (PIOVESAN, 2014, p. 96) (grifos nossos).

59. A jurista Ana Paula de Barcellos, no decorrer da exposição deste entendimento, ainda esclarece que: "A *igualdade de chances* se opõe logicamente à *igualdade de resultados*. A igualdade de resultados imagina caber ao Estado assegurar, ou *determinar*, a condição final dos indivíduos na vida, com relativa indiferença para com a ação pessoal de cada um, e pressupõe um Estado totalitário ou, no mínimo, paternalista. A igualdade de oportunidades, diferentemente, entende que não cabe ao Estado definir a vida e as escolhas do indivíduo, mas assegurar que todos partam de condições iniciais mínimas capazes de permitir que cada um alce seu voo independentemente da autoridade pública." (BARCELLOS, 2011, p. 226) (grifado no original somente em itálico).

sociais, através dos instrumentos previstos pela *Constituição Cidadã* que viabilizam a Democracia Participativa⁶⁰, exercer a cidadania solidária⁶¹, preencher os espaços públicos de deliberação para elaboração e efetivação das políticas públicas para pugnar pelo direito humano fundamental de uma existência digna e, por meio de todos os instrumentos disponíveis no âmbito interno, compelir o Estado a atuar de acordo com a expressa determinação constitucional⁶² de

-
60. O jurista Dalmo de Abreu Dallari expõe entendimento neste sentido aduzindo que “a par disso, vem crescendo continuamente a influência da Constituição na sociedade brasileira. Mudando o tradicional ceticismo brasileiro, as pessoas estão acreditando que têm direitos e que vale a pena lutar por eles. Um sinal muito expressivo dessa mudança muito positiva é o aumento considerável do número de ações judiciais, buscando a garantia e efetivação dos direitos sociais. Esse, aliás, é um dos motivos do congestionamento de setores do Poder Judiciário e da consequente demora nos julgamentos, o que, longe de ser um dado irrelevante, é, no entanto, consequência de um fator muito positivo, que é justamente o aumento da crença nos direitos e na Constituição.” (DALLARI, 2010b, p. 120-121).
61. O jurista Paulo Cesar Santos Bezerra ensina que “*Solidariedade social nada mais é do que vínculo social ou interdependência dos homens na vida em sociedade.* [...] Que se criem e se desenvolvam políticas de solidariedade social, que visem à mudança de atitude e de representação social dos direitos e dos deveres, no imaginário do povo e, principalmente, do legislador. Que as práticas solidaristas retornem com todo o ímpeto, e sejam ensinadas nas escolas e academias, inserindo-as nos discursos, incrementando-as nas práticas concretas, nas relações e projetos desenvolvidos, tanto pelo Estado como pela Sociedade Civil, quebrando-se a força da nossa cultura de não solidariedade gerada pelo individualismo.” (BEZERRA, 2008, p. 96; 197) (grifos nossos). Neste sentido, o ensinamento do filósofo Immanuel Kant, em relação à vivência do ser humano com os demais seres humanos na sociedade: “Se, pois, deve haver um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que respeita à vontade humana, então tem de ser tal que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para toda a gente, porque é *fim em si mesmo*, faça um *princípio objetivo* da vontade, que possa por conseguinte servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é: *A natureza racional existe como fim em si.* É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e, neste sentido, este princípio é um princípio *subjetivo* das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em virtude exatamente do mesmo princípio racional que é válido também para mim; é portanto simultaneamente um princípio *objetivo*, do qual como princípio prático supremo se tem de poder derivar todas as leis da vontade. O imperativo prático será, pois, o seguinte: *Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*” (KANT, 2009, p. 243) (grifado no original).
62. O jurista Dalmo de Abreu Dallari expõe que “A Constituição brasileira de 1988 [...] foi a expressão dos anseios de liberdade e democracia de todo o povo. Ela foi também, e continua sendo, o instrumento legítimo de consagração, com força jurídica,

implementação de políticas públicas para concretizar as expectativas dos cidadãos de vivenciar os direitos humanos.

Neste contexto, ainda, se for preciso, o cidadão poderá procurar buscar a cooperação dos sistemas internacionais (global e regional) de proteção de direitos humanos para que o regime da democracia do *Estado Democrático de Direito Brasileiro* (democracia representativa e participativa) cumpra o compromisso constitucional de promover políticas públicas eficazes para propiciar a existência do *desenvolvimento* (crescimento econômico concomitante com a melhoria do padrão de qualidade de vida humana e do progressivo desenvolvimento social com a preservação do ecossistema natural) em prol de toda coletividade e, por conseguinte, para garantir que as políticas públicas nacionais, cada vez mais, sejam efetivadas em harmonia com o objetivo fundamental de garantir a efetividade das diretrizes de direitos humanos para a promoção do bem de todos no decorrer do contínuo processo democrático de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 – Constituição Cidadã – promulgada em cinco de outubro de 1988 consolidou as expectativas de justiça da sociedade brasileira com a determinação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em consonância com os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana no sistema jurídico do Estado Brasileiro.

A função dos direitos humanos fundamentais na democracia do *Estado Democrático de Direito Brasileiro* (democracia representativa e participativa) consiste no papel de parâmetro para a análise da legitimidade das ações estatais em cumprir o compromisso constitucional de promover políticas públicas capazes de propiciar a existência do objetivo fundamental de *desenvolvimento nacional* em prol de toda coletividade.

das aspirações por justiça social e proteção da dignidade humana de grande parte da população brasileira, vítima tradicional de uma ordem injusta que a condenava à exclusão e à marginalidade.” (DALLARI, 2010b, p. 115).

O paradigma dos direitos humanos fundamentais, entretanto, não se reduz a esfera dos poderes estatais para garantir que as políticas públicas nacionais estejam em harmonia com o objetivo fundamental de garantir o *desenvolvimento nacional* em consonância com as diretrizes de direitos humanos, mas, também, alcança todos os subsistemas sociais existentes no Estado Brasileiro que devem efetivar a consideração constitucional da primazia do indivíduo como ser humano com dignidade com a realização de ações para concretização dos direitos humanos fundamentais para a promoção do bem de todos no decorrer do contínuo processo democrático de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18245-5.
- BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados Internacionais no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. ISBN 978-85-3090-983-3.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2011. ISBN 978-85-7147-801-5.
- _____. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2a ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 101-132. ISBN 978-85-7348-673-5
- BEDÊ, Fayga Silveira. *Sísifo no limite do imponderável ou Direitos Sociais como limites ao Poder Reformador*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; Bedê, Fayga Silveira (Coords.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 89-118. ISBN 85-7420-735-7.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2.ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. ISBN 978-85-7147-665-3.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. ISBN 978-85-7001-710-3.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed., São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN 978-85-392-0065-1.

- BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-472-0629-1.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. 1.ª reimpressão, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. ISBN 978-85-7700-088-3.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 85-02-03535-5.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994. ISBN 972-32-0063-5.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª.ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 978-85-02-06156-9.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09594-6.
- _____. *Sobre a legitimidade das Constituições*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; Bedê, Fayga Silveira (Coords.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 49-88. ISBN 978-85-7420-735-7.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito Constitucional*. 5ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2011. ISBN 978-85-7761-377-9.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010b. ISBN 978-85-02-07818-5.
- _____. *Elementos de teoria geral do Estado*. 29.ed., São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08145-1.
- _____. *Estado de Direito e Direitos Fundamentais*. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 217-232. ISBN 85-7420-727-6
- DISCURSO: GUIMARÃES, Ulysses. *Discurso como Presidente da Assembleia Nacional Constituinte na sessão de Promulgação da CF/88*. Brasília – DF: Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Ano 2, No 308, 05 de outubro de 1988. p. 322-323. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/constituente.zip> Acesso em: julho de 2012.
- ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. ISBN 978-85-8425-339-5.

- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; MEIRA, Renan Sales de. *A reconstrução discursiva dos direitos fundamentais no marco do Estado Democrático de Direito*. In: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Diálogos Contemporâneos. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. ISBN 978-85-7761-808-8 P. 38-57.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13.ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 978-85-7420-895-4.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. ISBN 978-85-282-0091-4.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. ISBN 978-85-86590-88-7 (Discurso Editorial). ISBN 978-85-98233-43-7 (Barcarolla).
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. ISBN 978-85-7525-096-5.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Os deveres constitucionais: o cidadão responsável*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; Bedê, Fayga Silveira (Coords.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 140-187. ISBN 85-7420-735-7.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A cidadania na Constituição Federal Brasileira de 1988: redefinindo a participação política*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; Bedê, Fayga Silveira (Coords.). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 21-34. ISBN 85-7420-735-7.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. ISBN 978-85-61996-51-2.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. ISBN 978-85-8063-256-9.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev., e atual., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-20848-3.
- _____. *Temas de Direitos humanos*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014a. ISBN 978-85-02-21319-7.

- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-20812-4.
- _____. *Direitos humanos na integração econômica: Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. 1.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. ISBN 978-85-7147-697-4.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a. ISBN 978-85-7348-708-4.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed. rev. atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-687-2.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN 978-85-450-0175-1.
- SARMENTO, George. *Direitos Humanos: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Coleção curso & concurso; v. 36 / coordenação Edilson Mougénou Bonfim). ISBN 978-85-02-10783-0.
- SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. In: _____. Poder Constituinte e Poder Popular – Estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 144-149. ISBN 85-7420-152-9.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.ed., São Paulo: Malheiros, 2001. ISBN 85-7420-249-5.
- _____. *O Constitucionalismo Brasileiro – Evolução Institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN 978-85-392-0089-4.
- _____. *Poder Constituinte e Poder Popular – Estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN 85-7420-152-9.
- _____. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 978-85-392-0245-1.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-19801-2.
- _____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001. ISBN 978-85-361-0060-9.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A Teoria dos Sistemas Sociais e o Direito: tópicos para o estudo do pensamento de Niklas Luhmann*. Salvador: Ed. Dois de julho, 2016. ISBN 978-85-65057-35-6.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
ISBN 978-85-02-62339-2.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Direito de acesso a informação pública na democracia participativa: um estudo à luz da teoria dos sistemas sociais

*Renata Peixoto Pinheiro**

INTRODUÇÃO

Pretende o presente artigo abordar o tema da democracia participativa como forma de resgatar a legitimidade ofuscada pela democracia representativa e o indispensável papel do direito de acesso a informação pública no alcance deste desiderato. As formas de participação popular, que vão muito além do sufrágio eletivo de representantes, podem contribuir para o atendimento das demandas sociais com mais propriedade, acompanhando a dinâmica da transformação social, propiciando a redução de conflitos que permeiam a sociedade pós-moderna. A análise é feita sob o prisma da Teoria dos Sistemas Sociais, desenvolvida por Niklas Luhmann, que traz subsídios para explicar a necessária interação entre o sistema jurídico e a sociedade, como fator determinante para sua estabilidade.

1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: EM BUSCA DA LEGITIMIDADE

A democracia tem sido experimentada, discutida, contestada e praticada há mais de 2.500 anos. Durante todo este tempo apresentou características diferentes a depender do contexto histórico, bem

(*) Mestre em Direito do Estado (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Doutoranda em Direito (Universidade Federal da Bahia). Analista Judiciária da Justiça Federal 1ª Região.

como de outros fatores determinantes como tamanho do território e a complexidade da sociedade em que se desenvolveu.

Desde o surgimento do regime de governo que permitia a participação popular de um significativo número de cidadãos na Grécia clássica e em Roma, por volta do ano 500 a.C, até os dias atuais, a democracia teve diversos significados. A expressão democracia já designou sistemas onde os representantes do povo só representavam parte do povo, vale dizer os homens livres, e onde o direito de voto era negado às mulheres, excluindo boa parte da população adulta da participação da vida política.

Frise-se, a democratização não seguiu uma trilha ascendente. Houve altos e baixos, movimentos de resistência, rebeliões, guerras civis e por muitos séculos a ascensão das monarquias centralizadas inverteu a marcha das ideias e avanços democráticos (DAHL, 2016, p.35). O significado de democracia é, portanto, construído a partir dos valores que permeiam a sociedade num determinado tempo e lugar.

A democracia como regime de governo adotado por diversos países (em vários estágios de democracia) ganha força durante a última metade do século XX e início do século XXI. Isto porque os mais importantes regimes antidemocráticos como o comunista, o facista e o nazista desapareceram ou transformaram-se em “sobreviventes excêntricos”, nas palavras de Robert A. Dahl. Chama atenção este mesmo autor que as ditaduras militares foram descredenciadas, especialmente na América Latina, que, quando conseguiram sobreviver, adotaram uma fachada pseudodemocrática (2016, p.11).

De fato, a democracia está relacionada com a liberdade, valor prestigiado na sociedade contemporânea. Nas palavras de Robert A. Dahl “[...] apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para as pessoas exercitarem a liberdade da autodeterminação – ou seja: viverem sob as leis de sua própria escolha” (2016, p.66).

Porém, embora o regime democrático pareça ser o melhor dos regimes, ouve-se constantemente a expressão “crise da democracia”, mesmo em nações consideradas “democracias consolidadas”.

Em que consistiria esta crise? Embora os limites deste trabalho não oportunizem a análise de todos os fatores determinantes para a chamada “crise”, é possível eleger um fator decisivo, vale dizer, a ausência de representatividade. Em todo o mundo, particularmente no Brasil, esta crise representativa se evidencia em movimentos sociais de inconformismo e de protestos. Demandas de interesse e repercussão geral em busca de concretização dos direitos fundamentais perante o Judiciário são cada vez mais frequentes (MOREIRA NETO, 2016, p. 203).

A ausência de efetividade nos programas de governo anunciados aos eleitores, as alianças incoerentes com os valores dos ideários políticos pregados – visando única e exclusivamente o acesso ao poder –, a corrupção inserida na atividade legislativa para atender interesses de determinados grupos econômicos, o desinteresse por parte dos membros do poder executivo por uma administração de resultados, têm levado ao desprestígio dos políticos, dos partidos políticos e dos representantes eleitos do Poder Executivo.

A ampliação participativa é sem dúvida uma resposta à crise representativa. Busca-se atualmente uma superação da democracia formal e o alcance da democracia material ou substancial.

Os modelos de democracia encontrados até o final da segunda guerra mundial, com poucas exceções, tinham como fundamento os consensos formais – eleitorais e representativos – enquanto os modelos desenvolvidos a partir de então valorizam a obtenção de consensos substantivos – procedimentais e participativos (MOREIRA NETO, 2016, p.88).

Decisões livres, escolhas racionais, amplo exercício de direitos políticos, participação na definição nas políticas públicas e fiscalização no controle das ações governamentais por parte dos cidadãos é fundamental para a revitalização da democracia.

A diversificação dos canais de participação da sociedade constituiu-se em vias complementares aos desgastados e insuficientes instrumentos tradicionais da representação político-partidária (MOREIRA NETO, 2016, p. 63).

Busca-se uma legitimidade que abarque a necessária, mas não suficiente investidura legítima no poder, e também o resultado legítimo do emprego do poder.

1.1. Democracia participativa no ordenamento jurídico brasileiro

A ideia inicial da incapacidade do povo na discussão dos negócios públicos, que limitava a participação popular à escolha dos governantes, foi sendo paulatinamente superada com o incremento das formas de intervenção social nos processos decisórios.

É certo que os representantes eleitos do poder legislativo, assim como os ocupantes da função administrativa se cercam de especialistas na tomada de decisões. Porém governar exige mais do que um conhecimento rigorosamente científico. Bens jurídicos que merecem ser juridicamente protegidos muitas vezes entram em conflito e para protegê-los são despendidos recursos que sempre são limitados. Governar é realizar escolhas, que envolvem valores além de equilíbrio entre diversos interesses. Nas palavras de Robert A. Dahl: “Tomar uma decisão sobre os objetivos que as políticas do governo deveriam atingir (justiça, equanimidade, probidade, felicidade, saúde, sobrevivência, segurança [...]) é fazer um julgamento ético” (2016, p.86)¹.

Ampliam-se as formas de participação popular na produção legislativa, na gestão e no controle da Administração Pública. Vale dizer ampliam-se os espaços de exercício da democracia de forma direta, sem intermediários que traduzam a vontade do cidadão. Neste aspecto interessante visão sobre o sentido de democratização nos fornece Bobbio: “[...]quando se quer saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que tem direito de participar nas decisões que lhe dizem respeito, mas os espaços nos quais poder exercer este direito” (2015, p.50).

1. Sobre este tema discorre com propriedade o referido autor: “Decisões sobre políticas, sejam pessoais ou governamentais, quase sempre exigem julgamentos sobre negociações, em equilíbrio entre diferentes objetivos. Por exemplo, obter igualdade econômica poderá enfraquecer os incentivos econômicos; os custos dos benefícios para os idosos poderão ser objetivos diferentes não são científicos. As comprovações empíricas são importantes e necessárias, jamais suficientes. Ao decidir o quanto se deve sacrificar para a obtenção de um fim, um bem ou um objetivo de modo a atingir certa medida de outro, necessariamente ultrapassamos qualquer coisa que o conhecimento rigorosamente científico possa proporcionar” (DAHL, 2016, p.86).

Observe-se ainda que a possibilidade de participação deve ser proporcionada tanto ao cidadão, individualmente considerado, como aos grupos, aos representantes de vários setores da sociedade, uma vez que vivemos numa sociedade pluralista².

A Constituição Brasileira de 1988 (Brasil, 1998) seguiu esta tendência destacando em seu preâmbulo os valores de uma sociedade pluralista, atribuindo ao povo o exercício do poder, diretamente ou pela representação política.

A Carta Magna (Brasil, 1998) traz inúmeras possibilidades de exercício da participação que podem ser de natureza legislativa, de controle da atividade pública e de co-gestão.

O art. 61, §2º do texto constitucional prevê a possibilidade de iniciativa popular de lei, assim como o art. 29, inciso XII dispõe sobre a propositura de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, por parte dos munícipes (Brasil, 1988).

Ainda no rol das modalidades de exercício da democracia direta de natureza legislativa há previsão constitucional do referendo e do plebiscito no art. 49, inciso XV, da CF/88 (Brasil, 1988).

As possibilidades de participação no âmbito do controle da atividade pública, no entanto, são bem mais amplas. Inicia-se com a possibilidade de controle por via do Poder Judiciário, mediante a

-
2. Norberto Bobbio analisa esta transformação da sociedade de forma bastante clara: “[...] sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais os grupos, grandes organizações, associações de mais diversa natureza, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central [...] O modelo ideal da sociedade democrática era o de uma sociedade centrípeta. A realidade que temos diante dos olhos é de uma sociedade centrífuga, que não tem apenas um centro de poder (a vontade geral de Rousseau) mais muitos, merecendo por isto o nome, sobre o qual concordam os estudiosos da política, de sociedade policêntrica ou poliárquica (ou ainda, com uma expressão mais forte mas não de tudo incorreta, policrática). O modelo de Estado democrático fundado na soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da soberania do príncipe, era o modelo de uma sociedade monística. A sociedade real, subjacente aos governos democráticos é pluralista (2015, p.42-43)

propositura de ação popular com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Permite também a Carta Política em seu art. 74, §2º, que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, denuncie irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (Brasil, 1988).

O texto constitucional contempla ainda hipóteses de gestão democrática na seguridade social (artigos 194, parágrafo único, inciso VII, 198, inciso III e 204, inciso II), na educação (artigo 206, inciso VI), na fixação da política agrícola (artigo 187), na proteção do patrimônio cultural (artigo 216, §1º) (Brasil, 1988).

Verifica-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro contempla diversas possibilidades de participação do administrado, valorizando a aproximação do particular com a Administração, diminuindo a barreira existente entre ambos, reavivando a legitimidade, requisito essencial do conceito atual de Estado Democrático de Direito.

1.2. A indispensabilidade do direito de acesso à informação pública

O alargamento das funções do Estado trouxe uma grande concentração de poder, não só no âmbito político – que lhe é inerente – como no âmbito social e econômico. O Estado concentra o poder de decisão em assuntos que afetam o cotidiano do cidadão de matizes as mais variadas, como educação, saúde, trabalho, lazer, previdência, etc. O distanciamento entre a sociedade e o Estado foi o resultado inevitável do surgimento deste gigantismo estatal. Como tratado em tópico anterior, surge neste contexto o debate sobre a legitimidade do sistema político.

Como consequência o direito de acesso à informação pública vem merecendo destaque, pois é um instrumento indispensável ao aperfeiçoamento da democracia, possibilitando que as pessoas possam exercer seus direitos, reclamar a eficiência da ação governamental, além de possibilitar o controle das ações do Estado.

Assim a discussão sobre proteção do livre fluxo de informações e das ideias, que antes se relacionava como uma medida de governança administrativa, passa a ser considerada como direito fundamental, ocupando o cerne, a própria essência da democracia.

É forçoso reconhecer que o direito de acesso à informação está diretamente ligado ao direito à liberdade. Sem informação, sem dúvida, ficamos escravos de uma realidade que se quer mostrar.

Não se pode perder de vista que as informações armazenadas pelos órgãos públicos não pertencem ao Estado, mas sim aos próprios cidadãos, verdadeiros detentores do poder político.

É nítido o caráter instrumental do direito de acesso à informação, que foi inicialmente reconhecido como estratégico para a defesa de outros direitos. Deve ser reconhecido, porém, como direito autônomo, uma vez que a obtenção da informação pode ser considerada uma forma de “poder” no sentido de fortalecimento do cidadão e da sociedade civil perante o Estado. Isto porque, tanto a liberdade de pensamento e expressão como o acesso à informação, possuem uma dimensão individual e uma dimensão social.

Nas palavras de Norberto Bobbio tais liberdades seriam condições necessárias e antecedentes ao exercício da cidadania em qualquer das suas formas:

[...] mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição, é necessário que os chamados a decidir sejam garantidos os assim chamados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação etc.[...] As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo (2015, p. 37-38).

O direito à informação é, sobretudo, uma liberdade democrática e que se destina a viabilizar uma participação adequada, livre e

igualitária dos indivíduos na esfera pública. (BENTO, 2015). Na inviabilidade de uma democracia direta, tendo em vista o estágio atual da complexidade do Estado, apenas a participação pode diminuir o abismo existente entre as demandas sociais e os interesses defendidos por aqueles que a representam. Nas palavras de Paulo Bonavides: “O substantivo da democracia é, portanto, a participação. Quem diz democracia diz, do mesmo passo, máxima presença do povo no governo, porque sem participação popular, democracia é quimera, é utopia é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem conteúdo nas leis” (2008, p. 283).

A Constituição Federal de 1988 acolhe o direito de acesso à informação como direito fundamental. O art. 5º da CF/88, nos incisos XXXIII, XXXIV e LXXII, assegura a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular ou de interesse coletivo, o direito de petição perante estes órgãos e da obtenção de certidões em repartições públicas, bem como o direito de impetrar habeas data para assegurar conhecimento de informações pessoais constantes de registros de órgãos públicos (Brasil, 1988).

Ao tratar da Administração Pública, a CF/88, em seu artigo 37, *caput*, traz como princípio a publicidade, elementar ao direito de acesso. Prossegue a disciplina no §3º, inciso II do mesmo artigo, relacionando o acesso à informação à participação:

§3º -A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos do governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII (Brasil, 1988).

Já o art. 216, § 2º, da CF/88, impõe uma obrigação positiva ao dispor que *cab*e à administração pública a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (Brasil, 1988).

No plano infraconstitucional, podemos considerar, no entanto, o marco legal do direito de acesso à informação a edição da Lei nº 12.527 de 2011. Esta lei instrumentaliza o cidadão de meios de acesso

à informação, seja no âmbito da proteção dos direitos individuais ou na tutela dos direitos coletivos transindividuais (Brasil, 2011).

A supramencionada lei dispõe que qualquer interessado é titular do direito de acesso à informação, seja pessoa natural ou jurídica, sem a necessidade de motivar o seu pedido ou demonstrar interesse específico. Ao utilizar a expressão “interessado” e não “cidadão” a norma atribuiu um caráter universal à titularidade do direito de acesso à informação (Brasil, 2011).

A Lei nº 12.527/2011 acolhe o princípio da máxima divulgação, admitindo o sigilo como exceção, disciplinando os tipos de informação que terão seu acesso restrito. Importante salientar que em seu artigo 21, a referida lei determina que em nenhum caso poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, nem as informações que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas (Brasil, 2011).

Inovou o diploma legal em comento ao dispensar formalismos para os pedidos de acesso à informação, medida fundamental para garantir o amplo acesso. A solicitação pode ser feita por “qualquer meio legítimo”, exigindo apenas a identificação do requerente e a especificação da informação requerida (Brasil, 2011).

Trata-se de uma lei alinhada com os princípios e melhores práticas adotadas no âmbito internacional, cuja potencialidade será ampliada ou reduzida, como toda norma, a depender do uso que dela se faça na comunicação entre a sociedade civil e o Estado.

2. A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Ultrapassada a breve análise sobre a evolução da democracia, as características atuais do regime, bem como a necessária inserção do direito de acesso à informação no seu conceito de democracia participativa, cumpre analisá-lo à luz da Teoria dos Sistemas Sociais do sociólogo alemão Niklas Luhmann, proposta deste trabalho.

Niklas Luhmann (1927-1998), teórico da sociologia, desenvolveu a chamada Teoria dos Sistemas que influenciou e ainda influencia

diversas áreas de conhecimento. Luhmann observa a sociedade como um sistema social autopoietico que se reproduz comunicativamente em face de um ambiente altamente complexo e contingente (SOARES, 2016, p. 14).

Para Luhmann existem sistemas com a capacidade de produzir relações consigo mesmo e de diferenciar essas relações perante as do seu ambiente (LUHMANN, 2016b, p. 30). O sistema é aquilo que se diferencia de um ambiente /entorno, o qual nada mais é do que um complexo confuso e dinâmico de relações delimitado por horizontes abertos, cujos limites podem, em todo caso, ser modificados. O sistema constitui-se através da criação de uma fronteira que o distingue ambiente/entorno: dentro da fronteira somente existe sistema, e fora, dela, só há ambiente/entorno. A diferença constitutiva do sistema é definida como um desnível de complexidade: o ambiente/entorno é sempre mais complexo que o sistema (SOARES, 2016, p. 22).

O referido sociólogo traz como características dos sistemas a autopoiese e a autorreferência. A autopoiese significa autorreprodução, auto criação. Já a autorreferência significa que o sistema é objeto de sua própria análise, vale dizer a definição dos limites do sistema ocorre da diferença entre o ambiente e o entorno (LUHMANN, 2016b, p. 499)

Segundo Luhmann existem três classes de sistemas autorreferências e autopoieticos, cada um com sua respectiva operação redutora da complexidade: os sistemas vivos (células, cérebro, organismos), os sistemas psíquicos ou de consciência (representação, processamento de atenção) e os sistemas sociais (interações, organizações e sociedades) (SOARES, 2016, p. 24).

De acordo com a teoria em análise o mais amplo e complexo sistema social é a sociedade constituída por todas as comunicações existentes. Enquanto sistema mais abstrato, a sociedade possibilita a existência das demais classes de sistemas sociais situadas nos níveis inferiores de abstração (interações e organizações). E enquanto sistema global, a sociedade dá suporte, através das operações de diferenciação/especialização de funções, aos vários sistemas abstratos parciais (subsistemas) como a economia, política, direito, religião, educação, moral e a ciência (SOARES, 2016, p. 26-27).

Sob uma perspectiva funcionalista, adotada por Luhmann, o aspecto decisivo para o conhecimento humano é a resolução de um problema: a complexidade do mundo. A complexidade pode ser conceituada como os acontecimentos que podem ou não ocorrer. O mundo é complexo porque tudo pode acontecer, toda realidade existente no mundo poderia ser diferente do que é (SOARES, 2016, p. 17).

A redução da complexidade é para Luhmann a principal característica de um meio que busca o seu desenvolvimento. A busca pela ordem deve ser a pauta de um sistema social (TRINDADE, 2008, p. 17).

No caso do sistema jurídico, este tem a função de redução da complexidade do ambiente social por meio da adoção de padrões comportamentais.

2.1. Os sistemas sociais como comunicação

Ainda como noção fundamental da Teoria dos Sistemas necessário abordar o conceito de comunicação. Os sistemas sociais, de acordo com a teoria não são constituídos por indivíduos, mas apenas por comunicações, enquanto suas unidades mínimas. Nesse sentido, a comunicação é o processo que procura transmitir informações. Trata-se do elemento de produção autopoietica do sistema social: somente a comunicação gera comunicação (SOARES, 2016, p. 25).

A comunicação para Luhmann é a síntese entre informação (enquanto simples escolha entre um leque de possibilidades), ato de comunicação (meio de expressão que participa a informação ao receptor) e compreensão (ato de entender) (SOARES, 2016, p.25).

A comunicação não é criada por nada que se encontre no ambiente. Ela é produzida, de forma recursiva, por si mesmo, vale dizer, comunicação produz comunicação, por meio de comunicação. Desta forma, o bloqueio desta circularidade acarretaria o sistema aberto, que Luhmann repudia (GONÇALVES; VILLAS BOAS FILHO, 2013, p.57).

A participação da informação não é mais do que uma sugestão de seleção, um estímulo. A comunicação só ocorre quando este estímulo é captado, quando a excitação é processada (LUHMANN, 2016b, p. 163). O fato de a compreensão ser um aspecto indispensável da realização da comunicação tem amplo alcance significativo para o

entendimento global da comunicação. Daí se conclui que comunicação só é possível como processo autorreferencial (LUHMANN, 2016b, 167).

Nas palavras de Luhmann “no processo da comunicação, cada frase, cada demanda abre muitas possibilidades de negação: não isso, mas aquilo; não assim, mas agora etc [...] A própria participação é, inicialmente, uma oferta de seleção. A comunicação só se encerra com a reação, e somente com ela se pode reconhecer que surgiu como unidade” (2016b, p.178).

2.2. A necessária abertura do sistema jurídico

Cumpra desta forma, após o levantamento das noções fundamentais para a compreensão da teoria dos sistemas sociais, abordar a função do sistema jurídico e a característica da necessária abertura.

Segundo a teoria em comento é o próprio sistema, que, simultaneamente fechado e aberto, produz seus elementos e estruturas. A ideia de autorreferência é o que determina que o sistema possua estas duas características ao mesmo tempo. Neste aspecto vale transcrever as palavras de Luhmann:

Por meio do fechamento operativo constitui-se uma unidade em um âmbito que *para ela* se torna ambiente. Nem a existência nem a relevância é negada ao ambiente. Ao contrário, a distinção entre sistema e ambiente é precisamente a forma permitida para que um sistema ou o ambiente se caracterizem em referência recíproca. Portanto, a intenção não é nos obstinarmos em afirmar o absurdo de haver direito sem sociedade, sem pessoas, sem condições físico-químicas especiais em nosso planeta. O sistema só pode produzir relações com esse ambiente com base em seus próprios esforços, e apenas na efetivação de suas próprias operações, possíveis apenas graças àquela integração recursiva que designamos fechamento. Ou, em formulação mais breve: a abertura só se faz possível com base no fechamento (LUHMANN, 2016a, p. 102).

Salienta ainda Luhmann que a teoria do sistema fechado é uma teoria da diferença entre sistema e ambiente. Assim, “fechado” não deve ser entendido como “isolado”. Em suas palavras: “Ele não impede, ainda que realce, à sua própria maneira, relações causais intensivas entre sistemas e seus ambientes e ainda que interdependências

de tipo causal se façam estruturalmente necessárias para o sistema” (2016a, p. 58).

O sistema é aberto cognitivamente para ser estimulado através de ruídos ou perturbações oriundas do ambiente. Com isso, obtém a energia necessária para (re) alimentar suas operações internas (SOARES, 2016, p. 23).

Assim, o sistema jurídico mantém relação com os demais sistemas como o econômico, político, científico, entre outros, e é sensível às demandas que lhes são apresentadas pelo ambiente. Quanto à função, Luhmann afirma que o sistema do direito opera de maneira normativamente fechada e ao mesmo tempo cognitivamente aberta (2016a, p. 104).

A proposta de uma modificação do direito se converterá tão logo se aponte que norma dever ser modificada, em comunicação no âmbito do sistema do direito – não importa que ela provenha de agrupamentos políticos, associações de interesses ou movimento sociais (LUHMANN, 2016a, p. 90).

Para que a sociedade prossiga em sua dinâmica evolucionista – que lhe é inerente por natureza – é indispensável que progressivamente converta as expectativas comportamentais genericamente aceitáveis em expectativas normativas expectáveis. Dessa forma, o processo de mutação das expectativas normativas contemplará a evolução das assimilações fáticas do meio social. (TRINDADE, 2008, p. 57)

Para Luhmann há de se considerar, ainda, a complexidade interna do sistema jurídico. O ambiente do sistema jurídico interno à sociedade aparece como altamente complexo, e a consequência disso é o sistema jurídico fazer referência a si mesmo: a uma autonomia que lhe é própria, a limites autodeterminado, a um código próprio e a um filtro altamente seletivo, cuja ampliação poderia pôr em risco o sistema (LUHMANN, 2016a, p. 31).

Eis então as noções essenciais para a compreensão da Teoria dos Sistemas Sociais, teoria sociológica construída por Luhmann, com o objetivo de ser capaz de observar e propor mecanismos de redução da crescente complexidade da sociedade contemporânea.

3. A FUNÇÃO DO ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA NA INTERAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS

Conforme abordado na primeira parte deste trabalho o *déficit* de representatividade tem sido um dos problemas enfrentados pela democracia moderna, com base representativa, fazendo eclodir manifestações populares, reivindicações constantes e uma sensação de insatisfação permanente com os seus representantes.

No dizer de Moreira Neto é neste espaço público não estatal que apresenta extrema complexidade e surpreendente dimensão nas sociedades pós-modernas, que surgem várias modalidades espontâneas de poder da sociedade, que passam a interagir com o poder estatal, exercendo crítica influência e pressão, pondo-se em confronto com posições oficiais de seus órgãos. A estes se atribui a denominação de contrapoderes sociais (2016, p. 50-51).

Some-se às demandas diversificadas de uma sociedade pluralista um outro fator relevante: a evolução dos meios de comunicação digital de massa, que operam através de redes eletrônicas mundiais interligadas, permitindo o trânsito de informações de forma rápida e abrangente. Assim demandas e insatisfações pontuais ganham vulto e se expandem, transformando-se em grandes manifestações que não raramente, tem transbordado em atos de violência.

A função do direito, segundo Luhmann, é a de estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais. O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. Nas suas palavras: “Quando o direito não é mais respeitado, ou quando, até onde seria possível, ele já não se impõe, as consequências transcendem muito o que de imediato se apresenta como violação da lei, o sistema tem de recorrer a formas bastante imediatas de recuperação da confiança (2016a, p. 175-176).

A autopoiese do sistema jurídico não bloqueia estas perturbações, ao revés, torna-se necessário a construção de um filtro por meio do qual as mudanças de opinião, as pressões sociais por novo padrão comportamental, sejam tomadas como circunstância de aprendizagem, ou seja, como circunstância cognitiva (LUHMANN, 2016a, p.127).

Como visto anteriormente, os diversos sistemas (econômico, político, jurídico, religioso etc.) mantêm relações entre si. A forma como esta relação de operacionaliza é o chamado acoplamento estrutural. Vale dizer, é justamente o modo pelo qual se dá a relação entre sistema e entorno, bem como as relações intersistêmicas.

O sistema jurídico, portanto, há de realizar sue acoplamento estrutural com outros sistemas sociais, para que desenvolva cada vez mais procedimentos de reprodução jurídica (e.g., procedimento legislativos, administrativos, judiciais e contratuais) (SOARES, 2016, p. 32).

Eis aqui a questão principal proposta neste trabalho, afirmar que os instrumentos jurídicos de participação postos no ordenamento jurídico são exatamente os canais de comunicação entre o sistema jurídico e os demais sistemas. E mais, que o acesso à informação pública é indispensável para que ocorra o processo de comunicação tal como proposto por Luhmann.

As novas demandas e reivindicações sociais podem ser enquadradas na teoria dos sistemas de Luhmann como as perturbações, as irritações, as provocações do sistema social, que devem (diante da abertura que possui todo sistema para se comunicar com o entorno), ser absorvidas pelo sistema jurídico dentro de sua estrutura, para a redução da complexidade.

Desta forma os diversos institutos jurídicos de participação como a iniciativa popular de lei, a consulta e audiência pública, a gestão democrática das cidades, da educação, a participação no Conselho de Contribuintes, dentre outros, são instrumentos aptos a canalizar as perturbações do sistema social, filtrando-os, para incorporá-los ao subsistema jurídico.

Sobre a canalização das manifestações espontâneas da sociedade vale a transcrição dos ensinamentos de Moreira Neto quando afirma “que as sementes de conflitos, que proliferam nas complexas sociedades pós-modernas, em lugar de gerarem sempre renovados riscos, poderão, superiormente, servir como instrumentos da democracia ativa, uma vez adequadamente absorvidos institucionalmente” (MOREIRA NETO, 2016, p. 60-61).

Voltemos agora à questão do acesso à informação pública. Já acolhemos anteriormente o conceito operacional de que os sistemas

sociais são formas de relação baseadas na comunicação. Já ficou asentado também que a comunicação se dá com a informação, a participação e a compreensão. O conceito de transmissão é insuficiente para caracterizar a comunicação, sendo indispensável que o receptor compreenda.

Assim os mecanismos jurídicos de transparência postos no ordenamento jurídico devem garantir a acessibilidade substancial à informação guardada, organizada e gerenciada pelo Estado. Vale dizer, os dados divulgados pelos órgãos públicos devem ser disponibilizados de forma clara, objetiva, em linguagem de fácil compreensão.

Não se pode perder de vista que do dever de publicidade das ações estatais constante no sistema jurídico não é suficiente para que se alcance a noção de transparência hodiernamente reclamada. A noção de transparência suplanta a publicidade. A transparência é visibilidade para compreender os assuntos públicos. Só assim se perfaz a comunicação.

O problema não reside apenas em assegurar o acesso documental, mas sim que a informação propicie a formulação de um juízo pelo receptor, a respeito do que lhe é participado através dos diversos canais de comunicação estatal.

O sistema jurídico ao selecionar como previsão comportamental instrumentos jurídicos que viabilizam a democracia participativa, estrutura seu sistema prevendo os canais de acoplamento estrutural com o sistema social, prevendo as comunicações intersistêmicas.

O direito e a sociedade apresentam um nexo de interdependência recíproca, vale dizer, o Direito é uma estrutura do sistema social, ou seja, constitui parte da sociedade. Sua função essencial, como já afirmado anteriormente, é reduzir uma parcela da complexidade desestruturada da sociedade, e ao mesmo tempo, fazer com que esta alcance uma complexidade mais estruturada (SOARES, 2016, p. 31).

Desta forma, as novas demandas e reivindicações sociais que vão surgindo pela natureza dinâmica da convivência social, tais como a previsão de novos tipos de contrato, de novas formas de controle da administração pública, de solução de conflitos, de união afetiva, dentro outras, devem ser canalizadas para que ingressem na estrutura seletiva das expectativas comportamentais do sistema jurídico.

Porém, não se pode perder de vista que o resultado pretendido de redução de complexidade só é alcançado com a compreensão da comunicação que se dá através das normas, das decisões judiciais, das decisões administrativas. É necessário que a informação seja compreendida pelo corpo social. Assim como as demandas provenientes do corpo social devem ser compreendidas quando veiculadas pelos meios próprios institucionalizados.

Por fim, cumpre ressaltar que mesmo diante de estruturas aparentemente estabilizadas de expectativas sociais, o problema da contingência continuará sempre existindo (SOARES, 2016, p. 15).

Eis aqui a necessidade de que o sistema jurídico se mantenha aberto com a existência de canais de comunicação permanentes institucionalizados, que participem a informação de forma a alcançar a compreensão, que canalizem estas demandas do sistema social e mantenha o acesso dialógico com os órgãos de decisão do Estado.

Assim, forçoso concluir que ampliar as formas e canais de participação cidadã é contribuir para que o sistema jurídico acompanhe a dinâmica da sociedade, mantendo seu caráter reflexivo, possibilitando a estabilidade tão necessária à manutenção do controle social e a promoção do desenvolvimento.

CONCLUSÃO

Atualmente há uma tendência à superação da democracia formal e o alcance da democracia material ou substancial. Os modelos atuais de democracia valorizam a obtenção de consensos substantivos, procedimentais e participativos.

O ordenamento jurídico brasileiro, seguindo esta tendência, contempla diversas possibilidades de participação do administrado, valorizando a aproximação do particular com a Administração, diminuindo a barreira existente entre ambos, reavivando a legitimidade, requisito essencial do conceito atual de Estado Democrático de Direito.

O sistema jurídico, de acordo com a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, busca a redução da complexidade mediante a adoção de padrões comportamentais.

O sistema jurídico para que mantenha sua estabilidade e autor-reprodução deverá ser ao mesmo tempo fechado e aberto. A clausura é necessária para que mantenha a coerência da sua própria estrutura que o diferencia do entorno/ambiente. Porém, a abertura é também necessária para que possa haver a interação com os outros subsistemas sociais.

As novas demandas e reivindicações sociais podem ser enquadradas na teoria dos sistemas de Luhmann como as perturbações, os ruídos, as provocações do sistema social, que devem ser absorvidas pelo sistema jurídico dentro de sua estrutura, para a redução da complexidade.

O direito e a sociedade apresentam um nexo de interdependência recíproca, vale dizer, o Direito é uma estrutura do sistema social, ou seja, constitui parte da sociedade. Sua função essencial é reduzir uma parcela da complexidade desestruturada da sociedade, e ao mesmo tempo, fazer com que esta alcance uma complexidade mais estruturada dentro do sistema jurídico.

Os instrumentos jurídicos de participação postos no ordenamento jurídico são exatamente os canais de comunicação entre o sistema jurídico e os demais sistemas. A abertura ao ambiente é fornecida por estes instrumentos jurídicos.

Este acoplamento estrutural é o que permite a manutenção do caráter reflexivo do sistema jurídico, sendo acrescido de uma maior legitimidade e possibilitando a estabilidade tão necessária à manutenção do controle social e promoção do desenvolvimento.

Ampliar as formas e canais de participação cidadã é contribuir para que o sistema jurídico acompanhe a dinâmica da sociedade, mantendo seu caráter reflexivo, possibilitando a estabilidade tão necessária à manutenção do controle social e a promoção do desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BENTO, Leonardo Valles. *Acesso a Informações Públicas*. Princípios Internacionais e o Direito Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. 13. ed. revisada. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz & Terra, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 27 ago.2017.
- _____. Lei nº 12.257, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 126 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 27 ago. 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016 (2ª reimpressão).
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na administração pública*. Revista de direito administrativo, v. 191, p.26-39, 1993. São Paulo.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BOAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais. Direito e Sociedade na Obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HEINEM, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação*. Belo Horizonte: Forum, 2015.
- LEITE, Glauco Costa. *Corrupção Política: mecanismos de combate e fatores estruturantes no sistema jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais. Esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petropolis, RJ: Vozes, 2016b.

- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa. Publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. Brasília. Unesco, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Mutações Juspolíticas: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- NUNES, Alexandre Augusto Pereira. *Direito Fundamental de Acesso à Informação*. Rio de Janeiro: 2014.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A Teoria dos Sistemas Sociais e o Direito: tópicos para o estudo do pensamento de Niklas Luhmann*. Salvador: Ed. Dois de Julho, 2016.
- STROPPIA, Tatiana. *As Dimensões Constitucionais do Direito de Informação e o Exercício da Liberdade de Informação Jornalística*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- TACITO, Caio. *Direito administrativo participativo*. Revista de Direito Administrativo, v.242, p. 133-138, 1997. São Paulo.
- TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antônio Carlos; BACARIÇA, Josephina (Coord.). *Acesso à Informação Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Mudanças paradigmáticas do pós-positivismo jurídico: breves apontamentos

*Ricardo Maurício Freire Soares**

*Sabrine Silva Kauss***

1. A TRANSIÇÃO DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO AO PENSAMENTO PROBLEMÁTICO

Uma das mais importantes transformações paradigmáticas resultantes da emergência do pós-positivismo jurídico consiste na transição do pensamento sistemático de base lógico-dedutiva para um pensamento problemático, ancorado na idéia da realização da justiça à luz das singularidades do caso concreto. Nesse campo pós-positivista, destaca-se a tópica redescoberta pelo jurista germânico Theodor Viehweg.

Não há como negar a associação entre tópica e justiça, pois como observa Edvaldo Brito¹, ao criticar os limites do raciocínio jurídico

(*) Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" e Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Especialização/Mestrado/Doutorado). Professor da Faculdade Baiana de Direito e da Faculdade Ruy Barbosa. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Palestrante e Autor de diversas obras jurídicas pela Editora Saraiva.

(**) Advogada inscrita na OAB-Bahia. Especialista em Direito do Estado pelo Curso Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito. Professora dos Cursos de Direito da Faculdade São Salvador e da IBES/FACSAL.

1. BRITO, Edvaldo. Teoria da decisão. *Revista do Magistrado*. Salvador: Tribunal de Justiça, n. 2, 2005, p. 8.

lógico-dedutivo (silogismo), adquire prestígio a tópica, que sugere evitar-se técnica que inviabilize a decisão justa, pois esta somente se conseguiria a partir dos dados materiais, buscados nos problemas, ainda que a deliberação não encontre apoio em norma legal. A teoria da justiça passa a ser entendida como uma teoria da práxis, de aplicabilidade tópica, com o que se afasta, no enfrentamento do problema de um direito justo, a pretensão jusnaturalista de aplicação lógico-dedutiva de um padrão absoluto e imutável de justiça, bem como o condenável alheamento do positivismo jurídico aos problemas de valor.

A tópica pode ser entendida como uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Ela se distingue nas menores particularidades de outra de tipo sistemático-dedutivo. As tentativas da era moderna de desligá-la da jurisprudência, através da sistematização dedutiva de uma ciência jurídica, tiveram um êxito muito restrito, visto que a tópica vem sendo encontrada ao longo de toda a tradição ocidental, desde a antigüidade greco-latina. Se Aristóteles entendeu a tópica como uma teoria da dialética, entendida como a arte da discussão, Cícero a concebeu como uma práxis da argumentação, baseada no uso flexível de catálogos de *topoi* (lugares-comuns).

Como bem salienta Theodor Viehweg², o ponto mais importante do exame da tópica constitui a afirmação de que ela se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema. Esta distinção, já cunhada por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*, entre *techne* e *episteme* implica em considerar a primeira como o hábito de produzir por reflexão razoável, enquanto a segunda seria o hábito de demonstrar a partir das causas necessárias e últimas, e, portanto, uma ciência. Afigura-se como uma técnica do pensamento problemático, que opera sobre aporias – questões estimulantes e iniludíveis que designam situações problemáticas insuscetíveis de eliminação.

Chama-se de problema ou aporia toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. Ao colocar o acento no sistema, os problemas

2. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília-DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 19.

seriam agrupados, de acordo com cada sistema, em solúveis e insolúveis, e estes últimos seriam desprezados como problemas aparentes. A ênfase no sistema opera, deste modo, uma seleção de problemas. Ao contrário, se priorizar acento no problema, este busca, por assim dizer, um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução. A ênfase no problema opera uma seleção de sistemas.

Buscam-se, deste modo, premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas que possam levar a conseqüências que iluminem. Tal procedimento é a tópica de primeiro grau. Entretanto, sua insegurança salta à vista, o que explica que se trate de buscar um apoio que se apresenta, na sua forma mais simples, em um repertório de pontos de vista preparados de antemão. Dessa maneira, produzem-se catálogos de *topoi*, tais como: “o direito não socorre os desdidosos”, “o direito não tutela a má-fé a própria torpeza”; “o direito não tolera o enriquecimento sem causa” ou “o direito deve conferir tratamento isonômico aos iguais”. A função dos *topoi*, tanto gerais como universais, consiste em servir a uma discussão de problemas. Quando se produzem mudanças de situações e em casos particulares, é preciso encontrar novos dados para resolver o problema.

Para Viehweg³, restam comprovados os limites do sistema jurídico lógico-dedutivo, visto que o centro de gravidade do raciocínio jurídico, longe de ser a subsunção, como a atividade de ordenação dentro de um sistema perfeito, reside predominantemente na interpretação em sentido amplo e, por isto, na invenção. Isto porque, para que o sistema jurídico fosse logicamente perfeito, seria necessário garantir uma rigorosa axiomatização de todo o direito; proibição de interpretação dentro do sistema, o que se alcançaria mais completamente através de um cálculo; alguns preceitos de interpretação dos fatos orientados rigorosa e exclusivamente para o sistema jurídico (cálculo jurídico); não-impedimento da admissibilidade das decisões *non liquet*; permanente intervenção do legislador, que trabalhe com uma exatidão sistemática (calculadora) para tornar solúveis os casos que surgem como insolúveis. Mesmo assim, a escolha dos axiomas continuariam sendo logicamente arbitrários, gerando um resíduo tópico.

3. VIEHWEG, 1979, p. 75.

Como a axiomatização do direito não é suficiente para captar plenamente a estrutura da argumentação, os axiomas também não oferecem uma resposta adequada ao problema da justiça. O procedimento que isto supõe já não é de busca do direito, senão de aplicação do direito justo. Daí deflui o segundo tipo de ciência mencionado, em que não se tenta modificar a essência da *techne* jurídica. Concebe-a, conseqüentemente, como uma forma de aparição da incessante busca do justo.

Sendo assim, o direito positivo emana desta busca pelo justo, a qual continua com base neste mesmo direito positivo, num movimento de circularidade dinamizado pela utilização das fórmulas persuasivas dos *topoi*, lugares-comuns da argumentação jurídica. Esta busca pelo justo seria o grande objeto de investigação da Ciência do Direito, cabendo à jurisprudência mostrar suas possibilidades, mediante o uso apropriado dos tópicos capazes de melhor atender as peculiaridades do caso concreto.

2. O PROCESSO DA DESFORMALIZAÇÃO DA LÓGICA JURÍDICA

Outra importante transformação paradigmática resultante da emergência do pós-positivismo jurídico consiste na desformalização da lógica jurídica, que, por força da tradição positivista, fora apartada da dimensão axiológica do direito, comprometendo a possibilidade de realização concreta da justiça.

Dentre as diversas propostas pós-positivistas de reconstrução da lógica jurídica, destacam-se as formulações da lógica do razoável pelo Raciocionalismo e da lógica da argumentação pelo movimento da Nova Retórica.

A lógica existencialista do razoável figura como uma modalidade de raciocínio jurídico raciocionalista, tendente à realização do direito justo, através do exercício de uma razão vital. O raciocionalismo se apresenta como a vertente de pensamento que se liga à filosofia da razão vital, preconizada pelo filósofo espanhol Ortega y Gasset, com amplas repercussões na esfera jurídica. O seu maior expoente foi Luis Recaséns Siches, verdadeiro cultor da lógica do razoável.

Para Recaséns Siches⁴, o homem tem natureza biológica e psicológica, vive com a natureza circundante e, em razão disso, encontra-se condicionado por leis físico-naturais, que, todavia, não dão conta de todo o humano. Isto porque o comportamento humano é consciente e tem um sentido que não existe nos fenômenos físico-naturais. A natureza se explica e os fatos humanos podem ser compreendidos. Só o que é do homem pode ser justificado pelo homem, em razão dos fins que ele elege.

Pondera que a vida humana nada tem de feito, de concluído ou acabado, mas deve fazer-se a si mesma. Trata-se de um fazer-se contínuo, onde há sempre um campo de ação, não predeterminado, que possibilita a opção, com certa margem de liberdade, por um caminho. A partir desta visão orteguiana de vida humana, Recaséns Siches enquadrava o direito entre os objetos culturais, porque criado pelo homem, considerando-o como pedaço de vida humana objetivada.

Baseado nas concepções de Scheller e Hartmann, procurou Recaséns Siches conciliar a objetividade dos valores jurídicos com a historicidade do direito. Se a racionalidade é a própria vida humana – a razão vital – a ciência do direito deve estudar a norma jurídica em sua historicidade, como momento da vida coletiva, ligados às circunstâncias e dentro da perspectiva por ela formada.

O sentido da obra cultural – arte, política ou direito – é sempre um sentido referido às circunstâncias concretas, em que se apresentou a necessidade estimulante, em que se concebeu a conveniência e a adequação do fim, em que se apreciou a propriedade e a eficácia dos meios adotados. De sorte que, a obra cultural deve ser considerada como um produto histórico intencionalmente referido a valores, pelo que o direito estaria voltado para a concretização axiológica do justo.

Enquanto o pensamento racional puro da lógica formal tem a natureza meramente explicativa de conexões entre idéias, entre causa e efeitos, a lógica do razoável tem por objetivo problemas humanos, de natureza jurídica e política, e deve, por isso, compreender ou entender sentidos e conexões de significados, operando com valores

4. SICHES, Luís Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1959, p. 157.

e estabelecendo as finalidades e os propósitos da ordem jurídica. É razoável, portanto, o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Para ele, a lógica dedutiva, silogística e alheia a critérios axiológicos, é imprópria para a solução dos problemas humanos. Em contrapartida, a lógica do razoável, logos do humano ou da razão vital, destina-se a compreender os assuntos humanos, buscando o sentido dos fatos e objetos, mediante operações estimativas.

Se a norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, não pode ser uma norma abstrata de moral, de ética, desligada dos fatos concretos, é um enunciado para a solução de um problema humano. A norma jurídica não pode ser julgada como um fim, mas como um meio para a consecução de valores concretos, tais como o bem-estar social, a dignidade, a liberdade e a igualdade. Sendo assim, a materialização destas estimativas sociais permite a realização da justiça e, portanto, do direito justo.

Logo, se a aplicação de uma norma a um determinado fato concreto levar a efeitos contrários aos por ela visados, o comando normativo deve ser declarado inaplicável ao caso. Isso porque a produção do direito não é obra exclusiva do legislador, mas também dos julgadores, administradores ou particulares, visto que eles concretizam e individualizam a norma geral, levando em conta os fins e valores corporificados no sistema normativo. As decisões apresentam, assim, uma evidente natureza axiológica.

Segundo Recaséns Siches⁵, em cada aplicação, a norma jurídica é revivida. O reviver concreto da norma fundamenta uma nova hermenêutica jurídica, baseada no uso de uma lógica do razoável, distinta da lógica neutra e exata da tradição cartesiana da modernidade. Sendo assim, a norma jurídica deve experimentar modificações para ajustar-se à nova realidade em que e para que é revivida, adaptando-se às singularidades de cada caso concreto.

5. SICHES, Luís Recasens. *Nueva filosofía de la interpretación de derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 140.

Somente a lógica do razoável pode considerar esta permanente adequação do direito à vida humana, sendo regida por princípios de adequação não só entre a realidade e os valores, fins e propósitos, mas também entre propósitos e meios, bem como entre os meios e sua correção ética, em face das exigências permanentes de justiça.

Como salienta Fábio Ulhoa Coelho⁶, o aplicador do direito, para fazer uso da lógica do razoável, deve investigar algumas relações de congruência, indagando sobre: os valores apropriados à disciplina de determinada realidade (congruência entre a realidade social e os valores); os fins compatíveis com os valores prestigiados (congruência entre valores e fins); os propósitos concretamente factíveis (congruência entre os fins e a realidade social); os meios convenientes, eticamente admissíveis e eficazes, para a realização dos fins (congruência entre meios e fins).

Neste sentido, o uso da lógica do razoável torna o operador jurídico capaz de perceber a realidade em função dos valores que a constituem num dado caso concreto. Pode-se imaginar um exemplo singular. Suponha-se que o regimento acadêmico de um curso de direito proíbe a entrada de cães no interior da Faculdade. Um aluno, portador de deficiência visual, pretende adentrar nas dependências da Faculdade de Direito, acompanhado do seu cão-guia. Caso se utilize a lógica formal dedutiva da subsunção, o intérprete do direito proibirá, literalmente, a entrada do estudante. Se for usada, no entanto, a lógica do razoável, o hermeneuta facultará o ingresso do estudante com o seu cão-guia, visto que, em face das circunstâncias do caso concreto, a finalidade da norma regimental não restará conspurcada, visto que os valores da ordem e da segurança, indispensáveis para a realização das atividades acadêmicas, não serão atingidos por um animal devidamente adestrado, como um cão-guia.

Sendo assim, o manuseio da lógica do razoável potencializa a realização do direito justo, por exteriorizar uma operação axiológica e teleológica que se revela compatível com as especificidades histórico-culturais de cada caso concreto, tendo em vista a singularidade que envolve a vida humana, potencializando a realização do direito justo.

6. COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 100.

De outro lado, merece registro o desenvolvimento de uma lógica argumentativa, através da Nova Retórica de Chaïm Perelman, que se insurge contra as conseqüências de uma abordagem positivista no que se refere às possibilidades da argumentação racional dos valores, a fim de evitar que dilemas, escolhas e decisões sejam afastados do campo da racionalidade humana. O filósofo belga critica o modelo teórico que privilegia apenas a demonstração e o raciocínio lógico-matemático, como caminhos para a obtenção da verdade, o que acaba por relegar ao voluntarismo todas as opções axiológicas, fundamentais nos planos político e jurídico.

Ao refutar a concepção moderna de razão, estruturada a partir das filosofias racionalistas do século XVII e ainda presente no positivismo lógico do século XX, Perelman⁷ busca valorizar meios de prova distintos do modelo dedutivo-silogístico. Sendo assim, a valorização de outros meios de produzir convencimento reclama a elaboração de uma teoria da argumentação, capaz de descortinar um caminho diferente da demonstração, pedra de toque do funcionamento da lógica cartesiana tradicional, insuficiente para o tratamento das controvérsias humanas. Ao enfatizar a dimensão retórica, Perelman se propõe a investigar o modo de desenvolvimento racional da argumentação, perquirindo as técnicas capazes de permitir a adesão de teses sustentadas perante um determinado auditório.

Segundo ele, as premissas do raciocínio jurídico não são previamente dadas, mas, em verdade, são escolhidas pelo orador. O interlocutor que as elege (*v.g.*, o advogado, o promotor, o juiz) deve, de início, buscar compartilhá-las com o seu auditório (*e.g.*, juiz, tribunal, júri, opinião pública). Em seu cotidiano, o operador do direito é instado a formular argumentos a fim de convencer o interlocutor da tese sustentada. Ele observa que, na tomada de uma decisão judicial, ao contrário do que defendiam os positivistas, são introduzidas noções pertencentes à moralidade, mediante o uso dos chamados topoi, aos quais o julgador pode recorrer como premissas, compartilhadas pela comunidade jurídica, para a justificação racional de um ato decisório. A utilização destes topoi, no processo de argumentação judicial, remete à necessidade de uma escolha valorativa do hermeneuta, que

7. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 141.

se orienta pelo potencial justificador e racionalizador para a tomada de uma decisão.

Para Perelman⁸, conforme a idéia que do direito, por exemplo, o que é juridicamente obrigatório será limitado às leis positivas e aos costumes reconhecidos, ou então podem-se incluir precedentes judiciais, lugares-comuns e lugares-específicos, bem como princípios gerais do direito admitidos por todos os povos civilizados. Daí resulta que não basta ter princípios gerais como ponto inicial de uma argumentação: é preciso escolhê-los de um modo tal que sejam aceitos pelo auditório, formulá-los e apresentá-los, interpretá-los, enfim, para poder adaptá-los ao caso de aplicação pertinente.

Na perspectiva da Nova Retórica, os conflitos em torno do direito justo e de seus possíveis enfoques podem ser dirimidos através de um método argumentativo, em que se utilizem os topoi de maior potencial persuasivo e, portanto, mais adequados para as singularidades do caso concreto. Logo, todas as oportunidades devem ser fornecidas para os partícipes do diálogo jurídico, a fim de que, através do debate dos valores envolvidos, haja um consenso sobre a opção hermenêutica mais razoável e potencialmente mais justa.

Como bem assinala Karl Larenz⁹, deve o jurista elaborar uma lógica dos juízos de valor, que apresente, como ponto de partida, o modo como as pessoas raciocinam sobre valores, o que reclama o uso de uma teoria da argumentação, pelo que se torna evidente o mérito de Chaïm Perelman, ao legitimar novamente a discussão sobre o conceito de justiça, dentro das exigências de cientificidade do conhecimento jurídico.

Neste sentido, é a discussão racional acerca dos valores mais ou menos aceitos no processo de argumentação jurídica, que constitui o objeto do conhecimento sobre a justiça, visto que a pesquisa sobre o significado do direito justo remete a valores histórico-culturais que, por serem relativos, diferentemente do que propugnava o jusnaturalismo, sofrem os influxos do tempo e do espaço.

8. PERELMAN, 1998, p. 170.

9. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 206.

Como bem refere Perelman¹⁰, embora seja ilusório enumerar todos os sentidos possíveis de justiça concreta, em face de todas as proposições acerca do conteúdo do direito justo, propõe o autor uma síntese das concepções mais correntes, muitas delas de caráter aparentemente inconciliável. São elas: a cada qual a mesma coisa; a cada qual segundo seus méritos; a cada qual segundo suas obras; a cada qual segundo suas necessidades; a cada qual segundo a sua posição; e a cada qual segundo o que a lei atribui.

Segundo a fórmula de justiça a cada qual a mesma coisa, todos os seres considerados devem ser tratados da mesma forma, sem levar em conta nenhuma das particularidades que os distinguem. Seja-se jovem ou velho, virtuoso ou criminoso, doente ou saudável rico ou pobre, nobre ou rústico, culpado ou inocente, é justo que todos sejam tratados, em absoluto, sem qualquer discriminação, remetendo a uma idéia de uma igualdade perfeita, cuja realização se afigura muitas vezes inviável.

Com base na concepção a cada qual segundo seus méritos, não se exige a igualdade absoluta de todos, mas um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca da pessoa humana.

De acordo com a fórmula de justiça a cada qual segundo suas obras, requer-se um tratamento proporcional, através de um critério que não é moral, pois não se leva em conta a intenção ou eventuais sacrifícios, mas unicamente o resultado da ação. É esta concepção que admite, por exemplo, variantes no pagamento de salários e na aplicação de exames ou concursos.

Com base na concepção a cada qual segundo suas necessidades, em vez de levar em conta o mérito ou a produção, tenta-se, sobretudo, diminuir os sofrimentos que resultam da impossibilidade em que ele se encontra de satisfazer suas necessidades essenciais. Trata-se de uma fórmula de justiça que muito se aproxima da caridade. Leva-se em conta um mínimo vital que cumprirá assegurar a cada homem, *v.g.*, através da proteção jurídica do trabalho e do trabalhador.

Quando se utiliza a proposição a cada qual segundo a sua posição, depara-se com uma fórmula aristocrática de justiça, pois

10. PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 33.

consiste ela em tratar os seres conforme pertença a uma ou outra determinada categoria de seres. Em vez de ser universalista, reparte os homens em categorias diversas que serão tratadas de forma diferente, como, por exemplo, sucedeu na sociedade estamental da Idade Média ou na sociedade de castas do povo hindu.

A fórmula cada qual segundo o que a lei atribui pode ser traduzida na paráfrase do célebre brocardo romano *suum cuique tribuere*. O julgador é justo quando aplica às mesmas situações as mesmas leis e regras de um determinado sistema jurídico. Trata-se de uma justiça estática, baseada na manutenção da ordem estabelecida.

Segundo ele, a utilização de qualquer uma destas fórmulas de justiça pelo julgador depende das circunstâncias específicas do caso concreto, figurando como topoi, com maior ou menor persuasivo, sem que seja possível, de antemão, priorizar a prevalência da igualdade absoluta, do mérito, da obra, da necessidade, da posição ocupada ou da distribuição de direitos e deveres atribuída pela lei.

Para Perelman, deve-se investigar ainda o que há de comum entre estas concepções de justiça mais correntes. Somente assim, afigura-se possível determinar uma fórmula de justiça sobre a qual será realizável um acordo prévio e unânime. A noção comum constitui uma definição da justiça formal ou abstrata, enquanto cada fórmula particular ou concreta da justiça já examinada consubstancia um dos inumeráveis valores da justiça formal.

A noção de justiça sugere a todos a idéia de certa igualdade. Este elemento conceitual comum permite afirmar que todos estão de acordo sobre o fato de que ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem a mesma característica essencial (*e.g.*, mesmo mérito, mesma necessidade, mesma posição social), que se deva levar em conta na administração da justiça.

Sendo assim, os seres que têm em comum uma característica essencial farão parte de uma mesma categoria – a mesma categoria essencial. As seis fórmulas de justiça concreta diferem pelo fato de que cada uma delas considera uma característica diferente como a única que se deva levar em conta na aplicação da justiça.

Com efeito, pode-se definir a justiça formal ou abstrata como um princípio de ação segundo o qual seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma. Trata-se de uma noção puramente formal, porque esta definição não diz nem quando dois seres fazem parte de uma categoria essencial nem como é preciso tratá-los. Ademais, não determina as categorias que são essenciais para a aplicação da justiça. Ela permite que surjam as divergências no momento de passar de uma fórmula comum de justiça para fórmulas diferentes de justiça concreta.

Para Perelman¹¹, o direito positivo jamais pode entrar em conflito com a justiça formal, visto que ele se limita a determinar as categorias essenciais de que fala a justiça formal, e sem essa determinação a aplicação da justiça fica totalmente impossível. A aplicação da justiça formal exige a determinação histórico-cultural das categorias consideradas essenciais, aquelas que se levam em conta para a realização da justiça.

De outro lado, quando aparecem as antinomias de justiça e quando a aplicação da justiça nos força a transgredir a justiça formal, recorre-se à equidade. Serve-se da equidade como muleta da justiça. Esta é o complemento indispensável da justiça formal, toda vez que a aplicação desta se mostra impossível. Consiste a equidade numa tendência a não tratar de forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial. Ela incita a não levar em conta unicamente uma característica essencial na realização da justiça. Apela-se também para a equidade toda vez que a aplicação da mesma fórmula de justiça concreta, em circunstâncias diferentes, conduz a antinomias que tornam inevitável a não-conformidade com exigências da justiça formal, *v.g.* um artesão, num período inflacionário, que tenha se comprometido a entregar uma obra, por um salário equivalente ao de um operário qualificado.

Ademais, o caráter arbitrário dos valores que fundamentam um sistema normativo, a pluralidade e a oposição deles, a inexistência de um valor irresistível, desigualdades naturais do ser humano, fazem com que um sistema de justiça necessário e perfeito, nos moldes jusnaturalistas, seja irrealizável. Assim é que embora a justiça pareça

11. PERELMAN, 1999, p. 60.

ser a única virtude racional, que se opõe à irregularidade dos atos, à arbitrariedade das regras, não se deve esquecer que sua ação mesma é fundamentada em valores arbitrários e irracionais.

Neste diapasão, refere Chaïm Perelman¹² que, cada vez mais, juristas vindos de todos os cantos do horizonte recorrem aos princípios gerais do direito, que podem ser aproximados do antigo *jus gentium* e que encontrariam no consenso da humanidade civilizada seu fundamento efetivo e suficiente. O próprio fato destes princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção positivista que faz a validade de toda a regra do direito depender de sua integração num sistema hierarquizado de normas.

Com efeito, Perelman observa que, na prática da decisão judicial, ao contrário do que defendiam os positivistas, são introduzidas noções pertencentes à moralidade, mediante o uso da principiologia. Sendo assim, os princípios jurídicos figuram, então, como topoi (lugares-comuns), aos quais o juiz pode recorrer como premissas, compartilhadas pela comunidade jurídica, para a justificação racional de um ato decisório. A utilização destes topoi, no processo de argumentação judicial, remete à necessidade de uma escolha valorativa do hermenauta, que se orienta pelo potencial justificador e racionalizador para a tomada de uma decisão.

Para Perelman, não basta ter princípios gerais como ponto inicial de uma argumentação, sendo necessário escolhê-los de um modo tal que sejam aceitos pelo auditório, bem como formulá-los e interpretá-los, para poder adaptá-los ao caso de aplicação pertinente. O que importa é causar a adesão do auditório composto pela comunidade jurídica, através do uso dos topoi mais persuasivos para o deslinde do caso concreto, através da força dos melhores argumentos, o que se potencializa com o uso da principiologia jurídica.

Em face de tudo quanto foi exposto, na visão de Chaïm Perelman, a justiça não se apresenta como um valor absoluto, mas, sobretudo, relativo e, portanto, insuscetível de ser definido pelo conhecimento, variando em conformidade com o conjunto de crenças de

12. *Ibid*, p. 395.

cada indivíduo. Sendo assim, a solução para o problema do direito justo deve ser construída no âmbito da razoabilidade prudencial do diálogo e da prática dos processos argumentativos.

3. A VALORIZAÇÃO PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA COMO ALTERNATIVA PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO JUSTO

No campo teórico pós-positivista, podem ser vislumbrados dois pilares básicos: a proposta de uma nova grade de compreensão das relações entre direito, moral e política; e o desenvolvimento de uma crítica contundente à concepção formalista e axiologicamente neutra do positivismo jurídico.

Em relação a este segundo aspecto, interessa frisar a emergência de um modelo de compreensão principiológica do direito, que confere aos princípios jurídicos uma condição central na estruturação do raciocínio do jurista, com reflexos diretos na interpretação e aplicação da norma jurídica, tendo em vista a realização de um direito mais justo.

O novo paradigma pós-positivista enfatiza a relevância teórico-prática dos princípios, oferecendo um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, a fim de conciliar legalidade com legitimidade e restaurar os laços éticos privilegiados entre o direito e a moralidade social.

A alternativa pós-positivista para a materialização de um direito justo passa pelo uso adequado dos princípios jurídicos, como reguladores teleológicos e axiológicos da compreensão do direito, ao permitir o desenvolvimento de uma interpretação capaz de materializar as exigências contingentes de justiça.

Divisando a emergência desta nova concepção, sustenta Eduardo de Enterría¹³ que todo ele está conduzindo o pensamento jurídico ocidental a uma concepção substancialista e não formal de Direito, cujo ponto de penetração, mais que uma metafísica da

13. ENTERRÍA. Eduardo García. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Editorial Civital, 1986, p. 30.

justiça ou uma axiomática da matéria legal, que se encontra nos princípios gerais do direito, expressão desde logo de uma justiça material, mas especificada tecnicamente em função de problemas jurídicos concretos. Agora, a ciência jurídica não tem outra missão senão aquela de revelar e descobrir, através de conexões de sentido cada vez mais profundas e ricas, mediante a construção de instituições e a integração respectiva de todas elas em conjunto, os princípios gerais sobre os quais se articula e deve, por conseguinte, expressar-se a ordem jurídica.

Etimologicamente, o vocábulo “princípio” significa, numa acepção vulgar, início, começo ou origem das coisas. Transpondo o vocábulo para o plano gnoseológico, os princípios figuram como os pressupostos necessários de um sistema particular de conhecimento, servindo como a condição de validade das demais proposições que integram um dado campo do saber, inclusive, no plano do conhecimento jurídico.

Como ressalta Humberto Ávila¹⁴, em virtude da constante utilização dos princípios na atualidade, chega-se mesmo a afirmar que a comunidade jurídica presencia um verdadeiro Estado Principiológico. Este é o motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência têm utilizado, cada vez com maior frequência, os princípios jurídicos na resolução de problemas concretos, tornando absolutamente necessário ao intérprete do direito compreender estas proposições.

Torna-se, pois, imperioso frisar a emergência de um modelo principiológico que, cada vez mais, confere aos princípios jurídicos uma condição central na estruturação do raciocínio jurídico, com reflexos diretos na interpretação e aplicação de um direito justo.

Inobstante sua função descritiva, importa assinalar o papel prescritivo dos princípios jurídicos. Isto porque, com o advento do paradigma pós-positivista, os princípios foram inseridos no campo da normatividade jurídica. O pós-positivismo busca atribuir força cogente aos princípios jurídicos, independentemente das dificuldades geradas pela vagueza de sua expressão e pela indeterminabilidade do seu alcance, conferindo aos seus mandamentos um alto grau de abstração e generalidade.

14. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 15.

Nesta senda, Norberto Bobbio¹⁵ insere os princípios gerais do direito na categoria de normas jurídicas. Segundo ele, para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se deriva da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas.

Como normas jurídicas de inegável densidade valorativa e teleológica, consubstanciando geralmente direitos fundamentais dos cidadãos, os princípios jurídicos adquiriram enorme importância nas sociedades contemporâneas. A partir do momento do reconhecimento como dispositivos normativos, todo esforço é canalizado para emprestar-lhes aplicabilidade e efetividade.

Não é outra razão pela qual a doutrina tem revelado um significativo empenho em compreender a morfologia e estrutura dos princípios jurídicos, na busca de seus elementos autênticos, diferenciando-os das regras jurídicas. Essa é a razão pela qual o paradigma pós-positivista enfoca a norma jurídica como sendo o gênero, figurando, como espécies normativas, tanto as regras quanto os princípios.

Conforme assinala Ruy Espíndola¹⁶, a diferenciação entre regras e princípios jurídicos pode ser guiada pelos seguintes critérios:

- a) O grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de

15. NORBERTO, Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília-DF: UNB, 1996, p. 159.

16. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais – Elementos para uma dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65.

mediações concretizadoras (do legislador, julgador ou administrador), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta;

- c) Caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito);
- d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito; as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal;
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Sendo assim, as regras disciplinam uma situação jurídica determinada, para exigir, proibir ou facultar uma conduta em termos definitivos. Os princípios, por sua vez, expressam uma diretriz, sem regular situação jurídica específica, nem se reportar a um fato particular, prescrevendo o agir humano em conformidade com os valores jurídicos. Diante do maior grau de abstração dos princípios irradiam-se pelos diferentes setores da ordem jurídica, embasando a compreensão unitária e harmônica do sistema normativo.

Não é outro o entendimento de Willis Santiago Guerra Filho¹⁷, para quem as regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a

17. GUERRA FILHO, Willis S. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997b, p. 17.

conseqüência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.

Deste modo, a violação de um princípio jurídico é algo mais grave do que a transgressão de uma regra jurídica. A inobservância de um princípio ofende não apenas um específico mandamento obrigatório, mas a todo um plexo de comandos normativos. Trata-se, pois, da mais grave forma de invalidade, conforme o patamar do princípio jurídico conspurcado, visto que representa insurgência contra todo o sistema normativo, subvertendo os seus valores fundantes.

No plano doutrinário, merece especial destaque o pensamento pós-positivista de Ronald Dworkin, que desenvolve suas reflexões sobre os princípios jurídicos a partir de um diálogo com outras doutrinas positivistas, mormente o normativismo lógico de Hart, no contexto dos sistemas de inspiração anglo-saxônica (*common law*).

Dworkin não compartilha do entendimento de que, nos chamados *hard cases*, o julgador pratica um mero ato volitivo, exteriorizando suas convicções particulares e arbitrárias de justiça. Segundo ele, os princípios podem ser utilizados como critérios racionais para uma interpretação reconstrutiva da ordem jurídica e a conseqüente tomada de uma decisão, porque objetivamente inseridos no sistema jurídico.

Para Dworkin, é indispensável reabilitar a racionalidade moral-prática no campo da metodologia jurídica, de molde a controlar a decisão judicial. Para tanto, critica a estreita visão positivista que considera o direito como um sistema composto exclusivamente de regras e que autoriza a discricionariedade do magistrado no preenchimento das eventuais lacunas jurídicas. Isto porque quando se admite que o ordenamento jurídico também contempla princípios, esses problemas restarão solucionados.

Neste sentido, sustenta Ronald Dworkin¹⁸ que, uma vez abandonada a doutrina do positivismo jurídico e tratados os princípios

18. DWORKIN, 1997, p. 100.

como expressão do direito, cria-se a possibilidade de que uma obrigação jurídica a ser cumprida pelo jurisdicionado possa ser imposta tanto por uma constelação de princípios como por uma regra estabelecida no sistema jurídico.

Na perspectiva de Dworkin, os princípios jurídicos, diferentemente, das regras, não podem ser aplicados através do método lógico-formal, por não disciplinar diretamente um caso concreto. Ademais, é possível que mais de uma norma principiológica seja relevante para a solução do litígio, apontando em sentidos diversos. Configurada esta hipótese, o julgador deverá avaliar quais são os princípios jurídicos preponderantes e operar uma atividade de sopesamento, estabelecendo uma relação de prioridade concreta, em face da especificidade de uma dada situação jurídica. Sendo assim, a colisão principiológica se resolve através de um processo hermenêutico de ponderação, em que os diversos princípios jurídicos relevantes ao caso concreto são apreciados em face dos fatos e valores incidentes.

Decerto, as normas principiológicas consubstanciam valores e fins muitas vezes distintos, apontando para soluções diversas e contraditórias para um mesmo problema. Logo, com a colisão de princípios jurídicos, podem incidir mais de uma norma sobre o mesmo conjunto de fatos, como o que várias premissas maiores disputam a primazia de aplicabilidade a uma premissa menor. A interpretação jurídica contemporânea, na esteira do pós-positivismo, deparou-se, então, com a necessidade de desenvolver técnicas capazes de lidar com a natureza essencialmente dialética do direito, ao tutelar interesses potencialmente conflitantes, exigindo o uso do instrumental metodológico da ponderação.

Por outro lado, ao estudar o sistema jurídico anglo-saxônico, marcado pela força dos costumes e dos precedentes judiciais, Dworkin pontifica que a prática jurídica se afigura como um exercício permanente de interpretação. Apontando os pontos de convergência entre a interpretação literária e a interpretação jurídica, pretende demonstrar que a ordem jurídica é um produto de sucessivos julgamentos interpretativos. Os intérpretes/aplicadores, no entender de Dworkin, atuariam como romancistas em cadeia, sendo responsáveis pela estruturação de uma obra coletiva – o sistema jurídico.

Para Dworkin¹⁹, decidir casos controversos no direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *common law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito subjazem a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um dos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.

O papel do intérprete e aplicador do Direito seria, portanto, a de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido. Rompe-se, assim, com a dicotomia hermenêutica clássica que contrapõe a descoberta (cognição passiva) e a invenção (vontade ativa), na busca dos significados jurídicos. O hermeneuta, diante de um caso concreto, não estaria, assim, criando direito novo, mas racionalizando o material normativo existente. O que se trata é de buscar identificar os princípios que podem dar coerência e justificar a ordem jurídica, bem como as instituições políticas vigentes. Cabe ao intérprete se orientar pelo substrato ético-social, promovendo, historicamente, a reconstrução do direito, com base nos referenciais axiológicos indicados pelos princípios jurídicos.

Sendo assim, não basta ao operador do direito conhecer as características dos princípios, sendo fundamental, outrossim, saber para que eles servem no plano do conhecimento jurídico. É necessário, assim, compreender qual a função dos princípios de direito para que sejam aplicados corretamente.

Os princípios figuram como normas jurídicas, mas exercem um papel diferente daquele desempenhado pelas regras jurídicas. Estas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de

19. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238.

disciplinar as relações intersubjetivas que se enquadrem nas molduras típicas. O mesmo não se processa com os princípios, em face das peculiaridades já demonstradas. Os princípios jurídicos são, por seu turno, multifuncionais, podendo ser vislumbradas as funções supletiva, fundamentadora e hermenêutica.

Não é outro o pensamento de Joaquín Valdés²⁰ quando afirma que os princípios gerais do direito, como as idéias fundamentais que a comunidade forma sobre sua organização jurídica, estão sendo chamados para cumprir a tríplice função fundamentadora, interpretativa e supletória. Tais idéias básicas, por ser fundamento da organização jurídica, assumem uma missão para o desenvolvimento legislativo necessário para a regulação de todas as relações interindividuais e coletivas, como cumprem um papel crítico (axiológico), capaz, em última análise, de invalidar ou derrogar toda norma positiva que mostre, irredutivelmente, uma oposição aos princípios. Tanto uma como outra função se realizam em virtude do denominado caráter informador, que também justifica sua missão interpretativa, em relação às demais fontes jurídicas. Residualmente, podem ser utilizados ainda como fonte autônoma, de direta aplicação, para resolver ou regular situações concretas jurídicas, na falta da lei ou costume, assumindo, assim, o caráter de fonte supletória e integradora do ordenamento jurídico.

Na qualidade de fonte subsidiária do direito, os princípios serviriam como elemento integrador, tendo em vista o preenchimento das lacunas do sistema jurídico, na hipótese de ausência da lei aplicável à espécie típica. Esta concepção revela-se, porém, anacrônica. Isto porque, ao se constatar a normatividade dos princípios jurídicos, estes perdem o caráter supletivo, passando a impor uma aplicação obrigatória. De antiga fonte subsidiária dos códigos, os princípios gerais, desde o advento do constitucionalismo da segunda metade do século vinte, tornaram-se fonte primária de normatividade, corporificando os valores supremos da ordem jurídica. Sendo assim, os princípios devem ser utilizados como fonte imediata do direito, podendo ser aplicados diretamente a todos os casos concretos.

Por outro lado, no desempenho de sua função fundamentadora, os princípios são as idéias básicas que servem de embasamento ao

20. VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1990, p. 78.

direito positivo, exprimindo as finalidades e as estimativas que inspiram a criação do ordenamento jurídico.

Destaca-se ainda a função hermenêutica dos princípios jurídicos, ao informar e orientar a interpretação e aplicação de todo o sistema normativo, inclusive, das próprias regras jurídicas. Logo, afigura-se incorreta a interpretação da regra, quando dela deflui contradição, explícita ou tácita, com a principiologia do direito. A interpretação deve, então, calibrar o alcance e o sentido da regra com as pautas axiológicas dos princípios jurídicos.

Ainda neste plano hermenêutico, serve também o princípio jurídico como limite de atuação do intérprete, pois, ao mesmo passo em que funciona como vetor interpretativo, a principiologia limita o subjetivismo do aplicador do direito. Sendo assim, os princípios estabelecem balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará seu senso do razoável e sua capacidade de realizar o justo diante de um dado caso concreto.

Ademais, pode-se dizer que os princípios jurídicos funcionam como padrões de legitimidade para a escolha de uma opção hermenêutica. Decerto, os princípios despontam como imposições deontológicas capazes de conferir força de convencimento às decisões jurídicas. Quanto mais o operador do direito procurar utilizá-los, no deslinde dos conflitos de interesses, mais legítima tenderá a ser a interpretação e a posterior decisão. Por outro lado, carecerá de legitimidade a decisão que desrespeitar os princípios jurídicos, enquanto repositório de valores socialmente aceitos.

Em sua dimensão hermenêutica, a aplicação dos princípios jurídicos exige que sejam densificados e concretizados pelos operadores do direito. O ato de densificar um princípio jurídico implica em preencher e complementar o espaço normativo, a fim de tornar possível a solução dos problemas concretos. Por sua vez, concretizar o princípio jurídico consiste em traduzi-lo em decisão, passando dos textos normativos às normas decisórias.

Neste sentido, doutrina Eros Grau²¹ que, enquanto as regras estabelecem o que é devido e o que não é devido em circunstâncias

21. GRAU, 2002, p. 170.

nelas próprias determinadas, os princípios estabelecem orientações gerais a serem seguidas em casos, não predeterminados no próprio princípio, que possam ocorrer. Por isso, os princípios são dotados de uma capacidade expansiva maior do que a das regras, mas, ao contrário destas, necessitam de uma atividade ulterior de concretização que os relacione a casos específicos.

Como se depreende do exposto, as tarefas hermenêuticas de concretização e de densificação das normas principiológicas estão umbilicalmente ligadas: densifica-se um espaço normativo a fim de tornar possível a concretização e conseqüente aplicação de um princípio jurídico a uma controvérsia jurídica.

Sendo assim, do exame da multifuncionalidade dos princípios jurídicos, conclui-se que estas espécies normativas melhor se coadunam com a realização do direito justo. Isto porque a justiça depende em geral de normas mais flexíveis, como os princípios jurídicos, que permitem uma adaptação mais livre á múltiplas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da situação controvertida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pós-positivismo, como movimento que busca superar a dicotomia jusnaturalismo x positivismo jurídico na fundamentação do significado de um direito justo, reintroduz as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico.

Os reflexos do pós-positivismo jurídico podem ser verificados em vários campos da ciência do direito, descortinando novas possibilidades de realização do direito justo. Para os fins do presente trabalho, importa destacar os contributos do movimento pós-positivista nos seguintes campos: a transição do pensamento sistemático para o pensamento tópico; a desformalização da lógica jurídica; e a valorização da principiologia jurídica.

O movimento pós-positivista permite a superação do reducionismo do fenômeno jurídico a um sistema formal e fechado de regras

legais, abrindo margem para o tratamento axiológico do direito e a utilização efetiva dos princípios jurídicos como espécies normativas que corporificam valores e finalidades.

Ademais, o pós-positivismo, baseado no uso dos princípios, oferece um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, a fim de harmonizar legalidade com legitimidade e reafirmar os laços éticos privilegiados entre o direito e a moralidade social.

Por sua vez, os princípios jurídicos apresentam morfologia e estrutura normativa diversas daquelas verificadas no exame das regras de direito, visto que as regras disciplinam uma situação jurídica determinada, em termos definitivos, sendo aplicadas por subsunção, enquanto as normas principiológicas expressam uma opção valorativa, sem regular situação jurídica específica, nem se reportar a uma circunstância particular, sendo aplicadas por uma atividade de concretização/ponderação.

Sendo assim, os princípios jurídicos procuram realizar as funções supletiva, fundamentadora e hermenêutica, oferecendo, nesta última hipótese, os parâmetros para uma interpretação/aplicação do direito que, ao superar o modelo subsuntivo, revela-se mais legítima e compatível com os fatos sociais.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALVIM, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo. a. 19. n. 74, 1994.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades da Sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.
- BETTI, Emilio. *Interpretacion de La Ley y de Los Actos Juridicos*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1956.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1996.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999a.
- _____. *Teoria generale del derecho*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999b.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado, 1988.
- BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- _____. Teoria da decisão. *Revista do Magistrado*. Salvador: Tribunal de Justiça. n. 2, 2005.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leitura complementares de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2007.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almadina, 1998.
- _____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.
- CASTRO, Auto de. *A ideologia jusnaturalista: dos estóicos à O.N.U.* Salvador: S. A. Artes Gráficas, 1954.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CUNHA JÚNIOR Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

- DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2005.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JUS-PODIVM, 2006, v. 1.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1997.
- _____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ENGISCH, Karl. *El ambito de lo no jurídico*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1960.
- _____. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ENTERRÍA, Eduardo García. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Editorial Civital, 1986.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais – Elementos para uma dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
- FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos?* São Paulo: Max Limonad, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: fundamentos de hermenêutica filosófica*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.
- GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.
- _____. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Garantia constitucional do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

- _____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GUERRA FILHO, Willis S. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a.
- _____. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997b.
- _____. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUIBOURG, Ricardo A. et al. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Editoria Universitaria de Buenos Aires, 1996.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- HÄBERLE, Peter. The constitutional state and its reform requirements. *Ratio juris*. Oxford: Blackwell. v. 13. n. 1, 2000.
- HABERMAS, Jünger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.
- Holmes, Stephen; Sunstein, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999.
- HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Rio de Janeiro: Labor, 1976.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- _____. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.
- KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

- LACERDA, Galeno. O Código como Sistema legal de Adequação do Processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- _____. *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 1993.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México, D.F.:Universidad Iberoamericana, 2002.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia do direito natural*. Salvador: Progresso, 1957.
- _____. *Dois estudos de eidética sociológica*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1975.
- _____. *Sociología jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo. *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.
- MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MELLO, Celso Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e Instrução do Processo. *Revista de Processo*. São Paulo. a. 10. n. 37, 1985.
- MORIN, Edgar. *Para sair do século XX*. Tradução de Vera Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.
- NADAL, Fábio. *A constituição como mito: o mito como discurso legitimador da constituição*. São Paulo: Método, 2006.
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- NEVES, Marcelo C. P. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- _____. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília-DF: Senado Federal, n. 132, out/dez. 1996, pp. 321-330.
- NINO, Carlos, Santiago. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (com referencia particular a la dogmática penal)*. México: UNAM, 1974.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999.
- PARDO, Davi Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PECES-BARBA, Gregório Martínez. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2003.

- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PETRINI, João Carlos. *Pós-modernidade e família: um itinerário de compreensão*. Bauru-SP: EDUSC, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- POPPER, Karl. *O mito do contexto*. Lisboa: Edições 70, 1999.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Universidade de São Paulo, 1972.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto: Rés editora, 1989.
- ROUANET, Paulo Sérgio. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Teoria Geral do Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.
- _____. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício de experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1999.

- SICHES, Luís Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1959.
- _____. *Nueva filosofía de la interpretación de derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência – um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: Ltr, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- TORRES, Ricardo Lobro (Org). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1994.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1990.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília-DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo Civil*. 2. ed. Campinas-SP: Bookseller, 2000.

Mídia e sistema penal: influxos na mitigação dos direitos fundamentais do indiciado e na atuação dos sujeitos processuais

*Robson Cosme de Jesus Alves**

INTRODUÇÃO

O tema proposto se justifica por apresentar atualidade e relevância, considerando a interferência dos veículos midiáticos na formação da opinião pública com um discurso quase sempre buscando uma sensacionalização da realidade por meio do jornalismo investigativo. Diante disso, impõe-se a problemática de como harmonizar a liberdade de informação jornalística com as garantias penais e processuais penais do indiciado. Outro ponto a ser destacado é a influência legitimadora da mídia no debate político incentivando o expansionismo, o recrudescimento de penas, a seletividade e o simbolismo penal que tem marcado a atuação da política criminal do Congresso Nacional após a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988¹.

(*) Aluno Especial da disciplina Novos Paradigmas do Conhecimento Jurídico do Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia, ministrada pelo Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Professor do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade Tiradentes. Professor da Graduação em Direito da Faculdade Pio Décimo. E-mail: rcjalves@uol.com.br.

1. Um dos exemplos da atuação da mídia foi o forte apoio popular para a aprovação da Lei nº 8.072/90 – Lei de Crimes Hediondos. O que se deu logo após o assassinato da atriz Daniela Perez, fato que desencadeou uma intensa campanha midiática pela rigidez no cumprimento da pena. Vale lembrar inclusive que, em seu texto

Segundo Campos (2010), observa-se ainda que a partir de meados dos anos 90 do século XX até a atualidade, parte da doutrina internacional (com destaque para os Estados Unidos e a Inglaterra) sobre criminalização, segurança pública e justiça penal tem substituído a política criminal fundamentada na tradição liberal dos direitos humanos e no ideal de ressocialização do criminoso para uma política penal mais recrudescedora, expansionista e agora mais voltada para a defesa social no enfrentamento do crime. No entanto, vale ressaltar que ainda assim o funcionamento do sistema penal não perdeu as suas principais características, a saber, a seletividade e a estigmatização de seu público alvo.

Esse movimento de expansão no Direito Penal Brasileiro pode ser constatado nas leis que criminalizaram condutas, antes não criminalizáveis, em cinco normas: criminalização do racismo; lavagem e ocultação de bens; crimes ambientais; criação do código de defesa do consumidor; e a que definiu os crimes contra a ordem econômica, tributária e as relações de consumo. Em seguida, verifica-se o processo penal de emergência, também chamado de “uso simbólico do Direito Penal”, através do recrudescimento penal para determinados crimes, têm-se como exemplos as Leis de Crimes Hediondos; Leis contra o denominado “Crime Organizado”, totalizando cinco normas.

Seriam, portanto, tendências de cunho repressivo inspiradas no movimento *law and order* (CAMPOS, 2010, p. 122) ou numa política criminal de uma esquerda punitivista que ainda acredita no sistema penal, como um instrumento de afirmação de direitos fundamentais de minorias. É nesse cenário que se pretende demonstrar os influxos da mídia na vulneração dos direitos fundamentais de liberdade do indiciado ao realizar a cobertura midiática da persecução penal e o julgamento pela mídia na atuação dos sujeitos processuais.

original, a supracitada lei não permita a progressão de regime, o que foi posteriormente, em 23/02/2006, declarado inconstitucional por maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus (HC) 82959. Mais recentemente, é percebido uma intensa cobertura midiática à Operação Lava-Jato e similares como a Janus, Zelotes e Ponto Final, dentre outras nas quais a criminalidade do poder político e econômico tem sido evidenciada.

1. SISTEMA PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

A convivência social é marcada por diversos processos de adaptação social que são instrumentos usados pela coletividade para agir sobre o indivíduo, influenciando-o com os valores, as concepções e os sentimentos que integram e representam a própria cultura da sociedade em que este se encontra inserido. Nestes termos, anote-se preliminarmente que

O controle social é um processo sociológico de modelagem dos comportamentos humanos e de adequação da personalidade individual aos cânones socialmente aceitos. Trata-se, portanto, do processo de construção da dimensão social da vida humana que se desenvolve por intermédio de diversas instituições e de variadas instâncias normativas. (SOARES, 2017, p. 361)

A sociedade é erigida sobre uma estrutura em torno da qual orbitam dois grupos: um mais próximo do centro irradiador do poder e outro mais alheio, marginalizado. Em meio a essa teia de poder-marginalização, exsurtem diversas formas de controle social, traduzidas como regras de conduta impostas aos cidadãos difusa ou institucionalizadamente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 61).

Para Cervini (1995), tais regras emanam de instituições como família, escola, trabalho e igreja e são fabricadas a partir de processos seletivos e táticas de socialização que fincam uma parede de contenção garantidora da subordinação aos valores impostos à coletividade (CERVINI, 1995, p. 64). Por isso, pode-se afirmar que o controle social é moldado em conformidade com a ideologia predominante no grupo mais intimamente ligado ao poder. Vale anotar o pensamento de Mellim Filho (2010, p. 58) ao afirmar que

Inversamente do que sustenta a teoria contratualista, as leis não poderiam constituir simples produto da vontade geral de um grande agrupamento de pessoas, sem que sua elaboração fosse presidida por interesses de diversa ordem, submetidos ao jogo das relações de poder. Tais interesses, à evidência, motivam a criação das leis e estabelecem os critérios de seleção das condutas a serem classificadas como infrações penais.

Assim, considerando os conflitos sociais que ocasionem a violação de bens jurídicos penalmente relevantes, o Estado está

autorizado a intervir por meio de um mecanismo punitivo institucionalizado com o fim de definir, individualizar e reprimir o desvio penal. Dessa forma, destaque-se que o Direito é uma das principais formas de controle social e de resolução de conflitos do homem em suas relações intersubjetivas. Vale ressaltar que, historicamente, seja numa perspectiva teórica, seja numa perspectiva prática, pode-se afirmar que a sociedade humana não pode prescindir dos instrumentos de adaptação social, especialmente o Direito.

Diante disso, o objetivo das normas jurídicas penais é exatamente o de trazer para o mundo institucional um determinado número de condutas que deverão merecer controle e tratamento legal, no sentido de delimitar-lhes a própria existência enquanto fenômenos que interessam ao Estado como produtores de consequências na hipótese de sua violação (MELLIM FILHO, 2010, p. 47).

Em outras palavras, para Mellim Filho (2010) as leis penais constituem, de forma completa, ferramentas técnicas que serão utilizadas pelos operadores do Direito na tarefa de aplicação, compondo um amplo quadro de escolhas que se movimentarão em busca de criminalizações, descriminalizações, classificações e desclassificações, tendo em vista situações concretas envolvendo pessoas.

A configuração dessa seletividade no processo de criminalização de condutas busca sua fundamentação teórica no princípio da legalidade, "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", legado iluminista para o pensamento penal que se apresenta na tentativa de emprestar contornos racionais à definição dos crimes por parte das leis, como fruto de uma apregoada vontade geral da sociedade, e também à aplicação das penas pelos juízes aos autores de tais ações.

Nesse bojo, vale anotar a contraposição de Mellim Filho (2010) ao registrar que a legalidade se apresenta muito mais como um aspecto seletivo tênue de criminalização de condutas, o que fica evidenciado no fato de que

[...] o controle das classes perigosas nasce, pois, não exatamente da criação de leis por parte das classes ricas, mas de mecanismos que atravessam toda a sociedade, objetivando a reforma moral de parte dos indivíduos não pelo que efetivamente fizeram, mas pelo que eventualmente possam realizar. Para tanto, impõe-se a adoção de critérios, ainda que legais,

para avaliação e classificação dos indivíduos, o que resultará no discreto, mas sensível, esvaziamento do princípio da legalidade, símbolo maior do garantismo penal, transformado em peça retórica (MELLIM FILHO, 2010, p. 60).

Essa seletividade do sistema penal ao criminalizar as condutas primária e secundariamente fica ainda mais clara quando se observa o imbricamento entre o crime e o poder na chamada criminalidade do poder político e econômico, e assim pondera Ferrajoli (2003, p. 81-82), em tradução livre:

Aqui irei me deter na distinção de três formas de criminalidade do poder, associando-as às características da criminalidade organizada: aquela do poder claramente criminoso, aquela da criminalidade do grande poder econômico; e aquela, enfim, da criminalidade do poder público. De um lado, portanto, o poder da criminalidade, de outro lado, a criminalidade do poder, tanto econômico quanto político. Esses fenômenos criminais não são claramente distintos e separados do poder, na verdade com ele estão entrelaçados por meio de conluíus acertados, cúmplices estabelecidas e mútuas explorações; envolvendo poderes criminais, poderes econômicos e poderes políticos².

Mellin Filho (2010, p. 49) ainda alerta para o fato de que as classificações realizadas pelos legisladores caracterizam-se, assim, por um primeiro momento da seletividade penal, visto que procederão à seleção de determinadas condutas humanas, normalmente atribuíveis a certas pessoas e determinadas circunstâncias, erigindo-as à categoria de crimes, com prejuízo de outras, que permanecerão na condição de ilícitos de natureza civil.

É nesse cenário normativo que para Zaffaroni e Pierangeli (2004) o sistema penal se apresenta como um forte instrumento de

[...] controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma

2. Qui mi limiteró a distinguire tre forme di criminalità del potere, accomunate dal loro carattere di criminalità organizzata: quella dei poteri apertamente criminali; quella dei crimini dei grandi poteri economici; quella infine dei crimini dei poteri pubblici. Da un lato, dunque, i poteri criminali, dall'altro lato e crimini del potere, sia economico che politico. Non si tratta di fenomeni criminali nettamente distinti e separati, ma di mondi tra loro intrecciati, per le collusioni, fatte di complicità e di reciproca strumentalizzazione, tra poteri criminali, poteri economici e poteri istituzionali.

suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, presumindo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação (ZAFFARONI; PIERANGE-LI, 2004, p. 69).

Por isso, é papel relevante da prática judiciária especialmente na gestão do sistema penal, observar o trabalho dos operadores do Direito na construção do crime e do criminoso. Considerando que a seletividade se faz não só pelas leis penais, como também pelos dispositivos da ciência do Direito utilizados no momento da apuração de fatos classificados como criminosos e no julgamento das pessoas acusadas.

Segundo Mellim Filho (2010, p. 52) deve-se ainda levar em conta que a política criminal vincula a categoria do bem jurídico, conceito que contém, como se vê, forte carga metafísica, servindo, ainda, de baliza para a seletividade operada pelas leis penais e processuais penais sobre as condutas humanas e, também, em um segundo momento, pelas decisões judiciais que realizam a aplicações das leis. Entretanto, ainda que se entenda a política criminal como uma ciência, difícil admiti-la, de forma ideal e ingênua, e de maneira paradoxal, como expediente não político ou como saber desgarrado do poder, no qual se insere a capacidade seletiva.

Pode-se então afirmar que a força externada pelo sistema penal não tem conotação apenas repressiva, mas sobretudo conformadora, à medida em que o aparato estatal atua como reforço das demais agências de controle. Dentre elas, conforme Zaffaroni (1991, p. 24), destacam-se as chamadas agências executivas do sistema penal que consistem em segmentos institucionalizados não judiciais. Tais agências atuam de forma compartimentalizada, dispondo de armas e discursos próprios para operacionalizar sua parcela de poder. O sistema penal, então, finda por ser resultante do somatório do exercício independente desses poderes. Consequentemente, as alterações na realidade social implicam reajustamentos na forma como essa realidade é representada aos olhos do povo. Logo, o despertar de sentimentos de medo ou vingança não decorre direta e necessariamente do aumento da criminalidade, mas é forjado pelo modo como esse quadro social é retratado pelos grupos difusores.

Nesse cenário, a mídia emerge ocupando lugar de destaque dentre o elenco das supracitadas agências executivas do sistema penal. Os meios de comunicação impingem padrões de conduta de maneira mais sutil e sofisticada, uma vez que findam por escamotear uma forma de controle social sob a roupagem de entretenimento.

2. MÍDIA E SISTEMA PENAL: A MÍDIA COMO GESTORA DO ESPETÁCULO SOCIAL

As agências executivas possuem uma atuação paralela ao aparato estatal, cuja operação só é deflagrada após a interveniência “punitiva” daquelas e, portanto, quando a condenação informal e de largo alcance já se estabeleceu, levada a cabo pelo “tribunal midiático” vislumbrado como supostamente mais eficiente e atuante que o convencional, a cargo das agências que mobilizam o *jus puniendi* do Estado.

Acrescenta Zaffaroni (1991, p. 126) que em regra, as agências judiciais furtam-se ao enfretamento com as agências não-judiciais a fim de não terem de se imiscuir em discussões políticas e disputas de poder. Considerado o princípio da inércia, segundo o qual o Judiciário, para atuar, deve ser movimentado por alguém, tal postura se afigura deveras compreensível, haja vista que as demais agências lançam sua influência no dia a dia com a simples convivência social (ninguém precisa “provocar” a mídia para se deparar com as informações por ela veiculadas).

Assim, o aparato midiático exerce papel de destaque no processo de executivização do sistema penal. Essa ingerência é descrita por Zaffaroni (1991, p. 126):

Quando as agências não judiciais notam que seu poder vai minguando ou percebem esta ameaça, por causa de alguma reforma ou tentativa de reforma legal ou jurisprudencial, imediatamente o aparelho de propaganda do sistema penal – os meios de comunicação em massa – lançam uma campanha de “lei e ordem”, cujo objetivo não é outro senão atemorizar a população e provocar um protesto público para pressionar as agências políticas ou judiciais e assim deter a ameaça a seu poder (entendendo-se sempre por tal capacidade para obter rendimentos ilícitos).

O culto a um tecnicismo exacerbado e o uso de uma linguagem intrincada que ainda sobrevivem no âmbito do Judiciário cria um hiato entre esta instituição e o homem comum. Com explicações aliageiradas e deduções simplistas sobre os “fatos criminosos”, a mídia avança na assunção do papel de verdadeiro “tribunal popular”, reforçando sua atuação como mecanismo legitimante dos interesses burgueses de controle social.

A interferência midiática na vertente penal do Poder Judiciário incute na população uma “histeria punitiva” causada pela dramaticidade impingida ao modo de exposição de ato delitogênicos, concitando o movimento de Lei e Ordem, caracterizado pela imposição de penas gravosas através de leis severas como única forma de intimidar e neutralizar os criminosos e, por consequência, conter a criminalidade.

Isso se dá com a ampla publicidade de fatos – ao menos a prior – penalmente censuráveis, levada a cabo com uma conotação novelesca. Os cidadãos associam qualquer tipo de violência à existência de crime, vaticinando como culpado aquele que ainda é mero suspeito. Com isso, cria-se a ilusão de que todas as mazelas sociais podem ser resolvidas através da atuação açodada e intransigente dos órgãos judiciais de natureza criminal, e as esperanças de melhora são inteiramente depositadas na execração do acusado.

Nesse toar, estabelecem-se estereótipos maniqueístas que levam amplos setores da sociedade a divisar um embate entre um bem a ser granjeado e um mal a ser extirpado. Consectariamente, para apaziguar o clamor social, levanta-se a bandeira de um Direito Penal casuístico, simbólico e potencialmente opressor. Para Batista (2002, 274), cria-se o “dogma da criminalização provedora”, ou seja, a crença infundida na coletividade de que a solução dos problemas sociais está em criminalizar condutas.

Nesse sentido afirma Karan (1993, p. 195) que semelhante panorama permite transpor para o âmbito do Direito Penal a ideia de propaganda enganosa tão difundida na esfera do Direito do Consumidor. Nessa seara, entende-se por enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza,

características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços³.

Ora, é patente que a mídia veicula a criminalização de condutas e a atuação irascível do sistema penal como o produto apto a proporcionar segurança e tranquilidade social. Todavia, esse raciocínio deveras simplista está, em verdade, imbuído do escopo de focalizar a vigília da opinião pública em fatos isolados e, conseqüentemente, encobrir ou justificar problemas sociais, crises políticas e dissabores econômicos. Trata-se, pois, de uma indução a erro do “consumidor” (rubrica sobre a qual se abarcam vítimas e espectadores) do sistema penal.

Não se pode objetar que essa atividade “publicitária” efetivada pela mídia, ao “vender” o sistema penal como solução das agruras que afligem a sociedade, relega ao Poder Judiciário um papel de protagonismo mais restrito no que tange à seleção de casos e indivíduos (supostamente) transgressores a serem penalmente sancionados.

Esse obstáculo ao exercício da função jurisdicional foi diagnosticado por Zaffaroni (1991, p. 206-207) quando destaca a violência ínsita ao sistema penal:

Observa-se que o conflito já chega à agência judicial com um grau considerável de violência praticada ou a ele incorporada, graças à atuação de agências não-judiciais que intervieram previamente de forma seletiva. Por conseguinte, toda intervenção do sistema penal é violenta (pelo menos por sua seletividade, sem falar em outras características bem mais marcantes) e, nos poucos casos submetidos à apreciação da agência judicial, a única coisa que ela pode fazer é controlar a violência, jamais suprimi-la, dado que a mesma já chega, em boa parte, consumada.

Imerso nessa conjuntura, o magistrado pode por um lado exercer seu ofício julgador a serviço das agências não-judiciais, interpretando o Direito de modo a legitimar a atuação e atender aos interesses dos detentores do poder, como forma de referendar os anseios da “opinião pública”.

3. Código de Defesa do Consumidor, art. 37, § 1º.

Por outro ângulo, tem o julgador a possibilidade de se manter firme no seu discurso jurídico e não se curvar aos poderes das agências executivas, aplicando o Direito de forma a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, pode arrostar o clamor social e correr o risco de despertar a antipatia do senso comum, porém privilegiando a independência do Judiciário e a observância às garantias fundamentais penais e processuais penais. Neste sentido, os princípios constitucionais do processo

[...] visam proteger os indivíduos contra possíveis arbitrariedades cometidas pelo Estado. Assim, constituem verdadeiras garantias processuais que limitam a atuação estatal, tanto na esfera legislativa, eis que o legislador ordinário não poderá criar normas violadoras dessas prerrogativas quanto judicial e administrativa, eis que os julgadores devem obediências a esses princípios (JESUS, 2016, p. 98-99).

Dessa forma, partindo do garantismo penal, enquanto teoria normativista do Direito, que serve de métrica para aferir ao quão mais ou menos democrático é o ordenamento jurídico brasileiro, cabe esclarecer que o sistema de garantias penais e processuais penais da forma que está desenhado na Constituição Federal do Brasil e na legislação penal e processual penal por si só não garante nada. É preciso que haja um compromisso institucional dos poderes constituídos com a pauta dos direitos fundamentais, um amadurecimento democrático da sociedade civil para se apropriar e lutar pela efetividade dessas garantias. Consequentemente, tem-se com isso a legitimação externa do sistema penal em conformidade com as opções políticas estruturantes que constam na Carta Política. Cabe destacar o modelo de constitucionalismo adotado como premissa do presente artigo, bem como apresentar as distinções traçados por Ferrajoli (2012, p. 24):

Distinguirei, portanto, três significados de constitucionalismo positivista ou garantista: como modelo ou tipo de sistema jurídico, como teoria do direito e como filosofia política. Como modelo de direito, o constitucionalismo garantista se caracteriza, em relação ao modelo paleo-juspositivista, pela positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. Por isso, configura-se como um sistema de limites e de vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional

de constitucionalidade sobre o seu exercício: de limites impostos para a garantia do princípio da igualdade e dos direitos de liberdade, cujas violações por comissão dão lugar a antinomias, isto é, a leis inválidas que devem ser anuladas através da jurisdição constitucional; de vínculos impostos, essencialmente, para a garantia dos direitos sociais, cujos descumprimentos por omissão resultam em lacunas que exigem o preenchimento mediante a intervenção legislativa.

No entanto, no mundo dos fatos se impõe a tensão que envolve o liame entre mídia e sistema penal, que, por vezes, interfere de forma decisiva no *jus puniendi* estatal operacionalizando através de procedimentos administrativos e judiciais. Cabe ressaltar que a opinião pública não representa o somatório de juízos individuais. Com efeito, o ideário que rege a população está diluído numa relação grupal gerenciada por um grupo dominante que tem na mídia seu maior protagonista. Neste sentido, pondera Habermas (1984, p. 208):

O atributo de “ser público” só é conquistado por uma tal opinião através de sua correlação com processos grupais. A tentativa de definir a opinião pública como “*colection of individual opinions*” é logo corrigida mediante a análise de relações grupais: “*we need concepts of what is both fundamental or deep and also common to a group*”. É considerada “pública” a opinião de um grupo quando ela subjetivamente se impôs como a opinião dominante: o membro individual do grupo tem uma (provavelmente errônea) concepção quanto à importância da sua opinião e do seu comportamento, ou seja, de quantos dos demais membros, e quais deles, partilham ou rejeitam o hábito ou a perspectiva por ele definida.

O interesse particular é disseminado pela imprensa com a roupagem de interesse social e, sob essa máscara, é sorvido e incorporado pela massa populacional como anseio coletivo. A cegueira crítica que acomete a audiência tem o condão de encobrir uma opinião pública imposta verticalmente e esboçada através de uma metonímia, vez que a parte (ideologia burguesa) é disseminada como se todo (ideário coletivo) fosse.

Em meio a esse quadro, o papel da mídia é intermediar os diversos grupos sociais através de um fluxo unilateral de informações que margeia o debate público. Em outras palavras, os meios de comunicação travam com a massa populacional um verdadeiro monólogo

– vez que não há propriamente uma troca de mensagens entre os dois pólos – que passa ao largo dos raros focos de diálogo existentes na sociedade. Essa prática tem o fito de obstar qualquer subversão na ordem posta, solidificando o controle social em voga.

Semelhante engrenagem é azeitada através de uma utilização estratégica do processo comunicativo, pressupondo a existência de dois personagens: o emissor e o receptor. A postura daquele influencia de modo determinante a inteligência deste.

Os órgãos midiáticos transmitem uma mensagem codificada, que tem maior ou menor aclamação a depender da credibilidade e dos recursos materiais do veículo. Além disso, a concepção da opinião pública nos moldes anteriormente declinados constitui um arremedo de democracia, porquanto dá azo à quimera de que o público é considerado, quando, em verdade, as pessoas são adestradas para convergirem ao mesmo ponto, raciocinarem da mesma maneira e compartilharem as mesmas emoções.

Verifica-se, pois, que a opinião pública reflete, na verdade, uma opinião publicada pelos *mass media*. Esse fenômeno se faz sentir, de modo especial, nos sítios do sistema penal, em que a opinião pública representa um poder determinante na definição da política criminal. Para isso, os meios de comunicação de massa lançam mão de artifícios com o escopo de despertar sentimentos de medo e insegurança na sociedade, fundamentando, conseqüentemente, discursos justificadores do incremento do recurso ao sistema penal.

A opinião pública (leia-se *publicada*) finca as balizas de uma realidade virtual, que manietta a atuação do Judiciário Criminal. A estereotipagem de criminosos rotula os supostos infratores da lei penal do modo mais conveniente aos comandantes do conglomerado midiático, propositalmente ignorando, por exemplo, delinqüentes de colarinho branco. Ou quando não ignoram adotam alguns poucos para servirem de bodes expiatórios e relegitimar o sistema penal como a forma primeira de enfrentamento da criminalidade.

A ação da imprensa, nesse sentido, constitui uma ameaça às garantias fundamentais do indivíduo sobre quem vai recair a persecução penal, que, ao ter sua imagem e sua honra publicamente devassadas, é submetido de maneira precoce a um tribunal onde não tramitam processos e não se franqueiam defesas, havendo apenas um veredicto possível: condenação moral e social.

3. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

A imprensa, ao abordar fatos sobre os quais incide a persecução penal estatal com sensacionalismo, forja uma opinião pública que, sem apreender a complexidade e alcance dos fatos delitôgenos, passa a interpretá-los a partir de uma visão maniqueísta e por demais simplificadora, findando por interferir no funcionamento do Judiciário. Semelhante postura não só repercute no desenrolar da marcha processual como também enraíza pré-juízos, de forma indelével, nos sujeitos constitucionalmente incumbidos de movimentar o processo penal.

Nesse ínterim, o *locus* de discussão da causa, que deveria estar adstrito aos debates públicos entre as partes, transcende os muros da Justiça e aporta no perímetro midiático que, despido de garantias ao acusado – parte sabidamente mais vulnerável na relação processual penal, em regra –, acaba revelando uma conotação autoritária.

O frenesi desencadeado pelos meios de comunicação envolve a sociedade como um todo e os atores processuais em particular, os quais, atraídos pelas luzes da televisão e *flashes* das câmaras fotográficas, divulgam juízos precipitados acerca das circunstâncias que permeiam a infração penal. Para Lopes Jr (2006, p. 198),

Não são poucos os que, estimulados pela vaidade, fazem clamorosas e ao mesmo tempo precipitadas declarações em público e aos meios de comunicação, fomentando a estigmatização do sujeito passivo e prejudicando seriamente a administração e o funcionamento da Justiça. Inclusive, o prejuízo causado é proporcional ao *status* e à credibilidade dessas pessoas e à função que desempenham.

Antes mesmo da instauração de uma ação penal, a ingerência midiática se faz sentir na atuação dos delegados de polícia. Não é incomum que algumas autoridades policiais, movidas pela vaidade e seduzidas pelos holofotes, levem a cabo investigações açodadas, negligenciando a complexidade dos casos a serem desvendados.

Nesse diapasão, desenrola-se uma simbiose implícita entre mídia e polícia resumida na frase de Ceneviva (2003, p. 19), a saber, “tu me dás a notícia exclusiva e eu te dou cobertura e publicidade pessoal”. Assim, os delegados exibem cuidadosamente os objetos

apreendidos e, ao prender suspeitos, cuidam para que os repórteres, fotógrafos e cinegrafistas obtenham o melhor ângulo. Quanto maior o rigor no trato com os investigados, maior a exploração midiática e maior a aprovação da coletividade.

Semelhante atmosfera não fica restrita às repartições policiais, mas contamina também o Ministério Público, órgão responsável por deflagrar a persecução criminal, por vezes impelida tão-somente pelo clamor social (e não pela robustez dos indícios probatórios colacionados no inquérito).

No entanto, a análise da influência da mídia no ânimo do julgador revela-se o ponto mais palpitante da presente reflexão, haja vista que é o juiz, seja ele leigo ou togado, quem vai deliberar o destino do acusado.

É cediço que a justiça é retratada como uma balança de dois pratos, cujo equilíbrio deve ser buscado pelo Direito através da atuação do magistrado. Tal estabilidade demanda a atuação imparcial do magistrado que, ao empreender uma análise desapaixonada, poderá atingir mais facilmente uma solução justa, propugnada como o fim precípua do Direito.

Um processo penal garantista, tal qual preconizado pela Constituição Federal de 1988, reclama que o juiz assuma, em relação às partes, a posição de terceiro observador, despindo-se de um estado anímico que tenha força de comprometer a isenção que deve caracterizar seu ofício. Isso não quer dizer que o magistrado deva ser uma pessoa neutra, até porque não há neutralidade ideológica. Todo ser humano possui um arcabouço axiológico do qual não pode arredar, sob pena de se tornar um ser amorfo, apático. Em verdade, o que o juiz não pode é deixar que suas idiossincrasias, mundivisões e preconceitos embacem a apreensão dos fatos, para que suas decisões sejam empírica e juridicamente sustentadas.

Não obstante, é irrefragável a natureza humana do magistrado. E, como ser humano, o juiz não está imune aos achaques da imprensa, que, ao expor de modo reiterado e deturpado incidentes que ainda serão levados ao crivo do Poder Judiciário, contaminam o inconsciente do julgador com pré-juízos, comprometendo de forma temerária o livre convencimento motivado.

Cabe ao juiz, portanto, não se render ao estrépito midiático e, se necessário for, contrariar as expectativas da opinião pública, porquanto o magistrado está jungido à verdade processual, e não aos anseios da maioria.

Não só as partes têm direito à liberdade de defesa de suas teses, como também o juiz deve estar livre da clausura imposta pelas “decisões simplistas” tomadas no bojo de um “processo penal jornalístico” que tramita em paralelo ao processo judicial. Assim, corrobora Tucci (1997, p. 15) que se pode afirmar que “se as decisões judiciais viessem ao sabor de maremotos emocionais que fazem tremer a opinião pública, elas não contribuiriam para a pacificação social, pelo contrário, acirrariam o litígio”.

Por conseguinte, é preferível uma sentença justa e impopular à comodidade de uma decisão demagógica. Por outro lado, mesmo que seja possível reconhecer o potencial impacto psicológico causado no julgador pelos meios massivos de comunicação, não se pode olvidar que semelhante interferência pode ser controlada com o imperativo de motivação das decisões.

A Constituição Federal determina que os juízes explicitem o *iter* racional e jurídico percorrido para impor uma sanção penal, a fim de que se constate, eventualmente, o ponto do caminho em que este se perdeu⁴. Outrossim, segundo Ferrajoli (2006, p. 573-574), o dever de motivação é visto como uma importante garantia do acusado, pois as decisões devidamente justificadas apresentam flancos de refutabilidade, permitindo a revisão por instâncias superiores. Já Schreiber (2008, p. 219) alerta que ainda neste dever do magistrado a obrigação de motivar as decisões é vislumbrada como um antídoto contra o voluntarismo, e, conseqüentemente, um poderoso instrumento para assegurar o devido processo legal.

Impende sublinhar, ademais, que é dever ético do magistrado silenciar sobre os casos submetidos à sua apreciação enquanto

4. Vide o art. 93 da CF: “Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

pendentes de julgamento, sendo vedada a indiscrição perante as câmeras da imprensa, nos termos do art. 36, III da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº 35/79)⁵

Ora, se os juízes togados – tecnicamente qualificados – por vezes se deixam contaminar pelas impressões veiculadas pela imprensa, os jurados – ditos “juízes leigos” – são muito mais permeáveis ao clamor midiático. São diversos os fatores que contribuem para tornar os jurados mais vulneráveis ao “*trial by media*”, dentre os quais podem ser destacados: a superficialidade do contato com o acervo probatório inserido nos autos, a falta de prerrogativas que assegurem – tal qual ao juiz togado – imparcialidade e independência no julgamento, a dispensabilidade de motivação das decisões tomadas.

A práxis forense demonstra que é rara a cena de um jurado, em meio a um Tribunal do Júri, compulsar os autos com o fito de examinar as provas ali coligidas. Ao revés, os juízes de fato findam por cotejar os testemunhos e os debates orais das partes ocorridos em plenário a partir de uma ideologia formada com a influência das circunstâncias retratadas pela imprensa.

As versões midiáticas sobre fatos delitivos, vale constar, são concebidas mediante a desfiguração de indícios superficialmente colacionados pela polícia. Assim, que os jurados têm em mente – haja vista ter sido propalado pelos meios de comunicação – são os elementos reunidos no inquérito policial sem o tempero do contraditório e da ampla defesa.

Por conseguinte, é de bom alvitre que o magistrado que preside o Tribunal do Júri não admita a apresentação de matéria jornalística que possa trazer prejuízo ao réu, haja vista que a “verdade” da mídia nem sempre se harmoniza com a verdade do processo, o que compromete a concretização do devido processo legal (SCHREIBER, 2008, p. 391). Some-se a isso o fato dos juízes leigos não serem obrigados a explicitar os motivos de suas decisões, o que, aliado ao princípio da soberania dos veredictos, não só impede a reavaliação material

5. Art. 36. É vedado ao magistrado: [...] III – manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

das provas coligidas ao longo do processo a não ser por um novo júri, como também obsta a aferição da imparcialidade dos jurados.

Afinal, sob o âmbito do ordenamento jurídico brasileiro é de extrema dificuldade prática se exigir de um cidadão comum que aprecie um ato delitífero de acordo com sua consciência e os ditames da justiça se tais ingredientes já foram inexoravelmente contaminados por informações tendenciosas e convicções pessoais dos jornalistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há parâmetros preestabelecidos e absolutos para o equationamento da relação mídia e sistema penal. É imperioso que a comunidade jurídica comece a refletir sobre a ingerência dos meios de comunicação no funcionamento do sistema de Justiça criminal, a fim de identificar os problemas que hodiernamente fragilizam o Estado Democrático de Direito num viés de recrudescimento da sanha punitiva estatal.

A mídia, assim como o sistema penal, constitui uma forma de controle social institucionalizado. Em face do hiato existente entre o Judiciário e o homem comum, os veículos midiáticos assumem a função de decodificar a linguagem técnico-jurídica e, no exercício desse mister, findam por se travestir num verdadeiro tribunal popular.

A relação estreita cultivada pelos meios de comunicação e seu público repercute na formação da opinião pública. A partir do momento em que a imprensa passa a figurar como um grupo de referência, a população passa a haurir sua visão de mundo das reportagens e críticas jornalísticas. Não há, em verdade, uma opinião pública delineada mediante um intercâmbio comunicativo, mas imposta verticalmente pelos órgãos midiáticos: a opinião pública cede lugar à opinião *publicada*.

O Judiciário, sobretudo no âmbito penal, revelou-se um campo fértil para o desenvolvimento dos espetáculos midiáticos. Trata-se, porém, de uma conjuntura perigosa, pois a retratação de fatos delitivos numa atmosfera de dramaticidade tem o condão de transformar o mero suspeito em criminoso condenado aos olhos da sociedade.

Por um lado, a liberdade de informação jornalística é princípio inarredável de um Estado que se pretende democrático, pois, ao

tornar transparente a atuação dos órgãos estatais, permite o engendramento de uma sociedade participativa. Donde, deve ser arreada qualquer tentativa de estabelecer uma censura às atividades dos meios de comunicação.

Porém, sob outro prisma, urge reconhecer que a desmesurada cobertura jornalística sobre um fato penalmente acoiável pode acarretar graves danos aos direitos da personalidade da pessoa exposta como suspeita. Se os pormenores do incidente delitífero não forem narrados de maneira responsável, corre-se o risco de atingir a intimidade, a honra e a imagem do indivíduo investigado ou processado, num flagrante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É evidente que os direitos fundamentais do acusado, embora gravados pela Constituição como cláusula pétrea, não se revestem de caráter absoluto. Não se pode obstar, por exemplo, que os veículos midiáticos divulguem uma entrevista com o suposto autor delitivo com a devida autorização deste. Todavia, não se pode permitir que a edição das matérias acabe por deturpar o fato ou a declaração granjeada.

Constata-se que a relação da mídia com o sistema penal acarreta, por vezes, um conflito entre direitos de matriz constitucional. Para dirimir a tensão, há de se procurar um ponto de equilíbrio, devendo ser invocado o interesse público como variável norteadora da aferição da conveniência em divulgar determinada notícia. Viu-se ainda que a ingerência espetacularizada da mídia nos acontecimentos levados ao crivo do Judiciário desperta na sociedade uma sanha vingativa. Tais sentimentos evoluem para uma pressão social a que o Estado responde com o recrudescimento das penas e a criminalização de condutas. Passa a se operacionalizar um direito penal simbólico, cujo desiderato é dar uma resposta à comunidade. Entretanto, é operada uma verdadeira banalização do Direito Penal, haja vista que essas soluções simplistas não conseguem otimizar o funcionamento do sistema repressivo.

Outro fator que causa altercação entre mídia e Poder Judiciário é a discrepância da velocidade que os caracteriza. Enquanto os meios de comunicação trabalham com o conceito de imediatidade, no qual a notícia tem de ser ofertada para consumo fácil e rápido

– obstacularizando a checagem das informações veiculadas –, o sistema judicial deve funcionar com ponderação, instruindo o processo cuidadosamente e franqueando às partes o exercício do contraditório.

Como conseqüência desse choque, é esboçado um direito penal de emergência, produzido de forma açodada e urgente como resposta à demanda social punitiva. Ademais, a transposição do ritmo frenético da mídia para o ambiente do Judiciário pode ocasionar o atropelamento das garantias processuais do indiciado. Já no âmbito da ação penal, a publicidade opressiva do caso finda por rotular o réu ainda não condenado. A campanha midiática nesse sentido acarreta um verdadeiro linchamento moral do processado e dá azo ao fenômeno do *trial by media*, instaurando um julgamento paralelo pela mídia.

A transposição do julgamento para o âmbito dos meios de comunicação acaba por ferir outros princípios processuais, a exemplo da igualdade entre as partes, ampla defesa, contraditório e presunção de inocência. Ademais, o clamor público infundido pela imprensa tem o condão de deturpar os requisitos necessários à decretação de prisões cautelares.

Por fim, os sujeitos processuais também são afetados pela atuação dos órgãos de imprensa. Delegados e promotores de justiça, por vezes, atuam sem observância aos estritos ditames legais em sobrelevo da notoriedade social. A exposição passional dos atos delitôgenos, outrossim, contamina o julgador e acaba furtando-lhe a imparcialidade que deveria reger seu ofício judicante, mormente quando se trata de processo cujo veredicto é prolatado pelo Conselho de Sentença. Assim, a solução para essa colisão de valores constitucionais deverá ser buscada no sopesamento de princípios diante do caso concreto para que o julgador apresente uma solução mais afinada com os ideais de justiça.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: Uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.
- CENEVIVA, Walter. In: SEGISMUNDO, Fernando (Coord.). Dois “ismos” perigosos: denunciamento e sensacionalismo. *Revista CEJ*, Brasília, nº 20, p. 17-22,

- jan-mar, 2003. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero20/artigo3.pdf>, acesso em 29/08/2017
- CERVINI, Raúl. *Os Processos de Descriminalização*. 2 ed. Trad. Eliane Granja. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Criminalità e Globalizzazione*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 42, pp. 79-89, jan/mar, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: Investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. 2 ed. Niterói: LUAM, 1993.
- JESUS, Luciana Mirella Lacerda. *Os âmbitos de proteção dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. IN: SOARES, Ricardo Maurício Freire; BATISTA NETO, Antônio Rosalvo (Orgs.). *O Direito em Transição*. Salvador: Dois de Julho, 2016.
- LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.
- ROSA, Alexandre Morais da; NETO, Alfredo Copetti; TRINDADE, André Karam; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Mauricio; STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; CADEMARTORI, Sérgio. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre : Livrada do Advogado, 2012.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SCHREIBER, Simone. *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. São Paulo: Renovar, 2008.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Liberdade, opinião pública e independência do juiz*. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 59, out, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A justiça restaurativa como um caminho democrático frente à crise paradigmática do sistema punitivo

*Samyle Regina Matos Oliveira **

INTRODUÇÃO

A Justiça Restaurativa também conhecida como “justiça restauradora”, “justiça reparadora” e “justiça reconstitutiva” pode ser definida como um modelo restaurativo que modifica procedimentos e culturas institucionais, assim como defende que a responsabilidade pelo ato lesivo e a obrigação de corrigi-lo devem ser assumidas pelo ofensor, que assim deixaria de ser um criminoso estigmatizado para se tornar protagonista de um processo restaurativo de participação comunitária (ZEHR, 2008). No entanto, há autores como Garapon (2001, p.250) que preferem utilizar o vocábulo “reconstitutiva”, isso porque o adjetivo “restaurativo” ou “restauradora” sugere a ideia de um retorno ao idêntico, ao anterior, que não se adequa com essa nova proposta de justiça.

Enfim, apesar dessa observação quanto ao vocábulo, o termo utilizado no presente trabalho e também o mais conhecido é: “Justiça Restaurativa”. Sendo assim, é importante destacar que esse novo modelo de justiça atende ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, essencial à afirmação de um Estado Democrático de Direito e conseqüentemente, se contrapõe à visível falência estrutural do modelo convencional do sistema punitivo hodierno.

(*) Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa do Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduada no curso de Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professora do curso de Direito da Universidade Tiradentes (UNIT). Advogada. E-mail: samyle.adv@gmail.com.

Com efeito, este trabalho é norteado pela seguinte questão: por que a justiça restaurativa representa um novo paradigma da justiça criminal? E, para responder a esta pergunta, o trabalho analisa as bases filosóficas que influenciam esse novo modelo de justiça, desde o pensamento democrático até a própria concepção de “outridade” e “alteridade”. Em segundo lugar, busca apontar a relação entre a democracia deliberativa com o fundamento político da “jusrisconstrução”.

Ademais, o tema deste trabalho ainda deve bastante explorado na seara jurídica em razão da necessidade de uma transformação da consciência do litígio em direção à resolução do conflito criminal por meio do discurso orientado ao consenso. Percebe-se, no Brasil, que os tribunais da região Sul do país atingiram o melhor percentual de cumprimento da meta 8 do Conselho Nacional de Justiça voltada a implementação da Justiça Restaurativa (90,48%), seguido pela região Centro-Oeste (89,29%), Norte (66,67%) e Sudeste (42%). No entanto, a região Nordeste atingiu o menor percentual em relação às demais regiões, correspondente a 19,5% (CNJ, 2016). Tais dados são relevantes para que se possa compreender as dificuldades e/ou resistências enfrentadas, sobretudo, nos tribunais da região nordeste no que diz respeito à implementação da Justiça Restaurativa.

1. REFLEXÕES SOBRE AS INFLUÊNCIAS FILOSÓFICAS NA CONSTRUÇÃO DO MODELO RESTAURATIVO

Sabe-se que o conjunto de práticas restaurativas reforçam a aplicação de princípios constitucionais e processuais e caminham em consonância com a garantia dos direitos fundamentais das partes envolvidas no crime (vítima e o autor). Mas é importante frisar que essas características partem da influência, sobretudo, de princípios e valores restaurativos das bases filosóficas nas quais estão sustentados.

Nesse sentido, merece destaque o princípio da alteridade de Emanuel Lévinas (2004), o princípio da fraternidade que tenha correspondência num princípio de justiça como propõe Rawls (2000) e mesmo a ideia de “solidariedade” e de princípios democráticos na perspectiva de Habermas (1997). Com efeito, em relação a este último, é dada uma maior ênfase, pelo fato de conceber a esfera pública

como forma possível de solução comunicativa de conflitos capaz de gerar “solidariedade entre estranhos” (Habermas *apud* Tiveron, 2014, p.168).

1.1. O princípio da “alteridade”

É possível identificar que Lévinas (2004) fornece para a justiça restaurativa uma filosofia existencial a partir da experiência ética do encontro com o outro, a qual auxilia na compreensão do impacto e do efeito transformativo de atitudes sobre os participantes do procedimento de justiça restaurativo. O referido autor explicita que “a orientação da consciência sobre o ser na perseverança ontológica ou no seu ser para a morte, em que a consciência está segura de ir ao extremo – tudo isto é interrompido frente ao rosto do outro homem” (LÉVINAS, 2004, p.196). Assim:

A dinâmica restaurativa e o seu potencial para comunicar o impacto do comportamento ofensivo sobre formas de sua administração (Habermas), para promover o reconhecimento intersubjetivo recíproco das partes em conflito, a aceitação da outridade (Honnet) e reconhecer a humanidade presente no outro, assumindo responsabilidades por ele (Lévinas) (TIVERON, 2014, p.166).

A ética da alteridade funda-se na fenomenologia do Rosto, na simplicidade do encontro, na responsabilidade por outrem e na não-indiferença ao Outro. Decorre desta que “a consciência ética nasce do encontro entre viventes, entre entes vivos, na medida da opção de respeitar outrem como ser absoluto e não suscetível de redução de um conceito” (CARDOSO NETO, 2016, p. 63). A justiça constitui, assim, uma exigência de responsabilidades infinitas por todos os desejos, independentemente de quem os possua. Essa responsabilidade do “Eu” pelo “Outro” é a própria alteridade.

Desse forma, considerando que a participação do ofendido no encontro restaurativo deve ser voluntária e espontânea, ou seja, com o seu consentimento, não há que se falar em qualquer coação. Porém, diante disso, existe um dilema ético que implica na aceitação ou na recusa de alguma das partes em integrarem um encontro restaurativo (CARDOSO NETO, 2016, p. 63).

No desenvolvimento do encontro restaurativo o foco do diálogo não é no conflito, mas em como a relação poderá ser refeita. Para Lévinas (2004), é na relação com o outro, na comunicação com ele que é possível criar a consciência moral dos sujeitos. Então, a responsabilidade que é a “excelência da proximidade ética na sua sociabilidade, no seu amor sem concupiscência” (LÉVINAS, 2004, p.197; CARDOSO NETO, 2016, p.59).

Outra importante contribuição no que tange ao princípio da alteridade foi dada pelo mentor da “filosofia da libertação”, Enrique Dussel (DUSSEL, 1995, p.19), para quem é no “ato de justiça” para com o outro que o “nosso próprio Eu” se autocompreende, reflexivamente, como um valor. Ou seja, a preocupação não é com a afirmação de si, mas sim com o sofrimento daqueles que estão sofrendo e a resposta dada a esse sofrimento passa por uma conscientização ética.

Percebe-se, portanto, que Dussel “assente com Lévinas e sua ética da alteridade quando coloca o outro como origem e raiz da afirmação do eu próprio” (CARDOSO NETO, 2016, p. 61). Em outras palavras:

[...] o *outro* se mostra ou aparece como uma revelação (*epifania*), como quem provoca e exige justiça. Este outro é o outro sexuado, o outro discriminado, o outro político, o outro estrangeiro, etc. O outro *diferente* que me obriga a novas atitudes e reflexões” (DUSSEL, 1997 *apud* SADALA, 1999, p.357).

Nesse contexto, a alteridade pode ser entendida como o princípio capaz de gerar a aproximação dos sujeitos das questões políticas, éticas e morais, como bem salientou Sadala (1999, p.357). “É diante do *outro* que sou chamado para essas questões. Então é diante do *outro* que se constituem as questões éticas e morais”.

Percebe-se, portanto, que a tradição retributiva em nada se confunde com o paradigma filosófico estruturado a partir da “alteridade”. Enquanto o “Outro” era estigmatizado e tratado como criminoso na tradição retributiva, sendo, então, um mero conceito, no paradigma restaurativo, ele assume um papel de protagonista e pode, inclusive, compreender as razões pelas qual veio a cometer o delito e descobrir a melhor forma repará-lo. Consequentemente, surge uma possibilidade de restaurar uma relação que se iniciou conflituosa.

Além do princípio da alteridade, também são discutidos como valores inerentes a Justiça Restaurativa, os princípios da “fraternidade” e da “solidariedade”, assim como os ideais democráticos.

1.2. O princípio da “fraternidade” e da “solidariedade”

A atenção dada pela justiça restaurativa ao pensamento de Rawls (2001, p.98-99)¹ diz respeito às suas afirmações acerca do princípio da *fraternidade*, segundo o qual, “é vista como um conceito menos especificamente político, que não define em si qualquer dos direitos democráticos, mas que transmite certas atitudes de espíritos e formas de conduta [...]”. Acrescenta, ainda, que a fraternidade implica um sentido de amizade cívica e de solidariedade social. Em outras palavras, o autor relaciona o sentimento de fraternidade com o de solidariedade social.

Nessa linha, Cardoso Neto (2016, p. 69) aponta as diversas conexões entre o princípio da fraternidade e a Justiça Restaurativa, desde a previsão de um constitucionalismo fraternal na Constituição Federal de 1988 até a finalidade de pacificação social e reconstrução de laços desfeitos pela prática do ato delituoso.

Ou seja, os ideais da Justiça Restaurativa refletem a busca pela *fraternidade*, o qual, pode ser definido como valor-princípio autenticamente cristão além de intrinsecamente imbricado à corrente do pensamento humanista, ou ainda, como uma categoria jurídico-constitucional, em razão de estar presente no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 (MACHADO, 2014, p.91).

Outro autor que discute sobre a fraternidade e a comunidade política é Ronald Dworkin (1999, p. 249-250), e, segundo ele, a melhor defesa da legitimidade política – o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade – vai ser encontrada no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes. Nesse sentido:

1. O “princípio da fraternidade constitui critério realista”, não tendo que se centrar em “laços de sentimentos e afeto” que não é crível “entre membros de uma sociedade alargada” (SANTOS, 2014, p.243).

Como a família, a amizade e outras formas de associação mais íntimas e locais, a associação política contém a obrigação em seu cerne. O fato de que a maioria das pessoas não escolhe suas comunidades políticas, mas já nasce nela ou é para ela levada ainda na infância não configura uma objeção a essa afirmação. Se dispusermos as comunidades fraternais familiares ao longo de um espectro que vai da plena escolha à ausência de escolha no que diz respeito a ser membro delas, veremos que as comunidades políticas ocupam uma posição mais ou menos intermediária. As obrigações políticas são menos involuntárias do que muitas obrigações familiares, pois as comunidades políticas permitem que as pessoas emigrem, e embora o valor prático de tal escolha seja em geral muito reduzido, a escolha em si é importante, como sabemos ao observar tiranias que a negam. Assim, as pessoas que pertencem a comunidades políticas básicas têm obrigações políticas, desde que sejam atendidas as outras condições necessárias às obrigações de fraternidade – devidamente definidas para uma comunidade política (DWORKIN, 1999, p. 249-250).

Há quem aponte os limites entre a solidariedade e a fraternidade. De acordo com Baggio (2008, p22-23 *apud* Cardoso Neto, 2008, p.66-67), a solidariedade implica em uma relação vertical, que vai do mais forte ao mais fraco, enquanto a fraternidade está relacionada a uma relação horizontal, ajuda recíproca com divisão de bens e poderes. Por essa razão, atualmente, discute-se cada vez mais a ideia de solidariedade horizontal, desenvolvida por meio dos movimentos sociais.

À parte essas especificidades e à luz da Justiça Restaurativa, tais princípios, ajudam a compreender o processo de reparação do mal à vítima, assim como de restauração dessas relações, isso porque dentro de uma perspectiva restaurativa, o crime provoca “uma ferida nas pessoas” (CARDOSO NETO, 2014, p. 69). E a “cura” dessas feridas é o principal objetivo das experiências restaurativas pelo mundo.

Sendo assim, é possível dizer que existem “muitas práticas a procura de uma teoria”, para usar os termos de Cláudia Cruz Santos (2014, p.153). Nesse diapasão, pode-se apontar o rol exemplificativo, porém não exaustivo de tais práticas, quais sejam: o apoio à vítima, a mediação vítima-ofensor, a conferência restaurativa, os círculos de sentença e cura, os comitês de paz, os conselhos de cidadania e o serviço comunitário.

A mediação *vítima-ofensor* consiste em possibilitar às próprias partes a possibilidade de encontrar uma solução para suas questões, auxiliadas e menor ou maior escala pelo mediador, ou seja, viabilizar o diálogo entre vítima e ofensor em um ambiente seguro (CARDOSO NETO, 2016, p. 71-72). A *conferência restaurativa* é o encontro da vítima, ofensor e suas comunidades que busca encontrar uma solução conjunta para os problemas e danos provocados pela ofensa (WALGRAVE, 2008, p.34-36 *apud* ACHUTTI, 2014, p.79).

Os *círculos de sentenças e cura*, por sua vez, exigem a presença de um juiz e buscam lidar com as consequências do crime, restaurando a paz pela reparação e pela cura. A realização dessas práticas, geralmente, não necessárias em comunidades que possuem vínculos fortes, como acontece nas tradições tribais (WALGRAVE, 2008, p.36-37 *apud* ACHUTTI, 2014, p.79). Por outro lado, os *comitês de paz* buscam envolver as comunidades em problemas mais amplos, como, por exemplo, em resolver questões da segurança na sociedade que passam por períodos de transição que os governos são incapazes de resolver (WALGRAVE, 2008, p.37-38 *apud* ACHUTTI, 2014, p.80).

Os *conselhos de cidadania, ou conselhos comunitários de cidadania*, podem ser utilizados para os casos de pequenos delitos, em que busca a negociação com o condenado com vista a reparar o dano causado (WALGRAVE, 2008, p.38 *apud* ACHUTTI, 2014, p.80). Por fim, o *serviço comunitário* pode ser tanto o resultado de um acordo dentro de um processo restaurativo, quanto de uma decisão judicial (SCHIFF, 1999 *apud* ACHUTTI, 2014, p.81).

Enfim, de acordo com Rawls (2001, p.161), “participar da cultura pública é a maneira democrática de aprendermos que somos livres e iguais, o que dificilmente compreenderíamos sozinhos, encapsulados em nossas próprias reflexões”. Na perspectiva da filosofia habermasiana, a esfera pública é entendida como forma possível de solução comunicativa de conflitos capaz de gerar “solidariedade entre estranhos” (HABERMAS *apud* TIVERON, 2014, p.168).

Os filósofos Honneth (2004, p.112 *apud* TIVERON, 2014, p. 169) e Hegel (1991, p.105 *apud* Tiveron, 2014, p. 169) entendem, por sua vez, que “as liberdades individuais são o produto de uma forma de comunicação intersubjetiva (...) que contém o caráter de um reconhecimento recíproco”. Sendo assim, “a justiça restaurativa atende

a este ideal de Honneth, ao ideal de uma justiça igualitária e ao mesmo tempo promotora da autonomia individual”, pois a vítima e ofensor são reconhecidos reciprocamente, mediante o seu envolvimento ativo no processo por meio do diálogo e detêm o controle do resultado, graças ao processo decisório compartilhado (TIVERON, 2014, p. 170-171).

1.3. Princípios e valores democráticos

Tanto Habermas como Luhmann empreenderam esforços para compreender a organização e preservação da sociedade. Porém, nesse aspecto caminharam no sentido da teorização de um direito penal que assume a defesa da sociedade (SOUZA, 2014, p. 241). Nessa perspectiva:

A institucionalização reforça a expectativa no consenso esperado a partir de terceiros, ou seja, na concordância genérica ou consenso antecipado ou presumido acerca do conteúdo da expectativa (suposição fictícia de consenso). Em suma: “a generalização social atribui à expectativa um consenso geral suposto, independentemente do fato de existir ou não a aprovação individual” [...]. Na dimensão material, a generalização consiste em atribuir à expectativa um sentido objetivo e prático de imunização simbólica das demais possibilidades de comportamento. É que as expectativas não estão soltas no ar, dispostas de modo isolado, atomizado. Trata-se do agrupamento ou entrelaçamento de expectativas normativas e institucionais em um complexo de sentido informado por fundamentações e confirmações mútuas capaz de identificar os comportamentos convergentes e divergentes em termos de seu significado comunicativo para a vigência da expectativa (SOARES, 2016, p.30).

Apesar de Luhmann também enxergar a comunicação como elemento constitutivo essencial do sistema social, é importante destacar que para ele a comunicação é um processamento anônimo de seleções, enquanto Habermas a entende como uma comunicação entre os sujeitos.

Ao discorrer sobre a interpretação do direito e a linguagem humana Soares (2013, p. 319), lembra que “qualquer indagação sobre a hermenêutica, a interpretação e a correlata decisão jurídica passa,

inelutavelmente, pelo estudo das relações comunicativas em sociedade e pela investigação do papel desempenhado pela linguagem, nos quadros da existência humana”.

Por essa razão que a proposta filosófica da Justiça Restaurativa encontra espaço na teoria do “agir comunicativo” de Habermas, apresentando-se, então, como um novo paradigma centrado em valores democráticos e em oposição à visão impessoal e mecanicista do indivíduo que já não atendia os direitos fundamentais.

Nas palavras de Tiveron (2014, p. 127), esse novo paradigma jurídico-cultural representa uma mudança que reconhece a singularidade do ser, a humanidade presente nas suas relações (a “outridade”) e a humanização dos seus conflitos. O que Warat (2001, p. 209 apud TIVERON, 2014, p. 131) chama de outridade “é um espaço ético de reconhecimento, existente entre duas pessoas, que lhes permite se enxergarem mutuamente, desconstruírem-se e, mirando-se um no outro, descobrirem o que falta em suas supostas existências completas”.

Nesse sentido, a justiça restaurativa passa a ser concebida como “um caminho democrático para superar essas perplexidades da jurisdição ordinária”. E a “jurisconstrução” passa a ser a denominação da forma de elaborar a resposta para o conflito que envolve as partes. “Este termo é mais consentâneo com a natureza humana de ser inter-relacional, sendo que um dos grandes desafios, atualmente é fomentar as relações baseadas na parceria e não na dominação, tanto na esfera pública, quanto privada (MENDONÇA, 2008, p.124 apud TIVERON, 2014, p. 137).

De acordo com Tiveron (2014, p. 138), “a justiça restaurativa privilegia valores democráticos por meio da ampliação do rol de participantes na deliberação, pela confiança depositada na sua capacidade decisória, pelo empoderamento produzido e pela educação para a paz”.

Segundo Habermas (1997, p.53), a participação deliberativa é o núcleo de uma sociedade democrática e um elemento essencial para o desenvolvimento do indivíduo. Frise-se, ainda, que o modelo de democracia deliberativa pela via restaurativa proposto por Raquel Tiveron não é incompatível com a democracia representativa típica do modelo jurisdicional, podendo ambos coexistirem. Sendo assim:

O que se advoga não é a democracia participativa (decisão tomada diretamente pelas partes interessadas), mas que lhes seja conferida a oportunidade de deliberação racional, que atribui maior legitimidade ao processo decisório, possibilita o reconhecimento intersubjetivo entre as partes e o aprendizado via racionalidade comunicativa. A alteração pretendida é, portanto, procedimental (jurisconstrução) e que não afasta a possibilidade de controle judicial do que foi construído (princípio da inafastabilidade da apreciação judicial) (TIVERON, 2014, p.156).

Por essas razões, torna-se cada vez mais frequente, conforme já foi sinalizado, a justificação filosófica da proposta restaurativa através do pensamento habermasiano. Isso porque Habermas (1997, p. 153) propõe um modelo de democracia apoiado na teoria do discurso, o qual parte da imagem de uma sociedade descentralizada, que contém na esfera pública política “uma arena para percepção, a identificação e o tratamento de problemas”. Ele sustenta a importância do discurso para o reconhecimento do conteúdo democrático e da legitimidade do direito.

Nesse diapasão, Habermas (1997) constrói uma teoria da comunicação, na qual “os sujeitos interagem em ação comunicativa, em uma esfera pública de deliberação, estabelecendo relações interpessoais, com o objetivo de alcançar uma compreensão sobre fatos e planos de ação, coordenando suas ações pela via do entendimento” (TIVERON, 2014, p.165). Percebe-se que essa teoria foi construída com base no interacionismo simbólico de Mead, no conceito de jogos de linguagem de Wittgenstein (1999), assim como na teoria dos atos de fala de Austin e na hermenêutica de Gadamer (*apud* Tiveron, 2014, p.165).

Segundo o Filósofo, o conceito “agir comunicativo” leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, o que faz com que as suposições contratuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais.

Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integração de indivíduos socializados – ao menos de indivíduos socializados comunicativamente – devendo ser trabalhada pelos participantes. Veremos mais adiante que essa tensão é

estabilizada de modo peculiar na integração social realizada por intermédio do direito positivo (grifos nossos) (HABERMAS, 1997, p.35).

Em outras palavras, "(...) as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social". É nisso que consiste o "agir comunicativo" (HABERMAS, 1997, p.36). Na mesma linha, Soares (2016, p.25) entende que os sistemas sociais não são constituídos por indivíduos, mas apenas por comunicações.

Sendo assim, em sua obra "A Teoria dos Sistemas Sociais e o Direito: tópicos para o estudo do pensamento de Niklas Luhmann", a comunicação é concebida como o processo que procura transmitir informações, muito embora isso nem sempre ocorra em razão da improbabilidade da comunicação. "Trata-se do elemento de produção auto-poietica do sistema social: somente a comunicação gera comunicação (desenvolvimento de mais comunicação a partir da comunicação)".

Ainda de acordo o autor supramencionado, o processo de comunicação é integrado por três seleções distintas (ou três momentos de seleção):

- 1) a primeira delas é a informação, enquanto simples escolha entre um leque de possibilidades;
- 2) a segunda é a notificação, como meio de expressão que participa a informação ao receptor e
- 3) o ato de entender, que é o elemento decisivo, através do qual a comunicação se perfaz. Somente há comunicação quando o destinatário compreende (aceitando ou rechaçando) a informação contida na notificação e orienta sua conduta de acordo com este entendimento (SOARES, 2016, p.25).

À parte aos elementos de divergência referentes às teorias de Habermas e Luhmann, que não serão aprofundadas neste trabalho, as teorias entendem que a legitimidade do sistema jurídico advém de um mecanismo procedimental baseado na legalidade. Sob essa ótica, a teoria comunicativa de Habermas tenta assimilar o conflito decorrente de condições factuais impostas e sua força de validade, no intuito de edificar e manter as ordens sociais existentes. E, para alcançar tal intento, conta com a eficácia de atos que se realizam através da fala (HABERMAS, 1997).

Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários (HABERMAS, 1997, p.36).

O desafio consiste em manter a ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade (HABERMAS, 1997, p.40). Sendo assim, observa-se uma clara influência da teoria do discurso no movimento restaurativo, o qual oferece uma resposta ao crime alicerçada na recusa do autoritarismo e da coerção e na promoção de soluções mais humanistas que garantam o seguinte:

(I) – que garantam a reparação do(s) mau(s) sofridos pela vítima; (II) a reintegração do agente no grupo da sua participação responsabilizante no processo de busca de solução; (III) o envolvimento da comunidade na diluição do conflito em moldes que demonstrem o seu empenhamento na satisfação das pessoas concretamente fragilizadas e que permitam a pacificação individual e coletiva (SANTOS, 2014, p. 27).

Com efeito, para os defensores desse novo movimento, tais práticas oferecem uma melhor e mais democrática resposta ao crime, diferentemente da resposta oferecida pelo sistema penal estadual.

Entretanto, apesar da clara influência da teoria do discurso no movimento restaurativo, no plano político-criminal, Cláudia Cruz (2014, 40) alerta para a dificuldade de convergência de orientações político-ideológicas, a um primeiro olhar contraditórias, como, por exemplo, a conciliação entre uma reação ao crime que aposta na diversão processual através de mecanismos de consenso e, por outro lado, “o endurecimento no sancionamento penal preconizado por alguns para enfrentar uma criminalidade que se diz progressivamente mais grave e organizada”. Do mesmo modo acontece em relação à conciliação das correntes criminológicas do abolicionismo penal² com a vitimologia.

2. [...] pode atribuir-se ao abolicionismo a negação da legitimidade dos sistemas penais tal como operam na realidade social atual e, como princípio geral, também de

Porém, embora pareça paradoxal a tentativa de conciliação da vitimologia com o abolicionismo penal que, de fato, apontam para propósitos distintos, segundo Cláudia Cruz (2014, 47-48), em uma única proposta, a justiça restaurativa é uma espécie de “herdeira espiritual” dessas correntes. De acordo a autora, a justiça restaurativa herdou da vitimologia a preocupação central com a reparação dos danos causados à vítima, e do abolicionismo, a rejeição do sistema tradicional (clássico) como forma de solução de conflitos.

Em relação à primeira corrente é possível observar que da mesma forma como aconteceu com a criminologia em relação ao deslocamento de um paradigma positivista para um paradigma crítico, a vitimologia também alargou a forma de enxergar a vítima, considerando o modo como as instâncias formais de controle se relacionam com a vítima, sem ficar limitada ao estudo da sua vitimização. Nesse sentido, a descoberta da vítima como objeto de estudo e, consequentemente, a afirmação dela também como destinatária da política criminal é o que se quis associar à gênese do pensamento restaurativo, assim como as consequências que daí decorrem no nível necessário de criação de mecanismos que permitam a defesa dos seus interesses (SANTOS, 2014, 58-59).

No que tange à segunda corrente, o abolicionismo, é importante destacar que a justiça restaurativa ao admitir que uma determinada parcela das pessoas que estão presas, assim permaneçam para proteger a comunidade, afasta-se das formas mais radicais dessa corrente.

No mais, pode-se inferir que a Justiça Restaurativa é fruto de uma simbiose dos valores mais humanistas da vitimologia e do abolicionismo e carrega em seu bojo os princípios e valores democráticos, bem como a influência da “alteridade”, “fraternidade” e “solidariedade”, os quais oferecem uma verdadeira base filosófica para as práticas restaurativas e para que estas se contraponham, efetivamente, ao paradigma punitivo.

qualquer outro que possa projetar-se no futuro enquanto modelo formal e abstrato de solução de conflitos, postulando-se uma abolição radical dos mesmos e a asunção da resolução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais (Alberto Bovino *apud* Santos, 2014, p.71).

2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA EM OPOSIÇÃO AO PARADIGMA DO SISTEMA PUNITIVO

Considerando que o modelo de limitação da liberdade depende diretamente da sociedade e das obrigações a ela imputadas, é fundamental entender como a questão da liberdade e dos direitos fundamentais é tratada em cada modelo de Estado ao longo da história e, posteriormente, discutir a responsabilidade deste face à implementação dos direitos sociais fundamentais sonogados aos indivíduos marginalizados e aos presos, elementos que impulsionaram a chamada crise paradigmática.

Com efeito, a Justiça Restaurativa apresenta-se como um novo paradigma de justiça criminal em oposição ao paradigma do sistema punitivo. É importante compreender também, dessa forma, o que é um paradigma e, especificamente, as razões que fizeram da justiça restaurativa um novo paradigma da justiça criminal fundamentado na democracia. Por fim, é importante também conhecer quais são os problemas do discurso como método de alcançar o consenso e as dificuldades enfrentadas no processo de implementação da Justiça Restaurativa no Brasil.

2.1. Elementos que impulsionaram o surgimento do paradigma restaurativo

Segundo Paulo Bonavides (1996, p. 15), em sua obra “Do Estado Liberal ao Estado Social”, no Estado Social a democracia assumiu o papel de ser “o mais fundamental dos direitos da nova ordem normativa que se assenta sobre a concretude do binômio igualdade-liberdade”, isso porque com a democracia a sociedade ganha voz e representatividade.

[...] a democracia é o direito do povo, de reger-se sobre sua vontade e mais do que forma de governo se converte, sobretudo, em pretensão da cidadania; a titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado de forma concreta pelo cidadão, em nome, em proveito da sociedade e não do Estado propriamente dito – quer o Estado Liberal que separa poderes, quer o Estado Social, que monopoliza competências, atribuições e prerrogativas (BONAVIDES, 1996, p. 15).

Contudo, a transição do Estado Liberal para o Estado Social fez com que o direito constitucional da liberdade passasse a ser visto como um novo direito constitucional, distanciando-se da ideia do princípio de Montesquieu e da oposição e resistência do cidadão ao Estado (BONAVIDES, 1996, p. 15).

Nesse novo momento histórico, sociedade e Estado aliam-se em prol dos direitos fundamentais. Sarlet pontua, em seus ensinamentos, que os direitos fundamentais estão associados à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade, considerada como titular de direitos, bem como representam valores da comunidade no seu conjunto, de responsabilidade tanto do Estado e quanto da sociedade, conforme pode ser observado:

Os deveres fundamentais – como já referido – guardam íntima (embora não exclusiva) vinculação com a assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade, considerada como titular de direitos, representam valores da comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover (SARLET, 2011, p. 226).

E o próprio Estado passa a estabelecer uma relação simbiótica com os direitos fundamentais, posto que “o Estado Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito” (Luño *apud* Sarlet, 2011, p.60). Sendo assim, “o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente” (Stern *apud* Sarlet, 2011, p. 59).

Pode-se dizer, portanto, que a reconciliação da Sociedade com o Estado, propicia o quadro indispensável ao florescimento de uma liberdade que tem por manivela o sistema jurídico (BONAVIDES, 1996, p. 15). Isso porque, na configuração do próprio Estado de Direito, em função da “herança liberal”, o indivíduo assume uma posição de titular de prerrogativas em face do Estado, o que promove a primazia quase absoluta dos “direitos subjetivos” em detrimento dos “deveres” (SARLET, 2011, p.227).

No entanto, Sarlet (*apud* Amaral, 2001, p. 70-71) fala de **uma mudança paradigmática**, advinda com a ideia de Estado Social, em que

a constituição surge não apenas como limite ao Estado, mas como tarefa, já que a violação de um direito fundamental pode acontecer tanto por parte do Estado quanto por parte da própria sociedade civil. O que pressupõe deveres fundamentais à sociedade, os quais, por sua vez, guardam íntima relação com os direitos fundamentais.

2.2. A transformação do paradigma punitivista para o paradigma restaurativo

O paradigma do Estado punitivo, centrado na coação, apresentou, ao longo dos anos, resultados catastróficos, com evidentes violações aos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, a Justiça Restaurativa assumiu um papel de proposta democrática frente a essa crise paradigmática.

O “paradigma é a expressão utilizada por Thomas Kuhn³ para se referir ao conjunto de avanços científicos universalmente reconhecidos que, por algum tempo, fornecem problemas e soluções-modelo para uma comunidade de pesquisadores” (Kuhn *apud* Tiveron, 2014, p.121).

No caso da Justiça Restaurativa, é importante lembrar que antes de alcançar a realidade brasileira, as suas primeiras experiências foram utilizadas na Nova Zelândia, assim como também o foram nos tribunais de menores na Itália, na reparação-conciliação da Alemanha, nas experiências *Maisons de Justice* e *Boutiques de Droit* na França, nos dois modelos em avanço da Austrália e Canadá e na América Latina (SICA, 2007). Contudo, foi a partir da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU que essa experiência passou a ser conhecida no Brasil.

Para Raquel Tiveron (2014, p.121), “um paradigma domina uma disciplina científica, impondo sua matriz conceitual e suas estratégias cognitivas para a solução de várias questões” e, ao passo em que promove uma mudança epistemológica, oportuniza uma forma diferente de pensar e proporciona novos modelos e teorias que desafiam o modelo tradicional de interpretar e explicar eventos.

3. A utilização da noção de paradigma e de crise paradigmática de Kuhn se deve, segundo Raquel Tiveron, à necessidade de demonstrar a inadequação das respostas dadas para o crime pelo sistema criminal e a necessidade de sua superação.

De acordo com a autora, a crise paradigmática fundamenta-se no fato de que o paradigma punitivo contemporâneo não tem logrado oferecer soluções adequadas para o problema da criminalidade crescente [...]

[...] seja porque a reação ao crime não tem sido rápida, eficaz e capaz de prevenir novos delitos, seja porque a alegada finalidade de “ressocialização” do ofensor, se considerada como forma de intervenção benéfica e positiva nele, também não tem sido alcançada (TIVERON, 2014, p.125).

Desse modo, a crise paradigmática consiste na insustentabilidade de concentrar a justiça penal somente na autoridade do processo penal e no exercício do poder do direito penal. Segundo Pallamolla (2009, p. 29) a justiça criminal na modernidade se trata de modelo histórico repleto de promessas não cumpridas, pois sua estrutura não funciona para a responsabilização de infratores, não produz justiça e tampouco constitui um verdadeiro sistema. Nessa linha, Sica (2007, p. 119) defende que:

Em que pese os enormes esforços empreendidos nas últimas décadas por grande parte da doutrina e por um pequeno número de operadores, não há como avançar na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática enquanto o atual paradigma permanecer intocado nos seus contornos mais marcantes: o processo penal como manifestação de autoridade, o direito penal como exercício do poder.

Nesse sentido, diversos esforços foram direcionados a anular a violência dos marginalizados ao longo dos anos. Porém, o uso desmedido da força, com conseqüente destruição de vidas humanas foram os resultados mais catastróficos frutos da cultura enaltecimento do Estado punitivo. Sobre isso, Goffman (1974, p.56) ainda destaca o risco da mortificação do eu, pois quando sobrepesada uma punição excessiva em relação ao crime cometido, esta pode gerar um sentimento de vingança daquele que foi submetido ao castigo desproporcional:

Por seu raciocínio, depois de um delinquente ter sido submetido a castigo injusto ou excessivo, bem como a tratamento mais degradante do que o prescrito pela lei, passa a justificar o seu ato – o que não podia fazer quando o cometeu. Decide “descontar” o tratamento mais degradante do que o prescrito pela lei e a vingar-se na primeira oportunidade, através de outros crimes.

Sendo assim, diferentemente do que ocorre com o paradigma punitivo que hoje está em crise, a nova proposta paradigmática consiste no reconhecimento do crime como conflito humano e, por conseguinte, em soluções mais humanas e integradoras, capazes de contemplar o delito como paradigma social e comunitário. Nesse viés, a justiça restaurativa reconhece a especificidade, complexidade e diversidade do conflito criminal.

Para Raquel Tiveron (2014, p.137), a justiça restaurativa é um caminho democrático para superar as perplexidades da jurisdição ordinária que ao verticalizar as relações, assumiu domínio sobre o discurso, o que dificultou aos sujeitos integrantes do conflito a possibilidade de conhecerem ou elaborarem os seus desejos insatisfeitos. Nesse sentido, Tiveron denomina de “jurisconstrução”, essa forma de elaborar a resposta para o conflito que envolve as partes (Mendonça *apud* Tiveron, 2014, p.137).

Contudo, o fundamento político da “jurisconstrução” está na democracia deliberativa. Isso porque “enquanto a democracia participativa concentra-se em debater quem devem ser os atores decisórios, a democracia deliberativa se preocupa com o procedimento, com o modo como é feita a tomada de decisão”. Em outras palavras, “a democracia deliberativa valoriza a tomada de decisão como processo de transformação por meio de argumentos” (TIVERON, 2014, p 154).

Enfim, uma vez apontados os elementos que impulsionaram o surgimento de um novo paradigma em oposição ao punitivista, assim como feita a definição do que é um paradigma e como ele surge, é importante discutir acerca das principais dificuldades enfrentadas no processo de implementação da Justiça Restaurativa.

2.3. Principais dificuldades enfrentadas para implementação da Justiça Restaurativa

De acordo com Santos (2014, p.231), “pode-se avançar em várias críticas ao pensamento de Habermas e que tem sido, a grosso modo, as principais objeções que se vêm fazendo a justiça restaurativa”. Segundo a autora:

Elas prendem-se, essencialmente, com o apontar a incompreensão das desigualdades, manipulações ou jogos de poder que são inerentes aos discursos reais, nessa medida tão distantes das formas de comunicação idealizadas pelo Filósofo; ou, com grande relevância com a afirmação de que nem todas as divergências logram obter solução através do diálogo, havendo conflitos que são inultrapassáveis através do consenso, tornando-se imperativa uma decisão coativa e, possivelmente, não merecedora do assentimento de todos.

Todavia, a autora destaca que Habermas diferencia o “discurso racional orientado para obtenção do assentimento dos interessados”, do “discurso racional ordenado ao convencimento de todos sobre a validade de uma norma” (SANTOS, 2014, p.231).

Enquanto a comunicação inerente à justiça penal está assentada em discursos orientados por uma pretensão de universalidade, na justiça restaurativa, essa comunicação é menos ambiciosa, almejando, primeiramente, “a superação do conflito através de uma argumentação racional (de um discurso) que logre assentimento dos intervenientes concretos nesse conflito” (SANTOS, 2014, p.231-232).

Em outras palavras, o que é importante esclarecer é que muito embora a justiça penal e a justiça restaurativa supõem interação e comunicação, a primeira “carece potencialmente da aceitação dos seus imperativos pelos membros todos de uma comunidade toda”, já a segunda está alicerçada em uma comunicação “mais estreita, aquela que supõe a comunicação do agente do crime com a sua vítima” (SANTOS, 2014, p.232). Por essa razão que a teoria do discurso encontra uma maior facilidade de penetrar no campo da justiça restaurativa do que no mundo do direito penal.

O direito penal é sustentáculo de uma filosofia punitivista, interpretada neste trabalho como um paradigma ultrapassado, onde o direito é a coação por excelência. Sendo assim, as soluções obtidas por meio da comunicação fogem, completamente, a essa regra e revelam-se como revolucionárias.

Com efeito, sobressaem no pensamento habermasiano, a preponderância de princípios como a justiça e solidariedade. Segundo Santos (2014, p.233):

Enquanto um postula respeito e direitos iguais para cada indivíduo, o outro reclama empatia e cuidado em relação ao bem-

estar do próximo. Em um sentido moderno, a justiça diz respeito à liberdade subjetiva de indivíduos inalienáveis, em contrapartida, a solidariedade prende-se com o bem-estar das partes irmanadas numa forma de vida partilhada intersubjetivamente.

Sendo assim, cabe aqui lembrar a afirmação feita por Selma Santana (2010, p. 264), no sentido que “a solidariedade e o respeito pelos direitos fundamentais constituem baluartes de uma política criminal”⁴. Ou ainda, nas palavras do próprio Habermas (*apud* Santos, 2014, p.234) “a justiça entendida na perspectiva deontológica exige como contrapartida a solidariedade”.

Além das críticas ao pensamento de Habermas, existem outras hipóteses que são apontadas como principais dificuldades à aplicação da justiça restaurativa. São elas:

(1) os crimes muito graves imputados a agentes muito perigosos (2) os agentes que recusam a cooperação e/ou a sua própria reintegração (a reintegração das necessidades da vítima e/ou a sua própria reintegração no grupo) (3) os crimes sem vítimas (4) os contextos de grande desigualdade (SANTOS, 2014, p.588).

Em relação ao problema dos agentes (imputáveis) perigosos e que cometeram crimes graves, Cláudia Cruz (2014, p.591-592) alerta que embora as práticas restaurativas não devam ser excluídas liminarmente no âmbito da criminalidade mais grave, deve-se ter especial atenção aos riscos de “agudizar um conflito já muito intenso”. Para minorar esses riscos, a autora destaca que os programas restaurativos voltados a esses crimes possuem características diversas, quais sejam:

-
4. De acordo com Samyle Matos (2017), é possível identificar que muitas medidas previstas nos planos nacionais de política criminal e penitenciária estão fundamentadas não apenas nos parâmetros estabelecidos pela Lei de Execução Penal (LEP), como também guardam íntima relação com as diretrizes do Programa Nacional de Direitos Humanos III (PNDH-3). No que concerne à justiça restaurativa, prevista tanto na medida de número 1 (sistematizar e institucionalizar a Justiça Restaurativa) do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (PNPCP) de 2011, como a medida de número 2 (alternativas penais, com justiça restaurativa e mediação penal prioritizadas) do PNPCP de 2015, verifica-se a contemplação da diretriz 15 “garantia dos direitos das vítimas de crimes e de proteção das pessoas ameaçadas” do PNDH-3 e a observância ao artigo 80 da LEP, que dispõe sobre o envolvimento da sociedade no sistema prisional.

[...] São, com frequência, pós sentenciais (não se desprezando, pois a necessidade de uma resposta penal) e pressupõem o decurso de um período de tempo razoável e necessário a uma certa pacificação dos ânimos. Além disso, exige-se que a mediação fique a cargo de mediadores com experiência e sujeitos a uma preparação especial, que seja mais longa (pressupondo vários encontros individuais e conjuntos, quando não for indireta) e que não prescindia do auxílio de representantes das instâncias formais de controle (SANTOS, 2014, p.592-593).

Sobre a ausência de vontade de participação nas práticas restaurativas, Santos (2014, p. 593) suscita a inaplicabilidade “aos sujeitos que não desejam ou que começado por as querer, não logram êxito através delas encontrar uma solução aceitável para o conflito”. E, reconhecer que nem todos os agentes não estejam dispostos a cooperar não é nenhum problema para a justiça restaurativa, podendo assim ser visto como tal, para os defensores de um abolicionismo radical.

Em sequência, acerca dos crimes sem vítima, Cláudia Cruz (2014, p.596-597) acredita serem estes “*um desafio inultrapassável para a justiça restaurativa, na medida da sua incompatibilidade, quer com sua finalidade, quer com o seu procedimento*”. Ou seja, se é próprio da justiça restaurativa, a centralidade em um conflito interpessoal, tornar-se-ia difícil conceber a ideia que esta seja aplicada a um crime cuja característica é a ausência de pessoalidade da vítima.

Em que pese esta afirmação, ao partir do conceito de crime sem vítima cunhado por Edwin Schur, a autora extrai que se há uma vítima que desconhece a sua própria vitimização, ou, então, se há um crime que não lesa valores individuais, acarretando antes desvalores para um grupo mais amplo de pessoas, (crimes de vítimas inconscientes), as práticas restaurativas tornar-se-ão possíveis quando a vítima concreta tomar consciência desta qualidade e reconhecer a existência de um conflito que causou danos que carecem de reparação.

Por fim, sobre os contextos de grandes desigualdades, “uma via para evitar a conversão da justiça restaurativa em instrumento de desigualdade é acreditar na criatividade na procura de formas de reparação de cunho eminentemente patrimonial” (SANTOS, 2014, p.603). Isso porque a reparação restaurativa tem, “como antes se viu um sentido que deve ultrapassar em muito uma sua compreensão de cunho exclusivamente patrimonial”. Nesse sentido:

Deve admitir-se que, se aquela desigualdade sócio-econômica se repercute nos processos restaurativos, ao nível da desigualdade na gestão do conflito, impedindo uma solução no idêntico “empoderamento” do agente da vítima, frustra-se todo o sentido da intervenção restaurativa (SANTOS, 2014, p.603).

Assim, das quatro hipóteses de dificuldades apontadas em relação à teoria Restaurativa, entende-se que àquela que poderia colocar em questão a aplicação do método do discurso ante a impossibilidade de resolução interpessoal do conflito, diz respeito aos crimes sem vítimas. Justamente porque, a perspectiva democrática pressupõe a comunicação do agente do crime com a sua vítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, foram realizadas algumas reflexões sobre as influências filosóficas na construção do modelo restaurativo, com especial destaque aos princípios da “alteridade”, da “fraternidade” e da “solidariedade”, assim como os princípios e valores democráticos. A partir dessas elucubrações foi possível afirmar que tais princípios e valores distanciam-se do modelo Estado-punitivo e oferecem uma verdadeira base para a instauração das práticas de cunho restaurativo, centradas no diálogo e na resolução do conflito de modo diverso do processo coercitivo.

Em um segundo momento, o trabalho apontou a Justiça Restaurativa como modelo criminal que se opôs ao paradigma do sistema punitivo e colocou em destaque os elementos que impulsionaram o seu surgimento. Em sequência, houve um esforço para explicar a transformação do paradigma punitivista para o paradigma restaurativo e por fim, apresentou as principais dificuldades enfrentadas para implementação da Justiça Restaurativa.

A forma como o trabalho foi desenvolvido permitiu concluir que as razões que fizeram com que a Justiça Restaurativa fosse considerada um novo paradigma da justiça criminal foram:

- a) A falência do sistema punitivo;
- b) A influência da “alteridade”, “fraternidade” e “solidariedade” e dos elementos democráticos;
- c) Os avanços científicos universalmente reconhecidos;

d) A ideia advinda do Estado Social, que pressupõe deveres fundamentais à sociedade, os quais, por sua vez, guardam íntima relação com os direitos fundamentais.

A falência do sistema punitivo, com experiências catastróficas centradas na coerção, e por outro lado, a prevalência de princípios como alteridade, fraternidade e solidariedade na relação do “Eu” com o “Outro” e do “Outro” com a sociedade, em total consonância com a dignidade humana e com os direitos fundamentais, são inquestionáveis mudanças paradigmáticas.

Em relação aos avanços reconhecidos universalmente é fundamental destacar que antes de alcançar a realidade brasileira, a justiça restaurativa teve suas primeiras experiências utilizadas na Nova Zelândia, assim como também o foram nos tribunais de menores na Itália, na reparação-conciliação da Alemanha, nas experiências *Maisons de Justice* e *Boutiques de Droit* na França, nos dois modelos em avanço da Austrália e Canadá e na América Latina, ou seja, suas práticas foram reconhecidas de uma forma universal.

E, no que tange, às contribuições do Estado Social é importante reiterar que a Constituição pressupõe deveres fundamentais à sociedade, os quais, por sua vez, guardam íntima relação com os direitos fundamentais. No modelo restaurativo, a sociedade assume deveres em relação à solução do conflito que foi imposto.

Enfim, a busca por meios capazes de reduzir a violência por muito tempo proliferada pelo Estado punitivo tem sido incessante por parte das ciências criminais, sobretudo, por parte da política criminal, enquanto ciência autônoma. Nesse espaço gerado em meio à crise paradigmática, surgiu a Justiça Restaurativa como uma proposta híbrida das contribuições do abolicionismo e da vitimologia.

As críticas do abolicionismo sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos, revelaram que o direito penal foi e ainda é incapaz de auxiliar na resolução de tais conflitos, pois não evita delitos e não ajuda o ofensor e a vítima. A vitimologia, por sua vez, contribuiu com significativas ideias da justiça restaurativa apontando a sua incapacidade para atender às necessidades das vítimas.

Contudo, o cuidado que se precisa ter em relação a este novo paradigma da justiça criminal é discutir as novas práticas de forma exaustiva e sempre crítica para que estas não sejam, de pronto,

romantizadas ou mesmo demonizadas. Por outro lado, a necessidade que se impõe de discutir esse novo paradigma em nada impede que o uso da justiça restaurativa siga seu fluxo de implementação.

Nessa oportunidade, por todo o exposto, tornou-se possível apontar a Justiça Restaurativa como uma proposta democrática de política criminal. Isso porque na busca por uma solução ao problema social do crime, a Justiça Restaurativa utiliza o discurso como um meio de convencimento pacífico, objetivando alcançar, por essa via, o consenso. Ou seja, afasta desse processo, toda e qualquer coação (característica do Estado punitivo).

Por essa razão, esforço de justificação filosófica da proposta restaurativa através do pensamento habermasiano tem sido recorrente, pois as contribuições de Habermas (1997) com a teoria do discurso, enfatiza a questão da ação comunicacional, sobretudo, em uma relação estreita e interpessoal como ocorre entre a vítima e o ofensor.

Portanto, a Justiça Restaurativa, na perspectiva abordada neste trabalho, pode ser definida como um caminho democrático frente à crise paradigmática do sistema punitivo que concentra a solução ao problema social do crime através do discurso orientado ao consenso. Assim, enquanto um novo paradigma, a justiça restaurativa carrega em seu bojo um viés amplamente democrático e voltado ao método, não apenas aos resultados.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. /Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz – Brasília: CNJ, 2016
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996.
- CARDOSO NETO, Vilobaldo. *Potencialidades e impasses para incorporação da Justiça Restaurativa no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Tiradentes, Aracaju-SE, 2016.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas da política criminal*. São Paulo: Manole, 2004.

- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito* – São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GADEMAR, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. De Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997
- GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*. São Paulo: Instituto Piaget, 2004
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* Vol. I. 2. Edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. 3. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2004.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal**. 2014, 272 f.. Tese (doutorado em Direito) – PUCSP, São Paulo, 2014.
- OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. *A Política Criminal do Brasil e sua efetividade por meio das Políticas Públicas*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR, 2017.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009
- _____. *Uma teoria da Justiça*, 2ª ed, tradução de Carlos Pinto Correia, Lisboa: Editorial Presença, 2001
- SADALA, Maria Lúcia Araújo. *A alteridade: o outro como critério*. Rev. esc. enferm. USP. São Paulo, v. 33, n. 4, p. 355-357, Dec. 1999.
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Editora Lumen Juris, 2010.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Ver. Atual. e amp.; 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

- SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A Teoria dos Sistemas Sociais e o Direito: tópicos para o estudo do pensamento de Niklas Luhmann* – Salvador: Ed: Dois de julho, 2016.
- TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa. A emergência da cidadania na dicção do direito. A construção de um novo paradigma da justiça criminal*. Brasília, DF: Thesaurus, 2014
- WITTIGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. De José Carlos Bruni. São Paulo: Ed Nova Cultural, 1999. Disponível em > https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/170846/mod_resource/content/1/investigac3a-7c3b5es-filosc3b3ficas.pdf Acesso em 25 de agosto de 2017.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre crime e justiça*. São Paulo: Editora Palas Athena, 2008.